

### O Judiciário na Trincheira do Direito Fundamental à Saúde: uma Proposta de Reanálise do Problema da Judicialização das Políticas Públicas à Luz das Teorias do Substancialismo e do Procedimentalismo

#### **MÔNICA BONETTI COUTO**

Professora permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

#### **SIMONE PEREIRA DE OLIVEIRA**

Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho, Especialista em Medidas de Urgência no Processo Civil, Assistente Jurídico.

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade realizar uma breve incursão no problema da recorrente judicialização das políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público, com especial enfoque na questão correlata à efetivação do direito social fundamental à saúde. Neste empreendimento foram consideradas duas teorias distintas que se propõem a fornecer subsídios interpretativos para solução da divergência doutrinária relativa à delimitação do papel do Poder Judiciário e da justiça constitucional quanto à efetivação dos direitos fundamentais, o procedimentalismo e o substancialismo. Foram analisadas algumas das mais paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à efetivação do direito à saúde, questionando-se, em face do procedimentalismo e do substancialismo, qual seria a melhor proposta para direcionamento da atuação da prestação jurisdicional no Brasil para o cumprimento dos compromissos constitucionais de erradicação da pobreza e da marginalização e garantia de acesso universal à população ao direito à saúde. A pesquisa adota os métodos hipotético-dedutivo de abordagem e indutivo. Serve-se, ademais, do método dialético, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas. Quanto ao procedimento, utilizará os métodos histórico e comparativo, fazendo uso da interpretação sistemática, servindo-se, quanto ao tipo de pesquisa, da documental (bibliográfica).

**PALAVRAS-CHAVE:** Judiciário; políticas públicas; substancialismo; procedimentalismo; direito fundamental à saúde.

**ABSTRACT:** This article aims to conduct a brief analysis concerning the judicial intervention in the implementation of public policies instituted by the Constitution and not effected by the Government, with special focus on realization of the fundamental social right to health. This venture were considered two distinct theories that purport to provide interpretative subsidies for solution of doctrinal

disagreement on the delimitation of the role of the judiciary and constitutional justice and the enforcement of fundamental rights, proceduralism and substantialism. Some decisions of the Supreme Court on the realization of the right to health were analyzed, questioning, in the face of proceduralism and substantialism, what is the best proposal for the direction of adjudication operations in Brazil to fulfill the constitutional commitments to eradicate poverty and marginalization and ensuring universal access to the population the right to health.

KEYWORDS: Justice; public policies; substantialism; proceduralism; fundamental right to health.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do constitucionalismo liberal à Segunda Guerra Mundial: o redimensionamento dos direitos fundamentais à luz do pós-positivismo e a teoria dos princípios formuladas por Alexy e Dworkin; 2 A atuação das Cortes Constitucionais sob a ótica do procedimentalismo e do substancialismo; 3 A postura proativa do Supremo Tribunal Federal na efetivação do direito à saúde; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

A intervenção judicial na implementação das políticas públicas instituídas pela Constituição Federal e não efetivadas pelo Poder Público, com especial enfoque no direito social fundamental à saúde, tem sido objeto de divergências doutrinárias entre defensores de uma atuação proativa do Poder Judiciário e dos que, de outro lado, consideram tal recorrente conduta incompatível com nosso sistema de separação dos poderes.

Serão consideradas as teorias procedimentalista e substancialista e suas propostas interpretativas para solução da divergência doutrinária relativa à delimitação do papel do Poder Judiciário e da justiça constitucional quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, em particular o relativo à saúde, questionando-se qual delas seria a mais adequada para o direcionamento da atuação da prestação jurisdicional no Brasil, com vistas ao cumprimento do compromisso constitucional de assegurar à população o acesso universal ao sistema público de saúde.

Tais teorias serão estudadas à luz da teoria dos princípios de Alexy e de Dworkin e do procedimentalismo de Jürgen Habermas, indagando-se se as propostas desse jurista alemão seriam as mais adequadas para assegurar a concretização dos procedimentos democráticos em nosso País, com base em sua teoria do discurso.

De igual modo, também serão analisadas algumas das mais paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, com o intuito de aferir os fundamentos de tais julgados, em face das teorias procedimen-

talista e substancialista e da postura proativa do Poder Judiciário, que, por expressiva doutrina, recebeu o nome de ativismo judicial<sup>1</sup>.

A pesquisa adotará os métodos hipotético-dedutivo de abordagem e indutivo. Serve-se, ademais, do método dialético, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas. Quanto ao procedimento, utilizará os métodos histórico e comparativo, fazendo uso da interpretação sistemática. O tipo de pesquisa é a documental, bibliográfica, a partir de livros e artigos científicos.

### **1 DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL À SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: O REDIMENSIONAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS FORMULADAS POR ALEXY E DWORKIN**

O constitucionalismo liberal foi um movimento jurídico-político de oposição ao absolutismo monárquico que defendia a instituição de um Estado limitado por uma Constituição escrita e que atingiu seu apogeu com as Revoluções Liberais do século XVIII, merecendo especial destaque a Revolução Francesa de 1789, que pôs fim ao absolutismo monárquico na França e que resultou na primeira Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no mesmo ano.

Estabeleceu-se o Estado Liberal, cujo poder era limitado por uma Constituição escrita, dotada de comandos que proibiam a ingerência estatal na esfera de direitos individuais do cidadão, especialmente quanto a seus direitos civis e políticos, e, também, na propriedade privada e na atividade econômica. Tais direitos são considerados liberdades públicas negativas, pois impõem ao Estado um dever de abstenção quanto a determinados direitos dos particulares.

O Estado Liberal operava economicamente pelo modo de produção capitalista, na modalidade industrial, que gira em torno da acumulação de riquezas e acarreta a concentração de renda e gerou, neste período, uma crise social diante da opressão e exploração das classes trabalhadoras, situação que se tornou crítica no final do século XIX e começo do século XX, sobretudo com a divulgação dos ideais de Marx e Engels, que inspiraram a Revolução Russa de 1917 e a implantação do socialismo naquele país, com

---

1 Ver, por todos: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 387-402.

a apropriação dos meios de produção pelo Estado e o estabelecimento da “Ditadura do Proletariado”.

No lapso temporal compreendido entre a Primeira (1914-1918) e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o capitalismo enfrentou a severa crise de 1929, o *crack* da bolsa de Nova Iorque, que levou milhares de pessoas à falência e bancos e indústrias à ruína, trazendo grande pobreza aos norte-americanos que se depararam com a fome e o desemprego, emergindo a percepção de que um Estado meramente não intervencionista não seria suficiente para responder às novas demandas econômicas, políticas e sociais.

O Presidente eleito em 1932, Franklin Delano Roosevelt, implantou o *New Deal*, dando origem a um modelo alternativo de desenvolvimento econômico com a intervenção do Estado na economia mediante o controle na emissão de valores monetários, o investimento em setores básicos da indústria e criação de políticas de emprego. Esses tipos de ações criaram as bases do Estado do Bem-Estar Social.

O Estado Social, como é sabido, resulta de um acordo entre os trabalhadores e os donos dos meios de produção, no qual ambos se comprometem a flexibilizar seus interesses: os primeiros renunciando às suas reivindicações radicais de subversão ao capitalismo e os segundos concordando em abdicar de parte de seus lucros. Tal compromisso, segundo Boaventura de Sousa Santos, representa “a resposta a uma dolorosa história recente de guerras destrutivas, lutas sociais violentas e crises econômicas graves”<sup>2</sup>.

Paralelamente a essas tensões de natureza econômico-social, a Segunda Guerra Mundial e os horrores do Nazismo conduziram a um novo olhar sobre as constituições e o positivismo jurídico, que teria sido adotado como fundamento hermenêutico de validade das leis nazistas, diante da separação entre direito e moral estabelecida por Kelsen<sup>3</sup>, legitimando o entendimento de que os soldados nazistas que cometeram homicídios em obediência ao Reich teriam atuado no estrito cumprimento do dever legal,

---

2 SANTOS, Boaventura de Sousa. Estado Social, estado providência e de bem-estar: o caso das políticas de saúde. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 23, p. 13-77, set. 1987.

3 “Para ele, o direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral. As fontes do Direito ‘têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente’ (idem). O estudo do Direito deveria ser desprovido de valores; a moral seria extrínseca ao ordenamento jurídico. Ele não ignorou a carga valorativa que informa o fato jurídico, mas simplesmente ressaltou a necessidade de o fenômeno jurídico ser analisado como tal; independentemente de outras áreas do conhecimento.” (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional, p. 108. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2016)

resultando vultosa injustiça que refletia um alarmante conflito entre a lei e a moral.

Diante de tais fatos, emerge um novo pensamento jusfilosófico que vislumbra um novo positivismo em que o direito se aproxime da moral, revigorando os valores da justiça, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade ou proporcionalidade no direito<sup>4</sup>, e que recebe a denominação de pós-positivismo.

O pós-positivismo coopera para a inauguração de um neoconstitucionalismo que debate a relação existente entre direito e moral, inadmitindo uma separação completa entre ambos, valorizando os princípios constitucionais que, sob a ótica axiológica e normativa, possuem capacidade de estabelecer um elo entre direito e moral<sup>5</sup>.

O pós-positivismo tenta compatibilizar o jusnaturalismo com o positivismo, e entre seus representantes podemos destacar Ronald Dworkin e Robert Alexy, que desenvolveram teorias de aplicação de princípios e regras para efetivação dos direitos fundamentais.

Para Dworkin, não há uma clara distinção entre princípios e regras. Referido autor entende que os princípios têm um mesmo caráter *prima facie*, razão pela qual os conflitos aparentes entre princípios devem ser resolvidos mediante critérios de peso e valor. Já as regras, em sua totalidade, têm um mesmo caráter definitivo, não comportando restrições, e suas possíveis colisões são resolvidas no campo da validade, do tudo ou nada, mediante subsunção<sup>6</sup>.

Segundo Alexy, princípios e regras são gêneros da espécie norma. Os princípios seriam normas dotadas de maior generalidade que as regras e, portanto, constituiriam-se em normas de otimização, cuja colisão deve ser resolvida mediante sopesamento, consubstanciado no critério da ponderação, de acordo com o caso concreto, pois não existe hierarquia ou precedência abstrata entre princípios<sup>7</sup>.

Em tal cenário, pode-se dizer que a subsunção pura e simples deu lugar “à ponderação de interesses estruturada pelo princípio da proporcio-

---

4 Cf. SILVA, Paulo Maycon Costa da. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 1, p. 173, quadrimestral, jan./abr. 2014. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrj.us.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/viewFile/619/594](http://www.esmarn.tjrj.us.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/619/594)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

5 Idem.

6 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. passim.

7 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 86 e ss.

nalidade e operacionalizada com a divisão do gênero norma jurídica em princípios e regras”<sup>8</sup>.

A teoria de Alexy é classificada como procedimentalista porque estabelece fases na aplicação do juízo de ponderação para solução da colisão de princípios, quais sejam: a) identificar os princípios envolvidos; b) atribuir o peso que cada princípio exerce no caso concreto; e c) decidir a prevalência de um sobre o outro, mediante decisão argumentativa.

Conquanto pós-positivistas, os dois autores divergem teoricamente em relação ao papel do Poder Judiciário e da justiça constitucional quanto à efetivação dos direitos fundamentais, adotando Alexy a teoria procedimentalista e Dworkin a teoria substancialista, que representam duas formas de solucionar conflitos jurídicos conforme haja ou não concordância com o ativismo judicial, consoante se discutirá em maior profundidade no próximo tópico, com especial atenção ao procedimentalismo de Habermas.

## **2 A ATUAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS SOB A ÓTICA DO PROCEDIMENTALISMO E DO SUBSTANCIALISMO**

O procedimentalismo e o substancialismo são duas propostas distintas para solução de conflitos jurídicos, no que diz respeito, sobretudo, à divergência teórica sobre o papel do Poder Judiciário e da justiça constitucional quanto à efetivação dos direitos fundamentais<sup>9</sup>.

Tais divergências ganharam relevo no cenário constitucional sedimentado após a Segunda Guerra Mundial, que foi marcado pela valorização dos direitos fundamentais e, em muitos países, pela inserção de compromissos de efetivação de direito sociais em suas cartas políticas.

O procedimentalismo ou teoria dos valores adjetivos defende o regime democrático-republicano no processo de construção dos direitos fundamentais, preconizando que a efetivação de tais direitos deve ser realizada por meio da implementação de processos democráticos, relegando à Constituição um caráter instrumental e restringindo sua abrangência à garantia

---

8 VICTORINO, Fábio Rodrigo. Proporcionalidade e o princípio formal da competência decisória do legislador: equívoco no controle judicial dos atos normativos. *Revista da AGU*, Brasília/DF, ano XII, n. 38, p. 141, out./dez. 2013. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/21774748](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/21774748)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

9 LEAL JUNIOR, João Carlos; SHIMAMURA, Emilim. Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde. *Revista do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <[www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1404/1448](http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1404/1448)>. Acesso em: 11 jul. 2016.

do acesso a mecanismos de participação democrática no sistema político do País.

Nas palavras de Santiago Artur Berger Sito e Carolina Salbego Lisowski, trata-se de

uma corrente procedimental do direito que regula a facticidade da segurança jurídica e a validade da correção jurisdicional através de um sistema normativo compreendido sistematicamente, seguro em si e que seria suficiente para a satisfação da demanda social-jurídica. Esse fator aproxima-o da corrente positivista. Isso se deve a observância prioritária da ordem legal, eis que essa representa o ideal democrático, comunicativamente construído, em ampla construção produzida por sujeitos de direito emissores de fala em condições de simetria argumentativa.<sup>10</sup>

O procedimentalismo de Jürgen Habermas propõe a interpretação da separação entre política e direito com base na teoria do discurso que se desenvolve por meio da atuação de cidadãos autônomos, atribuindo especial importância ao diálogo como instrumento de interação social e de convivência harmônica. Habermas defende um discurso cuja verdade, validade e aceitabilidade decorram de uma aceitabilidade racional, de uma razão comunicativa, procedimento que compreende sujeitos que agem comunicativamente, sob o aspecto da aprendizagem, sem perder o próprio saber linguístico e sem se deixar levar por retóricas vazias, vislumbrando o aspecto prático da discussão<sup>11</sup>.

Habermas, em seu procedimentalismo, recusa o processo hermenêutico de compreensão das normas como sinônimo de valores e também a posição do juiz como um ser dotado de privilégios quanto à decisão sobre a verdade dos fatos. Nesse sentido, as convicções do juiz poderiam se sobrepor aos procedimentos democráticos em razão da possibilidade de predominância de sua interpretação subjetiva.

Habermas defende, assim, um modelo de democracia constitucional fundamentada em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas em uma nação de cidadãos.

---

10 SITO, Santiago Artur Berger; LISOWSKI, Carolina Salbego. Procedimentalismo e positivismo: uma reflexão necessária. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi* (realizado em São Paulo em novembro de 2009). Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2439.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2439.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2016.

11 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro* – Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1996. p. 102-106 e 309-364.

A corrente substancialista baseada em princípios como os da supremacia, da eficácia normativa e da máxima efetividade da Constituição defende o ativismo e a concretização de valores constitucionais por meio de processos judiciais, mediante uma interpretação principiológica da constituição.

O substancialista Mauro Cappelletti entende que a criatividade sempre esteve atrelada à interpretação judiciária, em maior ou em menor grau, embora o formalismo tendesse reforçar a aplicação da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, desprezando “o elemento voluntarístico, discricional, da escolha”<sup>12</sup>.

Cappelletti esclarece que escolha

significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.<sup>13</sup>

Referido autor acrescenta, ainda, que, desse modo,

o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma neutra. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa.<sup>14</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um Estado Democrático de Direito fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, que tem como objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e que incluiu entre os direitos e as garantias fundamentais os direitos sociais.

---

12 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* reimp. 1993. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 32.

13 Idem, p. 33.

14 Idem, ibidem.

A par disso, a mesma Constituição de 1988 – *cunhada de Constituição cidadã*<sup>15</sup> – inseriu em seu art. 5º o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (inciso XXXIV), consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV) e assegurou o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV), ampliando, sem dúvida, o acesso à justiça.

A ineficiência do Estado na implementação e execução de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais levou o administrado a provocar a tutela jurisdicional para ver satisfeitos tais direitos, estabelecendo-se verdadeira judicialização dos direitos fundamentais.

Em tal cenário, como registra Othoniel Pinheiro Neto,

as atenções voltam-se para o Poder Judiciário, que agora, para alguns, passou a ser o verdadeiro responsável pela condução e transformação do conteúdo e alcance dos direitos constitucionais fundamentais, no sentido de fazer valer obrigações constitucionais de todos os poderes, utilizando-se de seu poder de coerção e atuando com independência e imparcialidade.

Desta sorte, uma enxurrada de livros, artigos e precedentes jurisprudenciais está debatendo até onde pode ir a interferência do Poder Judiciário em ações do Executivo. São muitas as controvérsias, principalmente no que diz respeito à judicialização dos direitos sociais.<sup>16</sup>

Segundo Luis Roberto Barroso, judicialização quer significar que “algumas questões de larga repercussão política ou social” acabam sendo decididas pelo Poder Judiciário e não mais pelas “instâncias políticas tradicionais” (é dizer, Poderes Legislativo e Executivo). E arremata: “Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”<sup>17-18</sup>.

---

15 Ver, por todos, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

16 PINHEIRO NETO, Othoniel. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali*, Itajaí, v. 7, n. 2 p. 1201, 2º quadr. 2012. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5623/3025>> ou <[www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica)>. Acesso em: 18 jul. 2016.

17 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 6. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

18 Idem, *ibidem*.

A judicialização dos direitos fundamentais sociais, ou ainda de questões de repercussão política, como assinalado por Luís Roberto Barroso, oportunizou o estabelecimento do ativismo judicial, expressão 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”<sup>19</sup>.

Estabelecidas essas premissas, passe-se à análise de algumas das mais paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal, de caráter substancial, relativas à implementação de direitos sociais, especialmente saúde.

### **3 A POSTURA PROATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental interposto na Suspensão da Liminar nº 47 – Pernambuco, sob a relatoria do então Ministro Presidente Gilmar Mendes, manteve, por votação unânime, o indeferimento da suspensão da liminar, deferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara de Petrolina, que determinou ao Município de Petrolina a adoção de oito providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital Dom Malan e ao Estado do Pernambuco e à União a adoção de todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas, exceto as meramente administrativas<sup>20</sup>. A ementa de referido acórdão está assim redigida:

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.

Houve realização de “Audiência Pública – Saúde”, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, em abril e maio de 2009, para ouvir os especialistas em matéria de saúde pública, especialmente os gestores públicos, os membros da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União, dos Estados e dos Municípios, além de aca-

---

19 Idem, *ibidem*.

20 SL 47-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), J. 17.03.2010, DJe-076 Divulg. 29.04.2010, Publ. 30.04.2010; Ement., v. 02399-01, p. 00001.

dêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil, tendo o Relator verificado,

após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.<sup>21</sup>

Constatou-se, portanto, que, na grande maioria dos casos, a interferência do Poder Judiciário não era provocada para criar ou implementar políticas públicas em matéria de saúde, mas, sim, para determinar o efetivo cumprimento das políticas já existentes. Assim sendo, não haveria uma judicialização no sentido de ingerência do Poder Judiciário no exercício das competências dos Poderes Legislativo e Executivo.

Reconheceu-se, com base no art. 196 da Constituição Federal, a natureza de direito subjetivo público de aplicabilidade imediata ao direito constitucional à saúde, e considerou-se o reflexo das decisões judiciais na execução das políticas públicas e orçamentárias pelos gestores públicos, mas assentou-se que no conflito entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” questões orçamentárias não podem prevalecer em face da concretização do direito à saúde, inerente ao próprio direito à vida.

Foi feita ressalva para os casos excepcionais em que é requerido fornecimento de medicamentos ou de medidas terapêuticas não acobertadas pelo Sistema Único de Saúde ou de natureza experimental, situações que demandariam dilação probatória e análise individualizada de cada caso em concreto.

O Relator concluiu que,

ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde – SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece evidente.<sup>22</sup>

---

21 Idem, p. 22.

22 Idem, p. 30/31

O recurso foi desprovido por votação unânime, tendo o Ministro Ayres Britto classificado o voto do Relator como um divisor de águas, por ter deixado claro tratar-se de caso em que as políticas de saúde já estavam estabelecidas, todavia não executadas a contento, e destacado a natureza contextual e empírica da decisão, que “resgatou um pouco a tese da constituição dirigente, a constituição que governa quem governa, ou seja, governa permanentemente quem governa quadrienalmente”<sup>23</sup>.

É imprescindível ressaltar que, de fato, o acórdão ora analisado tem servido de paradigma e emprestado fundamento a decisões mais recentes proferidas em casos análogos, como adiante se vê:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL

---

23 Idem, p. 64-65.

FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.<sup>24</sup>

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA – SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL – PODER JUDICIÁRIO – DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL – VIOLAÇÃO – INOCORRÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO – 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (art. 323, § 1º, do RISTF ). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgRg, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2010. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 05.02.2013, acórdão eletrônico, DJe-038 Divulg. 26.02.2013, Publ. 27.02.2013)

[...] 4. Por outro lado, o acórdão recorrido decidiu a questão de acordo com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não viola o princípio da separação dos Poderes a intervenção excepcional do Poder Judiciário nas políticas públicas do Poder Executivo, com vistas à garantia de direitos constitucionalmente previstos. Nesse sentido, precedentes das duas Turmas desta Corte:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes.

---

24 ARE 745745-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, J. 02.12.2014, processo eletrônico, DJe-250 Divulg. 18.12.2014, Publ. 19.12.2014.

2. Agravo regimental não provido.” (RE 762.242-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 16.12.2013)

[...]

“AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL OBRIGAÇÃO JURÍDICO – CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO A TEORIA DA RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES (OU DA LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 RTJ 175/1212-1213 RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS ASTREINTES (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DO POVO (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA PRECEDENTES RECURSO DE AGRAVO

IMPROVIDO.” (RE 581.352-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 22.11.2013)

E ainda: AI 810.864-AgRg, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 02.02.2015; ARE 803.281-AgRg, de minha relatoria, 2ª Turma, DJe de 06.10.2014; RE 820.910-AgRg, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe de 04.09.2014.

[...]

6. Por fim, no que toca à alegada ofensa ao art. 167 da CF/1988, a argumentação da recorrente foi rejeitada pela 2ª Turma desta Corte no julgamento do RE 820.910-AgRg (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 04.09.2014). Confira-se: Cumpre ainda acentuar, quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculada a recorrente, que o Poder Público, ressalvado a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. Com esse entendimento, oportuna a transcrição de trecho do voto do Ministro Celso de Mello no RE 410.715-AgRg/SP: ‘Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político – administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (Otávio Henrique Martins Port, *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade’.

7. Diante do exposto, nego provimento ao agravo.” (ARE 893191, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 16.06.2015, publicado em processo eletrônico DJe-118 Divulg. 18.06.2015, Publ. 19.06.2015)

O entendimento expressado em tais julgados permite-nos concluir pela adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria substancialista, especialmente quanto à tutela jurisdicional do direito à saúde, importa, no presente ensaio, analisar se tal teoria seria mesmo a mais adequada para direcionar a intervenção jurisdicional com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A adoção pelo Supremo Tribunal Federal da teoria substancialista, especialmente quanto à tutela jurisdicional do direito à saúde, importa, no

presente ensaio, analisar se tal teoria seria mesmo a mais adequada para direcionar a intervenção jurisdicional com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Partindo-se do pressuposto de que o Estado brasileiro tem falhado em gerir e implementar políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais, entendemos que, nesse particular, a postura ativista do Poder Judiciário é bem-vinda, sendo a teoria substancialista, que atribui força normativa e efetividade concreta às normas constitucionais, mais adequada para direcionar a atuação judicial na salvaguarda dos menos favorecidos.

É que, conforme anteriormente explicitado, o procedimentalismo, mais especificamente a teoria do discurso habermasiano, tem sua eficácia atrelada ao processo democrático dialético, fundado em uma argumentação protagonizada por interlocutores conscientes de sua condição política e capazes de prosseguir no discurso de maneira igualitária, sem correrem o risco de ludibriação por argumentos politiqueiros e falaciosos, o que efetivamente não corresponde ao perfil predominante da população brasileira, o que, decerto, relegaria as decisões “democráticas” a uma elite intelectualizada, desmuniando o cidadão “comum” da prerrogativa de interferir nas políticas públicas referentes aos direitos sociais.

Interessante colocação feita por Lenio Streck sinaliza que, enquanto não for solucionado o problema da exclusão social no Brasil, não há possibilidade de formação dos cidadãos plenamente autônomos que devem ocupar o papel de protagonistas na teoria do discurso de Habermas. O jurista relembra que a tese do sujeito autônomo formulada por Habermas não levou em consideração países com o Brasil, em que não foram cumpridos os compromissos do *Welfare State*, etapa considerada superada pelo jurista alemão.

Como bem adverte Lenio Streck,

trabalhando o texto constitucional apenas no seu sentido procedimental, abre-se espaço para o entulhamento (no sentido hermenêutico-heideggeriano) daquilo que a Constituição é no seu sentido negativo: os direitos sociais não realizados, os direitos fundamentais não respeitados. Além disso, corre-se sempre o risco de entender o Direito – no que se relaciona aos valores substantivos constitucionais – como um mecanismo (meramente) redutor de complexidades, impedindo o aparecer do sentido transformador próprio do paradigma do Estado Democrático de Direito. Corre-se o risco, finalmente, de transformar o Direito Constitucional em um Direito Constitucional simbólico, frustrando as expectativas exurgentes

do contrato social, entendido aqui, conforme já se viu, a partir de um paradigma hermenêutico.<sup>25</sup>

Diante de todo o exposto, permitimo-nos concluir que, em face das peculiaridades do Estado brasileiro que não atingiu o cumprimento de seus objetivos sociais básicos e que reiteradamente tem adotado postura omissa quanto à execução de políticas públicas sérias voltadas à redução das desigualdades sociais, a teoria substancialista e o ativismo judicial devem orientar as decisões judiciais que determinam o cumprimento de políticas públicas sociais já estabelecidas, especialmente no caso do direito à saúde que integra o núcleo jurídico de proteção à vida.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um Estado Democrático de Direito fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, que tem como objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e reduzir as desigualdades sociais e regionais e que incluiu entre os direitos e as garantias fundamentais os direitos sociais.

A par disso, a Constituição de 1988 inseriu em seu art. 5º o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (inciso XXXIV), consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV) e assegurou o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso XXIV), ampliando, sem dúvida, o acesso à justiça.

A ineficiência do Estado na implementação e execução de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais levou o administrado a provocar a tutela jurisdicional para ver satisfeitos tais direitos, estabelecendo-se verdadeira judicialização dos direitos fundamentais.

Provocado a se pronunciar sobre tais questões, em especial quanto ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal exteriorizou entendimentos baseados na teoria substancialista, defendendo a pertinência da atuação do Poder Judiciário para determinar o cumprimento de políticas públicas já

---

25 STRECK. Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

estabelecidas e não efetivadas pelo Poder Executivo, rechaçando a alegação de violação ao princípio da separação dos Poderes e da limitação orçamentária como impossibilidade de atendimento da ordem judicial.

Diante das peculiaridades da sociedade brasileira, filiamo-nos ao pensamento de Lenio Streck, no sentido de que a teoria do discurso de Habermas não encontraria aplicabilidade satisfatória na operacionalização do processo democrático brasileiro diante da insuficiência de sujeitos autônomos aptos a protagonizar a dialética habermasiana em condições de igualdade argumentativa.

Nestes termos, permitimo-nos concluir que a atuação proativa do Poder Judiciário ainda é necessária para garantir o acesso das minorias marginalizadas ao “mínimo existencial” que o Estado brasileiro se comprometeu a assegurar na Constituição Federal de 1988, sendo tal postura legítima, ressalte-se, quando a matéria em discussão for a efetivação de direitos sociais fundamentais objeto de políticas públicas implementadas e não executadas a contento.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2015.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan./fev./mar. 2009. ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2015.
- \_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 6. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 387-402.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* reimp. 1993. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 475-498.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dobbella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – Estudos de teoria política*. Loyola, 1996.
- PINHEIRO NETO, Othoniel. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali*, Itajaí, v. 7, n. 2, p. 1201, 2º quadr. 2012. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5623/3025>> ou <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 18 jul. 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Estado Social, estado providência e de bem-estar: o caso das políticas de saúde. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 23, p. 13-77, set. 1987.
- SILVA, Paulo Maycon Costa da. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 1, p. 173, quadrimestral, jan./abr. 2014. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/viewFile/619/594](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/619/594)>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- STRECK. Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.