

# Ítalo Farias: Ativismo judicial e direito à saúde

16/05/2020

As discussões que envolvem o ativismo judicial são tão antigas quanto o próprio surgimento da jurisdição constitucional. Alexis de Tocqueville (1805-1859), por exemplo, já relatava o imenso poder político de que dispunham os juízes norte-americanos para inclusive desaplicar uma lei que estivesse em desacordo com a Constituição [1].



Entretanto, a expressão *judicial activism* é de forma corrente atribuída

a Arthur Schlesinger Jr. que a usou pela primeira vez em um artigo publicado em 1947. Na ocasião o autor analisava a tendência de alguns juízes (*justices*) da Suprema Corte em adotar posturas mais ativistas, de autocontenção ou moderadas [2].

De fato, não existe um consenso geral sobre o significado da expressão, dada a ambiguidade que isso gera, pois o ativismo é tanto conservador como liberal ou progressista. Na verdade, a postura ativista ou de autocontenção só adquire significado dentro de uma conjuntura específica que envolve determinado momento político e a atuação dos juízes.

Por outro lado, uma postura de autocontenção, ou seja, a opção dos juízes em não interferir em questões políticas, também faz parte do mesmo fenômeno e adquire um significado político quando estão em jogo assuntos que envolvem valores constitucionais.

Hoje em dia, as discussões sobre o ativismo judicial ganharam o mundo, sendo relatadas em várias jurisdições constitucionais e tomando conta dos debates políticos. Talvez um de seus momentos mais marcantes tenha acontecido nos Estados Unidos, no segundo mandato do presidente Franklin Delano Roosevelt (1933 até 1945), envolvendo o Poder Executivo e a Suprema Corte na implementação das medidas relacionadas ao *New Deal*.

Apesar dos sérios efeitos da crise econômica causada pela Grande Depressão, a Suprema Corte mantinha uma visão conservadora e de oposição às reformas por estar apegada a uma visão doutrinária do capitalismo liberal. O presidente utiliza nessa disputa um forte apelo ao apoio popular que havia somado, o que na reeleição de 1936 lhe confere a vitória com mais de 60% dos votos válidos. Diante disso, inicia uma proposta para alterar a composição da Suprema Corte, o que acaba por ser rechaçado inclusive por membros do seu próprio partido.

Depois dessa queda de braços resulta que em 1937 começa a haver uma certa inflexão da Suprema Corte em favor das reformas que estavam a ser implementadas por Roosevelt, como no caso *West Coast v. Parrish*. No referido caso, a Suprema Corte não considerou inconstitucional uma lei do Estado de Washington que estabelecia um salário mínimo, em detrimento da ideia de liberdade contratual.

Com a reabertura política que houve a partir da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passou a adotar os valores que integram o constitucionalismo. Entre esses valores a ideia da normatividade constitucional e, mais ainda, do seu caráter dirigente e a crença de seu poder em transformar a realidade social e política.

Impossível que o texto constitucional não influenciasse o Poder Judiciário, ainda mais em um país com grandes desigualdades sociais. O ativismo judicial em relação ao direito à saúde começa a se manifestar já nos anos 90. Até que no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS (RE nº 271.286-8) [3], de 12 setembro de 2000, o STF reconhece como dever do Estado distribuir gratuitamente medicamentos para tratamento do HIV a indivíduos desprovidos de recursos financeiros para arcar com seus custos.

A decisão trata o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal como um direito subjetivo, afastando a interpretação dos direitos sociais como meras normas de caráter programático. O tema foi sendo ampliado na jurisprudência constitucional e no RE nº 407.902/RS[4], de 26 de maio de 2009, o STF também reconheceu ao Ministério Público a legitimidade para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamentos, dando ao direito à saúde caráter indisponível.

A temática ganha relevo no debate jurídico constitucional brasileiro do início do nosso século dada a inércia da Administração Pública em fazer frente às necessidades da população. Assim, o Direito Constitucional desenvolveu em relação aos direitos sociais a teoria do "mínimo existencial", como fora revelado naquela que passou a ser muitas vezes citada ADPF 45 [5].

Essa ideia pode ser explicada como a parcela de "fundamentalidade" do direito social em análise, como o direito à saúde, que constitui o seu "núcleo essencial", ou seja, a manifestação concreta do princípio-valor da dignidade de pessoa humana. A força dessa vinculação é tão intensa no Direito Constitucional brasileiro que os tribunais reconhecem a sua capacidade de gerar obrigações imediatas para o Poder Público.

É o que afirma a decisão liminar do ministro Alexandre de Moraes na ADPF 672 [6], ao invocar fundamento já defendido na ADPF 45, de que mecanismos processuais podem ser utilizados "*com o objetivo de se evitar condutas do poder público que estejam ou possam colocar em risco os preceitos fundamentais da República, entre eles, a proteção à saúde*".

Por tudo isso, não nos parece que o texto constitucional deixou a cargo de qualquer gestor público a possibilidade de fazer uma escolha em relação à preservação da economia em detrimento do sistema de saúde. Ao contrário, o texto constitucional tornou a defesa e a concretização do direito à saúde um dos valores fundamentais da ordem jurídica, com capacidade de vincular as iniciativas dos poderes públicos constituídos e dos particulares, inclusive, através do controle judicial.

É lógico que a disputa institucional que se coloca entre o presidente da República e o Supremo Tribunal Federal pode rever a sua posição até aqui delineada para uma proposta de autocontenção. Porém, como advertimos no início desse artigo, até mesmo uma posição de autocontenção esconde uma posição política, dada a natureza dos valores que estão em jogo.

[1] Conferir o Capítulo VI, do Volume I, da obra "A Democracia na América" — disponível no sítio [edisciplinas.usp.br > mod > resource > view](http://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view), acessado em 7/5/2020.

[2] URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 87-92.

[3] STF. AGRG. no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>. Acesso em: 7/5/2020.

[4] STF. RE nº 407.902/RS. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175787> Acesso em: 7/5/2020.

[5] STF ADPF 45. <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 7/5/2020.

[6] STF ADPF 672/DF. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em 7/5/2020.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-mai-16/italo-farias-ativismo-judicial-direito-saude/>