

OS LIMITES NA APLICAÇÃO DO DIREITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

THE LIMITS IN THE APPLICATION OF THE LAW BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT: AN ANALYSIS ABOUT THE HEALTH JUDICIALIZATION

Juliana Cardoso Ribeiro Bastos¹
Alícia Cristóvão Pessetti²

¹ Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2006, Mestre (2010) e Doutoranda (início 2017) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É professora de Direito Constitucional na graduação das Faculdades Metropolitanas Unidas e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Produção principal: A Constituição Econômica e a Sociedade Aberta dos Intérpretes. Membro efetivo do Núcleo de Memória dos Direitos Humanos, no âmbito da Comissão Permanente de Direitos Humanos. Advogada.

E-mail: ju_crbastos@yahoo.com.br

Orcid:

<https://orcid.org/0000-0002-8154-8582>

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduanda (lato sensu) em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público.

E-mail: alicia.pessetti@gmail.com

Orcid:

<https://orcid.org/0000-0002-8273-2912>

Como citar: BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro; PESSETTI, Alícia Cristóvão. Os limites na aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise sobre a judicialização da saúde. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC*, Londrina, v. 6, n. 1, e024, jan/jun, 2021. ISSN: 2596-0075. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v6n1.e024

Resumo: As mudanças sofridas pela Constituição e sua realização desde o Pós-Segunda Guerra Mundial se refletem também no exercício das principais funções do Estado como é o caso do Poder Judiciário. A sua ascensão nos últimos tempos desperta atenção e a necessidade de analisar o seu impacto na realização constitucional a partir da curiosidade sobre os seus limites. Utilizando-se da judicialização da saúde, esse artigo tem como objetivo dar respostas para a relação entre o dever de concretização da Constituição e os limites existentes à atuação do Supremo Tribunal Federal a partir de uma análise teórica e jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; judicialização; saúde; constituição.

Abstract: The changes undergone by the Constitution and its implementation since the Post World War II are also reflected in the exercise of the main functions of the State, such as the Judiciary. Its rise in recent times arouses attention and the need to analyse its impact on constitutional achievement based on curiosity about its limits. Using the judicialization of health this article aims to provide answers to the relationship between the duty to implement the Constitution and the existing limits of the role of the Supreme Court, based on a theoretical and jurisprudential analysis on the subject.

Keywords: Federal Supreme Court; judicialization; health; constitution.

1 INTRODUÇÃO

O modelo de organização de poderes teorizado por Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, com o objetivo de limitar a atuação do governante, separou as três funções principais do Estado em três distintos órgãos. O modelo foi seguido por muitos Estados que adotaram concomitante a Supremacia da Constituição, inclusive pelo Brasil, com exceção à Constituição de 1824 que além das tradicionais funções legislativa, executiva e judiciária, adotou o poder moderador como um quarto poder.

É o modelo adotado pela Constituição Brasileira de 1988 que atribui ao Poder Judiciário a função de aplicação da lei para solução dos conflitos. Na jurisdição brasileira, coube ao Supremo Tribunal Federal ser o Guardião da Constituição não obstante estar todo o poder judiciário submetido a sua realização a partir do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais.

Nesse sentido, primeiramente, verifica-se os fatos que levaram o Poder Judiciário a uma posição de destaque na realização do Texto Constitucional para que seja possível compreender o fenômeno da judicialização e, em especial, a judicialização da saúde. O fenômeno da judicialização não pode ser analisado como uma consequência exclusiva da vontade de poder manifestado pelos juízes, mas levar em consideração o funcionamento institucional das funções atribuídas ao Estado.

Posteriormente à compreensão do papel do Poder Judiciário, será abordada a existência de limites à sua atuação. Há uma preocupação por parte de doutrinadores com o que se denomina “ativismo judicial” e, por isso, também, uma associação dele com o fenômeno da judicialização. Nesse sentido, será importante diferenciá-los para não confundir a efetividade da Constituição com a possibilidade de o aplicador do direito ultrapassar os limites de sua atuação. Assim, busca compreender se a judicialização oferece perigo para a representatividade política ou se de alguma forma ela permite um equilíbrio na relação tripartite de poder adotado.

Por fim, o trabalho buscará tratar, finalmente, da judicialização da saúde que, apesar dos avanços em sua concretização, ainda se apresenta com importantes questionamentos sobre qual a melhor forma de tratar o tema a partir da necessidade de sua realização constitucional. Se o modelo de Estado Social de um lado reconhece a necessidade da intervenção do Estado em busca da igualdade social, de outro, impõe desafios no que tange a realização dos mesmos.

2 A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Nos últimos anos, foi notório o agigantamento do Supremo Tribunal Federal no panorama jurídico, institucional e político brasileiro. Ora com elogios à atuação da Corte na preservação de direitos fundamentais, ora com críticas a uma possível extrapolação da função jurisdicional, fato é que as decisões judiciais, notadamente as proferidas no exercício da jurisdição constitucional, foram objeto de grande atenção dos meios acadêmico e social.

Diante desse panorama, constata-se um possível desequilíbrio do modelo de separação dos poderes brasileiro e do sistema de controle mútuo entre as instituições, o que suscita inúmeras questões e problemáticas que devem ser enfrentadas. Como ocorreu essa fortificação do Poder Judiciário? Há, de fato, um limite à jurisdição do Supremo Tribunal Federal na garantia de direitos fundamentais? Podem os Ministros do Supremo Tribunal Federal ultrapassar os ditames das normas constitucionais para modificar a realidade social, em prol do interesse coletivo? O ativismo judicial é adequado ao sistema jurídico-constitucional pátrio?

Por séculos, filósofos e juristas vêm se dedicando à tentativa de conter os abusos do poder político, em todas as suas formas, com o objetivo de assegurar o respeito e a promoção dos direitos e garantias fundamentais. Isso porque, na história, é possível observar que, reiteradamente, a concentração do poder em determinada pessoa ou determinado grupo de pessoas gerou a supressão de direitos fundamentais e o desrespeito à dignidade do ser humano.

Contra esses abusos de direito emergiram os movimentos constitucionalistas, cujo ápice ocorreu nos séculos XVII e XVIII, com a Revolução Gloriosa, a Revolução Francesa e a independência das Treze Colônias da América. Tais eventos influenciaram mundialmente na formação dos Estados Legislativos de Direito, por meio da elaboração de Constituições, com o objetivo precípua de conter o poderio dos monarcas. Essas Constituições funcionavam como cartas políticas, com diretrizes de atuação aos governantes, e estabeleciam o sistema de superioridade das leis (*rule of law*), além do princípio da separação dos poderes.

No século XX, após as duas grandes guerras mundiais e a instalação de regimes autoritários nos continentes europeu e americano, verificou-se a insuficiência da superioridade das leis na garantia dos direitos fundamentais. É que as leis foram amplamente utilizadas como instrumentos legitimadores de violações e supressões de direitos individuais de grupos minoritários e vulneráveis.

A exemplo disso, observa-se que mesmo durante o Estado do “Führer” (*Führerstaat*), a Constituição de Weimar (1919), embora formalmente em vigor, era aplicada somente quando

compatível com os interesses e as normas impostas pelo regime totalitário (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 65). Vale dizer, portanto, que as Constituições do século XIX e início do século XX não possuíam força imperativa, sendo possível a elaboração de leis absolutamente contrárias às normas constitucionais.

A edição de tais leis, contrárias aos direitos fundamentais, era possível porquanto “Estas [Constituições] eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos” (SARMENTO, 2009, p. 5).

Dessa maneira, findas as guerras e alcançada a democracia pela grande parcela dos países, escancarou-se a insuficiência das Constituições meramente “simbólicas”. Era imprescindível a inserção, nos ordenamentos jurídicos, de valores relacionados à dignidade da pessoa humana, garantidos por meio de normas constitucionais, que ganhariam força jurídico-normativa.

Nesse contexto, aflorou um novo movimento constitucionalista, alicerçado no pós-positivismo filosófico, com o escopo principal de reaproximar o Direito aos valores morais da sociedade, e assegurar o respeito aos direitos fundamentais, não mais pela superioridade da lei, mas sim pela supremacia da Constituição: surge o *neoconstitucionalismo* ou constitucionalismo contemporâneo.

Deveras, esse novo movimento que, no Brasil, fortaleceu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a redemocratização do país, modificou as bases do sistema jurídico-constitucional pátrio. Dentre outras alterações, a Constituição Federal foi elevada ao mais alto patamar do sistema jurídico, o que conferiu às normas constitucionais a capacidade de irradiarem seus efeitos por todo o ordenamento; as normas constitucionais se tornaram o novo parâmetro de controle dos atos emanados pelo Poder Público; foi ampliado o rol de direitos fundamentais; foram fortalecidos os mecanismos de controle judicial de constitucionalidade; foi permitida a maior eficácia das normas constitucionais através das cláusulas abertas e dos princípios.

Nessa toada é que o novo constitucionalismo estimulou a participação efetiva do juiz no processo criativo do Direito, possibilitando-o conferir sentidos às normas abertas e escolher entre as possíveis interpretações, superando, pois, a função jurisdicional essencialmente subsuntiva (BARROSO, 2005, p. 217-218). E sendo o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição brasileira e detentor do controle concentrado de constitucionalidade, a fórmula não poderia gerar outro resultado, senão a

exponencial fortificação da Alta Corte Judicial brasileira, com a migração, cada vez mais constante, de tensões políticas ao Poder Judiciário – fenômeno conhecido como *judicialização da política*¹.

A *judicialização da política*, além de decorrer da própria estruturação do ordenamento constitucional brasileiro, é intensificada pela inefetividade dos Poderes representativos na implementação de direitos fundamentais que, por outro lado, envolve não somente aspectos jurídicos, mas também questões políticas, como as consequências do presidencialismo de coalizão brasileiro e o forte viés neoliberal presente desde 1988 em nosso país, ideológicas, com a descrença brasileira nos direitos fundamentais, e orçamentárias, com a escassez e malversação de recursos públicos no tocante à realização das normas constitucionais.

E é nesse contexto que se observa a propagação do *ativismo judicial* no cenário jurídico, político e institucional brasileiro. As decisões ativistas podem aparentar, a princípio, a mera implementação dos direitos fundamentais pelo Estado-Juiz, ou ainda o resultado do simples protagonismo do Poder Judiciário. Contudo, observa-se que, por meio dessas decisões, os juízes impõem suas convicções pessoais sobre questões eminentemente políticas; elas representam a vontade dos juízes em possuírem cada vez mais poder político, substituindo as decisões políticas *das maiorias* por opiniões pessoais, com o evidente intento de modificar algum(ns) aspecto(s) da realidade social ou jurídica, extrapolando os limites da função jurisdicional.

3 LIMITES NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Invariavelmente, da concentração e falta de restrição do poder político decorrem arbitrariedades e abusos de direito, o que é absolutamente incompatível com a busca pelo interesse público, que deve nortear a atuação estatal. Em virtude disso, a limitação do poder e a submissão de seus detentores aos mandamentos da lei são inerentes ao constitucionalismo, e essenciais à sobrevivência e à manutenção dos Estados de Direito (SILVA, 1988, p. 16).

Nessa toada, concebe-se o princípio da separação dos poderes, fruto das teorias de Aristóteles (em *Política*), Locke (em *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*) e Montesquieu (em *O espírito das leis*), e aprimorado por Madison, Hamilton e Jay (em *Artigos Federalistas*²),

¹ O termo “judicialização da política” (*judicialization of politics*) foi, pioneiramente, traçado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, em estudo sobre os efeitos da atuação dos órgãos judiciários nos processos políticos (The Global Expansion Of Judicial Power).

² Interessante destacar que, ao contrário dos demais filósofos que contribuíram para a construção do modelo de separação dos poderes, Madison, Hamilton e Jay, por entenderem que o Judiciário, sozinho, não significaria ameaça aos demais poderes, preconizaram a autonomia do Poder Judiciário, e sua capacidade de participar de

o qual consiste no “mecanismo que nasce contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, a favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade, técnica a bem da racionalidade estatal.” (STRECK; OLIVEIRA, 2018, p. 146).

Por esse princípio, identifica-se as funções estatais decorrentes do poder político, e é reconhecida a necessidade de entregá-las a órgãos distintos, independentes e harmônicos, e que exerçam, entre si, o controle do poder, visando garantir o bom funcionamento do Estado e preservar os direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade. É que, segundo Montesquieu, “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, p. 166).

E embora as formas de divisão e contenção do poder variem conforme cada teoria analisada, ou ainda conforme a real necessidade de cada Estado, o substrato do princípio, consistente na coibição à concentração do poder e ao abuso dele, deve sempre ser preservado. Vale dizer, então, que o modelo de separação dos poderes não é engessado, mas o sistema de controle mútuo dos poderes, implementado pelo princípio em análise, deve sempre ser mantido para garantir a sobrevivência do Estado de Direito.

Ocorre que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal, principalmente no exercício da jurisdição constitucional, vem abusando do poder que lhe foi constitucionalmente conferido, ferindo, a cada decisão ativista, o princípio da separação dos poderes, e colocando em risco a democracia brasileira. Isso porque, na sua substância, o ativismo judicial é abuso de poder e, em última análise, examinar o ativismo ou não de uma decisão judicial é examinar se o juiz, no bojo do processo, pretendeu impor suas vontades e convicções pessoais, excedendo os limites da jurisdição e usurpando atribuições próprias dos Poderes Legislativo e Executivo.

Contudo, é preciso admitir que, na prática, torna-se dificultosa a tarefa de caracterizar, com um mínimo de certeza, uma decisão judicial como ativista. Isto porque, como anteriormente exposto, no contexto da judicialização da política e do neoconstitucionalismo, foram ampliados os limites da jurisdição, e passou-se a compreender a atividade interpretativa dos juízes como atividade cocriadora do Direito, autorizando, por conseguinte, a inovação do ordenamento jurídico por atos jurisdicionais. Em outras palavras, a linha entre o ativismo judicial e o mero exercício regular da jurisdição é bastante tênue.

maneira efetiva do sistema de controle mútuo entre os Poderes, por meio do controle judicial de constitucionalidade dos atos emanados principalmente pelo Legislativo. Prenunciaram o que se transformaria, posteriormente, no instituto da *judicial review*, consolidado pela notória decisão proferida no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 482).

Para tanto, não se pode perder de vista que mesmo na jurisdição constitucional, em que o Supremo Tribunal Federal concorre com determinadas atividades próprias dos Poderes Legislativo e Executivo (*e.g.* retirando leis, atos normativos e administrativos do sistema jurídico, ou ainda suprindo omissões legislativas e administrativas), jamais os Ministros da Corte Suprema brasileira podem afastar-se do que, de fato, dita a Constituição, sob risco de usurpar indevidamente do núcleo essencial da atividade legislativa ou executiva – este, o verdadeiro limite da função jurisdicional na contenção dos demais Poderes que, se excedido, configura violação ao princípio da separação dos poderes e coloca em risco a democracia pátria.

Com o escopo de ilustrar o ativismo judicial como sendo a ingerência indevida do Poder Judiciário no núcleo essencial da atividade legislativa, de forma a diferenciá-lo do mero exercício regular da função jurisdicional e, posteriormente, examinar o exercício e os limites da jurisdição à luz do direito à saúde, destaca-se a decisão proferida no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, julgada em 13 de junho de 2019.

Por meio desta ação, o Partido Popular Socialista pretendeu o reconhecimento da mora legislativa quanto à tipificação penal de condutas homofóbicas e transfóbicas (na forma do art. 12-H, da Lei nº 9.868/1999), visto que tais discriminações seriam abrangidas pelo conceito de racismo e, portanto, passíveis de sanções penais por força do artigo 5º, XLII, da Constituição Federal; pediu-se, ainda, pela fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional editasse lei nesse sentido e, descumprido o prazo assinalado, requereu-se “sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte” (STF, 2019, p. 16).

Ao final do processo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na edição de norma incriminadora de condutas discriminatórias aos integrantes do grupo LGBTI+, declarando, conseqüentemente, a existência de omissão legislativa inconstitucional. Utilizando da técnica de interpretação conforme a Constituição, a maioria dos Ministros entendeu pela possibilidade de enquadrar os comportamentos homofóbicos e transfóbicos nos tipos penais constantes na Lei nº 7.716/89, como se racismo fossem, até a edição de lei que, de fato, tipifique tais condutas. Assim é que, espantosamente, oito Ministros do Supremo Tribunal Federal³ criaram novos tipos penais por meio de uma decisão judicial.

³ Foram votos vencedores os dos Ministros Edson Fachin, Celso de Mello, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Por outro lado, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli reconheceram a mora legislativa, mas não a aplicação dos tipos penais das discriminações racistas às condutas homofóbicas ou transfóbicas, por entenderem não caber ao STF a criação

O ativismo judicial da decisão em análise é evidente e altamente perigoso. Os Ministros, em posicionamento bastante questionável e não tão fiel ao texto constitucional, quer por reconhecerem que a discriminação contra indivíduos LGBTI+ configuraria racismo e, portanto, já estaria presente nos tipos da Lei nº 7.716/89, quer por compreenderem que o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal é um mandado expresso de criminalização, como é o inciso XLII desse mesmo dispositivo, e, portanto, o legislador teria o dever de incriminar todos os atos atentatórios a direitos e liberdades fundamentais, estabeleceram determinada(s) conduta(s) como crime, usurpando da competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre direito penal (cf. artigo 22, inciso I, da Constituição).

Ainda, utilizaram argumentos essencialmente políticos, buscando elementos estatísticos e sociológicos, para fundamentar sua decisão, exercendo, verdadeiramente, função de legislador positivo na seara criminal, e ferindo, de maneira inequívoca, o princípio constitucional explícito da reserva legal na incriminação de condutas e cominação de penas⁴ (artigo 5º, XXXIX, da Constituição), violando, por conseguinte, a segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, da Constituição), alicerce do Estado de Direito.

Nesse sentido, a fim de analisar e caracterizar tal decisão como ativista, são valiosas as lições de Elival Silva Ramos (2015, p. 122), que embora reconheça a possibilidade de um ato judiciário inovar na ordem jurídica, destaca duas importantes diferenças entre os atos emanados pelo Poder Legislativo e os emanados pelo Judiciário: (i) os atos normativos legislativos, por serem gerais e abstratos, são hierarquicamente superiores às normas de decisão proferidas pelo Judiciário, e possuem o condão de verdadeiramente constituir o ordenamento jurídico, enquanto os atos judiciais, em regra, incidem sobre determinada(s) controvérsia(s), e contribuem limitadamente para a modulação dos atos legislativos já produzidos; (ii) os atos legislativos podem, diretamente, regular ou constituir comportamentos, enquanto os atos judiciais somente o fazem de forma indireta, pois não possuem essa finalidade. Essas diferenças

de tipos penais. O Ministro Marco Aurélio, em posição bastante autocontida, votou no sentido de inadmitir o mandado de injunção e, admitindo a ação direta de inconstitucionalidade, julgá-la improcedente pela inexistência de omissão legislativa inconstitucional.

⁴ Vale ressaltar que o princípio da reserva legal no direito penal brasileiro consiste, justamente, na imprescindibilidade, para a devida responsabilização penal, de existir lei prévia (em sentido formal e material) que defina os tipos e as sanções criminais aplicáveis. Além disso, tal princípio exige a máxima taxatividade do conteúdo do tipo penal e da sanção, de forma a vincular os juízes na aplicação das penas, e tem como fundamento central a “proteção do ser humano em face do arbítrio do Estado no exercício do seu poder punitivo”, pelo que tal princípio consiste, na verdade, em um direito fundamental de primeira dimensão (MASSON, 2019, p. 20).

decorrem do núcleo essencial da atividade legislativa, que jamais pode sofrer ingerências do Poder Judiciário em observância ao princípio da separação dos poderes.

Ora, sob essa perspectiva, tendo o Supremo Tribunal Federal produzido uma nova norma proibitiva no ordenamento jurídico pátrio, com imposição de pena privativa de liberdade àqueles que a descumprirem até a edição de lei formal nesse sentido (ou seja, retirando a discricionariedade própria do Poder Legislativo e desconsiderando o direito penal como *ultima ratio*), é evidente a ingerência indevida do Poder Judiciário na área nuclear de atuação do Legislativo, desrespeitando, pois, os limites da jurisdição e o modelo brasileiro de separação dos poderes.

E pela própria fundamentação utilizada pelos Ministros que proferiram os votos vencedores da ADO nº 26, resta notória a vontade dos magistrados em, por meio da decisão judicial, realizarem suas convicções pessoais, com o objetivo explícito de transformar a realidade social⁵, estando presentes todos os elementos que configuram uma decisão como ativista. É o que fica evidente por trecho extraído do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2019, p. 284):

20. É à luz desse contexto que a questão constitucional deve ser solucionada. Os dados da realidade atual registram, de um lado, números impressionantes da sistemática violação dos direitos fundamentais da população LGBTI+, e, de outro lado, a ausência de regulamentação específica no Brasil a respeito da homofobia e da transfobia, situação que destoa em absoluto do cenário internacional.

21. Não se interpreta o direito em abstrato. Interpreta-se à luz da realidade. A realidade que vigora no momento presente. Há um belo verso de Carlos Drummond de Andrade, em que ele diz: “o tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente”. Logo, a vida presente exige uma resposta do Estado e uma resposta do direito contra essa violência institucionalizada de pessoas que, muitas vezes, passam como invisíveis na percepção da sociedade.

Desse modo, verifica-se instaurado um paradoxo insuperável: a pretexto de estar garantindo um direito constitucional que não é clara e expressamente tutelado pela Constituição (como a real existência de um mandado expresso de criminalização que exija do legislador a edição de lei icriminando a discriminação contra integrantes do grupo LGBTI+), o Supremo Tribunal Federal viola princípios e direitos fundamentais expressamente tutelados pelo ordenamento constitucional (como é o caso do princípio da reserva legal, da segurança jurídica

⁵ Não se pretende discordar ou negar a triste e assustadora realidade social que assola a parcela da população que compõe o grupo LGBTQI+, cujos integrantes diariamente sofrem discriminações e violências, seja pela sociedade, pelas suas próprias famílias, ou ainda pelas instituições estatais. Essa situação deve sim ser combatida, inclusive no âmbito penal, todavia pelos órgãos legislativos e pela via da lei, legítimos à criminalização de condutas.

e da separação dos poderes), os quais, em última análise, são sustentáculos do Estado Constitucional brasileiro.

A judicialização da política, que, conforme já mencionado, gerou um ambiente propício para a adoção de posturas judiciais mais ativistas, alterou sensivelmente o equilíbrio entre os poderes constituídos no Brasil e em inúmeros outros Países do globo, notadamente naqueles em que os Tribunais Constitucionais integram o Poder Judiciário, que passou a preponderar sobre Legislativo e Executivo, pondo fim aos *ciclos de preponderância* dessas funções estatais em períodos históricos anteriores. (FELLETT, 2018, p. 395)

Deveras, o que se verifica atualmente é um desequilíbrio no modelo brasileiro de separação de poderes. Nota-se, a cada tensão política e social submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, e a cada decisão ativista proferida por esta Corte, a preponderância do Poder Judiciário sobre os demais. Essa situação é agravada em razão da quase inexistência de mecanismos de controle sobre a função jurisdicional, afinal um desses instrumentos, tradicionalmente, é a vinculação do juiz às normas jurídicas, o que, como acima foi ilustrado, praticamente não subsiste, ao menos no âmbito da jurisdição constitucional.

Em razão de todo o exposto, depreende-se que o ativismo judicial é uma realidade no panorama atual brasileiro e configura-se, essencialmente, no abuso de poder por parte do Judiciário. O ativismo judicial, somado ao desequilíbrio do modelo de separação e controle entre os poderes, representa o adoecimento dos sistemas político e jurídico brasileiros, violando, além da segurança jurídica e a separação dos poderes, a própria democracia.

Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (STRECK, 2013, n.p.)

Com efeito, o ativismo judicial afronta a democracia pela usurpação, por parte dos tribunais, de funções próprias dos Poderes Legislativo e Executivo, estes, por excelência, órgãos representativos e, portanto, legítimos a tomar decisões políticas em nome do povo. Enfraquece a democracia, porquanto indivíduos e grupos interessados deixam de pleitear junto aos seus verdadeiros representantes a defesa de seus interesses, para pretendê-los diretamente aos órgãos judiciários.

Há de se ressaltar que não se ignora, e nem se pretende questionar, a importância do papel contramajoritário exercido pelo Supremo Tribunal Federal à democracia brasileira.

Superado o entendimento de que a democracia limita-se à noção político-eleitoral de participação das maiorias na tomada de decisões políticas, o sentido material da democracia é, quiçá, o mais relevante, vez que, ao garantir um núcleo intangível de direitos aos indivíduos, conferindo-lhes dignidade, permite-se o verdadeiro exercício democrático, de fazer valer pluralidades de interesses e opiniões (BARROSO, 2018, p. 261). Aliás, é justamente este papel contramajoritário da Corte Suprema brasileira, essencial à garantia e implementação dos direitos fundamentais dentro dos limites constitucionais, que se pretende preservar ao analisar criticamente o ativismo judicial.

Ao permitir, no entanto, que os magistrados façam prevalecer suas vontades nas decisões judiciais, inclusive ferindo direitos expressamente tutelados pela Constituição brasileira, cria-se um ambiente propício à ascensão de figuras autoritárias no âmbito do Judiciário brasileiro, mais preocupadas com interesses políticos do que com a ordem jurídica, o que compromete a própria função democrática dos juízes e tribunais na guarda da Constituição e dos direitos fundamentais. E, indubitavelmente, tal fato abre perigosos precedentes ao nosso Estado de Direito, que quedará à mercê dos Ministros que ocupam e, futuramente, ocuparão as cadeiras do Supremo Tribunal Federal, seja quem forem.

“Quem nos salvará dos salvadores?” (STRECK, *op. cit.*). O que faremos quando as decisões ativistas não forem compatíveis com os nossos valores e interesses? Quem garantirá a faceta substancial da democracia brasileira? Devemos encarar as decisões ativistas, essencialmente, como extrapolação do poder e ilegitimidade democrática, e nos afastarmos de juízos valorativos quanto aos méritos dessas decisões. Ao contrário, colheremos os frutos amargos do nosso pacifismo social e acadêmico.

4 A CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Parte-se do conceito de saúde estabelecido pela Organização Mundial de Saúde, ratificado nacionalmente pela Lei Orgânica da Saúde, segundo o qual: “*saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças e outros agravos*”. Destarte, o termo saúde “deve ser visto sob dois aspectos: o primeiro como ausência de doenças; o segundo como ambiente circundante propiciador de bem-estar físico, mental e social” (WEICHERT, 2004, p. 158).

A preocupação com a saúde não é recente, encontra-se positivada tanto no plano internacional⁶, com mais intensidade após a Segunda Guerra Mundial, como também pelas Constituições brasileiras. No entanto, apenas com a Constituição de 1988 foi elevado à condição de direito fundamental social do homem.

O direito à saúde encontra-se garantido em mais de um dispositivo no Texto Constitucional. Primeiramente, no artigo 6º como direito social e, em segundo, na sessão II do título da Ordem Social, Capítulo da Seguridade Social. Por fim, no artigo 194, que assegura a saúde quando define seguridade social.

Trata-se de um direito social que exige uma prestação material que, de acordo com Cristina Queiroz, “compreende quer atividades normativas quer atividades fáticas” (QUEIROZ, 2006, p. 22). Importante lembrar que a emergência do Estado Social passou a cobrar não apenas uma conduta de abstenção do Estado, mas também uma conduta prestacional de sua parte, de modo que a saúde faz parte do grupo de direitos que depende da intervenção do Estado para alcançar o patamar de igualdade entre os indivíduos.

É no artigo 196 da Constituição Brasileira que a saúde vem expressa como sendo direito de todos e dever do Estado nos seguintes termos: “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”.

O preceito supra, quando assegura que “a saúde é direito de todos”, confere a todos a titularidade para defesa da saúde, ou seja, um poder de ação capaz de exigir o cumprimento de determinada obrigação. De outro lado, quando assegura que “a saúde é dever do Estado”, coloca a figura do Estado como detentor do dever de fazer cumprir a proteção a esse direito, ou seja, a obrigação do Estado a uma prestação em prol da saúde.

⁶ Alguns exemplos de documentos normativos de positivação do direito à saúde no plano internacional: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção dos Direitos da Criança; Convenção Americana de Direitos Humanos (1989); Organização Mundial da Saúde; Positivção pelas Constituições Europeias. **Positivção do direito à saúde na ordem constitucional brasileira:** Constituição de 1824 – “A Constituição também garante socorros públicos”; Constituição de 1891 – preocupação mais acentuada com os aspectos sanitários; Constituição de 1934 – influenciada pela Constituição de Weimar, apresenta título referente aos direitos sociais; Constituição de 1937 – influenciada pela ditadura getulista, retira dos direitos o título “dos direitos sociais”; Constituição de 1946 – fruto da redemocratização, deu-se a restauração dos direitos e garantias individuais com a instituição de diversas medidas em relação à saúde; Constituição de 1967 – manteve-se a proteção em relação à saúde; Constituição de 1988: dos direitos e garantias fundamentais, sendo certamente a Carta de 1988 a mais generosa tanto para os direitos individuais quanto para os sociais.

Assim, a saúde além de ser condição fundamental para a existência do homem como ser digno, é também dever do Estado. Entretanto, cumpre anotar que esse dever não deve ser entendido apenas como obrigação do Estado, mas, também, dos particulares, ainda que implicitamente, pois sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado.

Sendo assim, quando a Constituição Federal de 1988 assegura a saúde como direito e dever fundamental, está garantindo um direito público subjetivo, um direito cuja prestação cabe primeiramente ao Estado e em relação ao qual o indivíduo pode se valer da judicialização para sua realização. Inclusive, Alexy, quando disserta acerca de ações positivas em prol de direitos fundamentais, faz uma interessante divisão em dois grupos:

aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. Ocorre que quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a *prestações em sentido estrito*. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a *prestações em sentido amplo* (ALEXY, 2008, p. 201-202).

Também, importante observação vem de Ingo Sarlet (SARLET, 2002, p. 10-12) sobre a dimensão positiva e negativa desse direito. Explica que enquanto da sua dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais; na sua dimensão positiva, pode exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde.

Neste sentido, cabe ao Estado e também aos particulares a produção de ações positivas (políticas públicas, como se verá) que promovam, protejam e recuperem o direito à saúde, assim como abstenham-se da prática de atos que prejudiquem a saúde, não apenas individual, mas coletiva.

Contudo, a proteção do direito à saúde não ocorre de forma tão simples, deparando-se com limitações que dificultam seu cumprimento. Estas limitações podem ser de ordem normativa, como também da própria posição na qual o homem se coloca frente ao

desenvolvimento humano. Isso quer dizer que o direito à saúde, enquanto norma, depende muito da realidade na qual se insere, ou seja, de outros fatores e não somente o normativo.

A propósito, a própria globalização – que levou a uma aproximação entre os homens na atualidade –, sugere que repensemos a saúde como um todo, a ver pela pandemia, atualmente, vivenciada por quase todos os países. E como um primeiro ponto limite a esse direito, encontramos as diferenças culturais, em que a própria concepção de saúde se altera com a mudança de território, levando-se em conta o desenvolvimento econômico e social da região.

Ingo Wolfgang Sarlet observa que:

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com esse ponto, a uma referência genérica. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição (SARLET, *ibidem*, p. 12).

A verdade é que conhecer em que consiste a saúde e seu direito permite uma maior aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais (e *infra*) sobre saúde. Não é outro o entendimento de José Afonso da Silva para quem: “(...) o direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que não de ser estabelecidas, sob pena de *omissão inconstitucional*, até porque os meios financeiros para o cumprimento do dever do Estado, no caso, são arrecadados da sociedade, dos empregados e empresas, dos trabalhadores e de outras fontes (...)” (SILVA, 2007, p. 768).

Vale lembrar que o direito à saúde se caracteriza como direito social e, por isso, fundamental⁷. Logo, considera-se a aplicação do artigo 5º, parágrafo primeiro, às normas de direito à saúde, que conferem aos direitos fundamentais aplicação imediata.⁸ Tal formulação traz aos direitos assim consagrados como fundamentais uma aplicação independente da atuação do legislador infraconstitucional, em razão da indispensabilidade deles para proteção do homem enquanto tal.

⁷ Ingo Wolfgang Sarlet entende que: “(...) não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.” (SARLET, 2002, p. 3).

⁸ Art. 5º, §1 da Constituição brasileira de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ocorre que, como em outros direitos fundamentais, no direito à saúde essa aplicabilidade imediata não consegue, de pronto, ser a mais ampla possível, pois depende, em alguns aspectos, da conformação do legislador infraconstitucional, do financeiramente possível, e da vontade política de cada situação espaço-temporal.

Muito embora se entenda como necessária a atuação do legislador infraconstitucional na proteção do direito à saúde, essa não pode ser vista como essencial para a sua aplicação. Para Ingo Sarlet, as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais não mais podem ser consideradas como meros enunciados sem força normativa (SARLET, 2002, p. 9).

Outro argumento utilizado em favor da não aplicabilidade imediata das normas de direitos sociais (como o direito à saúde) se escora na questão da “reserva do financeiramente possível”, e neste sentido se faz necessário um ajuste orçamentário que determine a destinação de recursos para a implementação das políticas públicas. É esse o entendimento também de Mariana Carvalho (2003, p. 21), para quem: “Para a implementação dos direitos sociais, faz-se necessário um ajuste orçamentário que determine a destinação de recursos para a implementação de políticas públicas referentes àqueles”.

Apesar de Marina Carvalho levantar a importância da previsão orçamentária, observa que “na verdade, as previsões orçamentárias são importantes, mas não são os reais obstáculos da efetivação dos direitos sociais, uma vez que as mesmas dependem do quadro político de cada instante”. Nesse sentido, lembra que “o orçamento é construído de acordo com as vontades políticas do momento, que podem tender para o social ou para a satisfação de interesses econômicos”.

Para Canotilho (*apud* CARVALHO, 2003, p. 21-22), “é a necessidade do custo que pressupõe os direitos sociais que levam a construção dogmática da reserva do possível, para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”. Contudo, entende-se que esse argumento não pode prosperar em razão da saúde fazer parte do grupo de direitos pertencentes ao mínimo existencial. Em outras palavras, Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 132) afirma que “não há como se enxergar conflito entre o exercício do direito e os interesses orçamentários da administração”. Ainda, observa que “a preservação de um mínimo vital a todos os indivíduos constituiu obrigação primária que precede a todas as outras”.

A realidade, definida pelo desenvolvimento econômico, acaba sendo limitada pela reserva do possível que, nem por isso, deve deixar de atender ao mínimo existencial. Sendo tarefa do Estado permitir a máxima proteção, promoção e recuperação da saúde, é preciso,

através dos meios que dispõe, procurar não deixar o indivíduo à mercê de um direito subjetivo seu.

Assim é que, em importante decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, sobre a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário sobre o tema de implementação de políticas públicas, entendeu-se que o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.

Sobre a omissão, entenderam os Ministros que deixar de cumprir, em maior ou menos extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o poder público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Constituição.

Indo além, sobre a limitação de recursos, entenderam que se ela existe é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Para o Supremo Tribunal Federal, a meta central das Constituições modernas, e da Constituição de 1988, em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.

Nesse sentido, sobre o papel que cabe ao Judiciário, afirmou-se na decisão que ele não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

Sobre a eficácia dos direitos sociais, em especial daqueles que decorrem prestações materiais para a sua realização, há dependência dos recursos públicos disponíveis. Contudo, a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida nesse sentido tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.

Trata-se de um caso que atribui ao Supremo Tribunal Federal uma dimensão política da jurisdição constitucional a qual não permite a omissão na tutela jurisdicional de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais sob pena de o poder público, por violação negativa ou positiva da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Assim, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, em especial da saúde, componente do mínimo existencial, exige em maior medida a concretização para a realização de um Estado Democrático de Direito. Não obstante, a partir dos desafios observados para sua realização, em especial, por parte da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sugere uma maior reflexão sobre a atuação dos poderes primeiramente responsáveis pela realização constitucional de tal forma que não se têm dúvidas sobre a necessidade de um futuro aprofundamento sobre as balizas que se apresentam, inclusive, para uma prestação igualitária do direito à saúde.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na toada da crescente necessidade de assegurar e realizar as normas constitucionais, notadamente aquelas que contêm direitos fundamentais, é que se observou, no contexto do neoconstitucionalismo, a ascensão do Poder Judiciário, o qual, muito mais que um clássico aplicador da lei, tornou-se imprescindível à implementação da democracia substancial, principalmente no tocante aos direitos sociais.

Tal ampliação da função jurisdicional muito se relacionou com a emersão do fenômeno conhecido como *judicialização da política*, que designa a intensa migração do polo de tensão política dos Poderes essencialmente representativos ao Poder Judiciário. E, nesse diapasão, passa-se a identificar, de forma constante, magistrados imiscuindo-se nas discricionariedades políticas próprias de legisladores e administradores públicos sob o pretexto da implementação dos direitos fundamentais, em verdadeira afronta às delimitações constitucionalmente impostas, à luz do princípio da separação dos poderes, como se pôde observar pela análise da ADO n. 26.

No que concerne à realização do direito à saúde, resta notória e cada vez mais frequente a sua *judicialização*, que, indubitavelmente, será agravada pelo contexto da pandemia da COVID-19. Sendo um direito social fundamental, mínimo vital dos indivíduos e, portanto, intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana, o direito à saúde é de implementação imediata e obrigatória, em suas dimensões positiva e negativa.

É cediço, no entanto, que no mundo fenomênico a aplicabilidade plena do direito à saúde encontra obstáculos, seja pela falta ou insuficiência na atuação política dos legisladores e administradores, ou ainda pela limitação orçamentária, fundamentada na teoria da *reserva do possível*. Assim é que, novamente, os indivíduos são obrigados a recorrerem ao Poder Judiciário como instância capaz de realizar seus direitos subjetivos.

Tamanha é a procura da tutela jurisdicional para a efetivação do direito à saúde que o Supremo Tribunal Federal, provocado, por meio da ADPF n. 45, a manifestar-se acerca dos limites da atuação dos órgãos judiciários na questão da saúde, entendeu que não deve o Poder Judiciário interferir indevidamente nas esferas de atuação dos Poderes representativos, salvo em casos de violações manifestas e arbitrárias dos deveres constitucionais, notadamente aqueles relacionados à realização do mínimo vital do ser humano.

Deveras, é necessário que os órgãos jurisdicionais atuem de forma a garantir a realização da Constituição diante de omissões inconstitucionais dos demais Poderes estatais no que concerne ao direito à saúde, entretanto preservando ao máximo os âmbitos de discricionariedade política dos órgãos representativos, evitando ativismos judiciais. Evidencia-se, destarte, a imprescindibilidade de serem fixadas balizas à atuação do Poder Judiciário, de forma a assegurar o equilíbrio e a harmonia inerentes ao princípio da separação dos poderes, sem, contudo, coadunar com comportamentos impeditivos da realização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 201-202.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (coords.); *et al.* **Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 239-279.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista Opinião Jurídica**. N. 06 – 2005.2. P. 211-252. Disponível em <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/2881/925>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 451, apud CARVALHO, Mariana Siqueira de. A Saúde como

Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de Direito Sanitário*, v. 4, n. 2, jul. 2003. São Paulo: Centro de Estudos e Pesquisas de Direito sanitário – CEPEDISA. Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário – NAP/DISA/USP, p. 21-22.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Direito Sanitário**, v. 4, n. 2, jul. 2003. São Paulo: Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário – CEPEDISA. Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário – NAP/DISA/USP, p. 21.

FELLET, André. O Supremo Tribunal Federal e a reescrita do Estatuto dos Congressistas. In: NOVELINO, Marcelo; _____ (coords.); *et al.* **Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 385-407.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas: 1787-1788**. Apresentação Isaac Kramnick; Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NUNES Jr., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p.132.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 22.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: **Revista de Diálogo Jurídico**, n.10, ano 2002, p. 10-12.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. 2009. Disponível em <https://www.mp.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 768.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *In: Revista de Direito Administrativo*, 173: p. 15-34, Rio de Janeiro, jul./set. 1988.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *In: Revista Consultor Jurídico, online*, 2013. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 07 de outubro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Art. 2º. *In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (coord. científica). Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 158.

Data de aprovação: 21/06/2021

Data de publicação: 28/06/2021

Este trabalho é publicado sob uma licença
Creative Commons Attribution 4.0 International License.