



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ CARLOS SOUZA VASCONCELOS

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE
COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Salvador

2013

LUIZ CARLOS SOUZA VASCONCELOS

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE
COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Pós-Doutor Wilson Alves de Souza.

Área de concentração: Direito Público

Salvador

2013

V331

Vasconcelos, Luiz Carlos Souza,

Controle judicial das políticas públicas de saúde como meio de acesso à justiça / por Luiz Carlos Souza Vasconcelos. – 2013.

173 f.

Orientador: Professor Pós-Doutor Wilson Alves de Souza.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

1. Políticas públicas. 2. Saúde. 3. Acesso à justiça. 4. Direitos fundamentais. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.041

LUIZ CARLOS SOUZA VASCONCELOS

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO MEIO DE
ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, na área de concentração de Direito Público.

Aprovada em / /2013

Banca Examinadora

Wilson Alves de Souza - Professor Orientador
Pós-Doutor em Processo Civil pela Universidade de Coimbra
Universidade Federal da Bahia

Dirley da Cunha Júnior
Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP
Universidade Federal da Bahia

André Alves Portella
Doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Univ. Complutense de Madrid
Universidade Católica de Salvador

Dedico este trabalho a

Isabel, mãe amada, por ter me ensinado a aprender.

Nilza, minha querida esposa, pelo apoio e incentivo.

Meus filhos encantadores, Carla, Luiz Jr., Laila,
Lorena e Maria Luíza, por terem me levado a
aprender a ensinar.

AGRADECIMENTOS

São tantos e tão especiais...

A Deus, sempre Ele, pelo dom da vida, e por ter oportunizado a conclusão de mais uma etapa de minha vida.

A meus irmãos, em especial a irmã Célia e meus amigos Artur e Harrison, verdadeiros incentivadores.

Aos colegas mestrandos que, desde o início, acreditaram no meu trabalho, em especial Daniela Magalhães, Adriana Wyzykowski, Ariele Chagas, Luciano Tourinho, Técio Spínola, João Lordelo, Márcio Fael e Tadeu Cincurá.

A Wilson Alves de Souza, que incentivou a construção deste trabalho científico, com muita paciência e dedicação, e, acima de tudo, um mestre.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelo apoio, infraestrutura, qualidade e simpatia de seus professores, pesquisadores e funcionários.

Aos meus alunos, alicerces na construção contínua do meu conhecimento.

Por fim, à minha família e amigos, pela imensa paciência e amor, compreendendo as minhas ausências, os ritmos acelerados do dia a dia, as mudanças de humor, porém sempre presentes a todo instante necessário, dando maior importância ao meu crescimento como ser humano e profissional.

“Ainda que a Constituição fosse tão perfeita, como se tivesse sido baixada dos céus, o país haveria de ser julgado não pelo seu texto, mas sim segundo o modo pelo qual a pusesse em prática. Importa, assim, conhecer a Constituição, para assegurar-lhe eficácia, realizando seus princípios, como forma de tornar efetivos os desígnios que – bem ou mal – o povo nela expressou”.

Rui Barbosa

VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza. **Controle Judicial das Políticas Públicas de Saúde como Meio de Acesso à Justiça**. 173 fl. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo realizar uma abordagem teórica e jurisprudencial acerca do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário à luz da concretização dos direitos sociais de saúde, alocados como espécie de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, demonstrando a atualidade e relevância do tema pesquisado, além de externar uma perspectiva hermenêutica adequada ao texto constitucional. A pesquisa revelou ainda que o discurso do acesso às políticas públicas passa também pelo viés do acesso à justiça, como meio de efetivar as primeiras, quando não cumpridas de forma regular ou na sua omissão pelos poderes Legislativo e Executivo, atendo-se às exigências e aos limites impostos pelas possibilidades fáticas e legais, além de revelar os instrumentos processuais adequados para esse mister. O estudo dos direitos fundamentais e do controle judicial das políticas públicas exige reflexões críticas, de forma que a investigação transcenda ao dogmatismo do positivismo clássico, realçando uma interpretação mais adequada das regras jurídicas às novas e constantes mutações sociais. Utiliza-se a vertente metodológica jurídico-dogmática, tendo na pesquisa bibliográfica e na documental os instrumentos levantados para a comprovação da hipótese, revendo, assim, as principais obras de teoria da Constituição pertinentes ao assunto pesquisado.

Palavras-chave: Controle judicial. Constituição. Direitos fundamentais. Políticas públicas. Saúde. Acesso à justiça.

VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza. **Judicial Review of Health Public Policies as a Means of Access to Justice**. 173 fl. 2013. Thesis (MA) - Faculty of Law, University of Bahia, Salvador, 2013.

ABSTRACT

This paper aims to make a theoretical and jurisprudential approach to the control of public policy by the Judiciary in regard to the implementation of social health, which is classified as a fundamental right in the Constitution of 1988, demonstrating, thus, how current and relevant the researched topic is, and also expressing an hermeneutic perspective appropriated to the Constitutional text. Furthermore, the survey showed that the discourse about access to public policies also passes through the bias of access to justice as a means of making these policies effective in case of irregular fulfilling or omission by the Legislative and Executive branches, considering the demand and the limits imposed by the factual and legal possibilities, besides of bringing out the suitable procedural instruments to this aim. The study of fundamental rights and judicial review of public policies requiring critical thinking, so that research transcends dogmatism of classical positivism, highlighting a more appropriate interpretation of legal rules to new and rapidly changing society. It has been made use of the legal-dogmatic method, being the hypothesis supported by the information collected in the bibliographic research and other documents, reviewing, therefore, the major works on Constitutional theory connected to the researched theme.

Keywords: Judicial review. Constitution. Fundamental rights. Public policies. Health. Access to justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU RECONHECIMENTO NA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	15
2.1 TEXTO E NORMA – DISTINÇÃO PARA O CONTRIBUTO À CRIATIVIDADE JUDICIAL	15
2.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	21
2.3 A TEORIA DOS <i>STATUS</i> DE JELLINEK E AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES.....	30
2.5 AS DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
2.6 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES.....	38
3 DEFINIÇÃO E ALCANCE DOS DIREITOS SOCIAIS	47
3.1 DOS DIREITOS SOCIAIS – APONTAMENTOS HISTÓRICOS NECESSÁRIOS.....	47
3.2 DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
3.3 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS	57
3.3.1 Existência, validade, eficácia e efetividade.....	57
3.3.2 Da máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais	60
4 ACESSO À JUSTIÇA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS	66
4.1 ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.....	66
4.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	77
4.3 A NECESSÁRIA E INEVITÁVEL CRIATIVIDADE DO INTÉRPRETE/APLICADOR DO DIREITO	84
4.4 ATIVISMO JUDICIAL: UMA NECESSIDADE COMO GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA	92
5 O DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO.....	99
5.1 O DIREITO À SAÚDE.....	99
5.1.1 O conteúdo do direito à saúde e seu regime jurídico	102
5.1.2 O Sistema Único de Saúde (SUS).....	106
5.2 EXIGÊNCIAS E LIMITES À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE... ..	110
5.2.1 A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional	112
5.2.2 A garantia do direito ao mínimo existencial	117
5.2.3 Proibição do retrocesso social	122
5.2.4 O argumento da reserva do possível.....	124
5.2.5 Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade	131
5.2.6 A separação de poderes na atual concepção do Estado de Direito	134
5.2.7 A polêmica da legitimidade democrática do controle judicial	141

5.2.8 Os instrumentos processuais de controle	149
6 CONCLUSÕES	156
REFERÊNCIAS.....	160

1 INTRODUÇÃO

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário tem sido objeto de tema nas dissertações de mestrado e nas teses de doutorado nas universidades do Brasil, ante a sua relevância e preocupação da teoria do Direito pela efetividade dos direitos humanos.

O marco teórico deste trabalho se define pela discussão que existe acerca dos direitos fundamentais e sua efetivação pelos poderes públicos, realçando o papel e legitimidade do Judiciário nesse desiderato.

Nunca existiu tanta atenção com a efetividade do texto constitucional como nos dias de hoje. Há uma diversidade de enfoques e dimensões acerca da judicialização das políticas públicas.

Toda a problemática dos direitos fundamentais não se resume à atuação positiva do Estado. Abarca também a ausência de prestações materiais e a inércia normativa dos Poderes competentes.

Nada é mais frustrante para um cidadão ver o seu direito à saúde sendo violado, embora reconhecido constitucionalmente, e estando, pois, impotente e privado de exercê-lo, por conta da não prestação regular ou omissão do poder público.

Resta-lhe, pois, como alternativa, buscar o amparo judicial para a concretização desse direito.

Nesse sentido, entra em discussão o princípio do acesso à justiça, garantido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Por esse princípio, não pode ser excluído da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Aparentemente simplista, a norma permite o entendimento de que qualquer cidadão pode peticionar e ter assegurada a eficácia das decisões.

Vale-se, para isso, da amplitude da norma que determina, para a sua proteção judicial, a existência de um prévio direito, sem se importar para a natureza deste, o que é de suma importância para analisar o grau de possibilidade de sua eficácia pelo Judiciário ou por outros meios de igual efetivação.

Desse modo, no rol dos direitos protegidos judicialmente, cada vez mais tem crescido a classe dos chamados *direitos sociais*, cuja tutela judicial tem causado algumas dificuldades na sua efetivação.

É que, ao mesmo tempo em que consiste num direito, que envolve um dever da outra parte, a sua efetivação não fica a depender apenas de uma sentença que o proteja, mas, bem além disso, dependendo também da existência de políticas públicas aptas à sua proteção.

Nesse aspecto o presente trabalho quer mesmo quebrar o paradigma da não efetivação dos direitos fundamentais à saúde, dando condição para um novo método de aplicabilidade desses direitos, quando os mesmos deveriam ser obtidos sem a necessidade de uma ação judicial, sem a burocracia do Estado na liberação de exames, internações hospitalares, remédios e tudo que for necessário para que a saúde da coletividade seja atendida.

Com isso, surge um embate acirrado na doutrina e na jurisprudência acerca da existência ou não de limites judiciais na proteção de direitos, quando os mesmos são da classe dos direitos sociais, destacando-se, aqui, o direito à saúde.

Tal se dá porque, há uma vagueza conceitual do alcance e do sentido dos direitos sociais, que não foi preenchido pelo legislador constituinte, o que tem permitido ao Judiciário buscar diretamente da norma constitucional ferramentas para a sua proteção.

E aqui o problema encontra-se consubstanciado nas questões seguintes:

Os direitos sociais são realmente direitos, na acepção de direito subjetivo oponível ao Estado? Sendo oponível ao Estado, caberia a quem definir o seu grau de proteção, ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário? Na hipótese da proteção executiva e legislativa dessas políticas públicas, aquém do pretendido pelo Judiciário, poderia este determinar um diferente padrão de amparo?

Seria intenção do legislador constituinte em alçar a dignidade da pessoa humana como um princípio que se irradia por todo o sistema jurídico, valendo, também, como parâmetro de valoração a orientar a interpretação do texto constitucional? A vedação ao retrocesso é vista como regra absoluta? Seria a teoria do mínimo existencial padrão suficiente para o Judiciário pautar as suas decisões?

Estará o Judiciário quando decide na efetivação do direito à saúde extrapolando os seus limites constitucionais, ferindo a separação de poderes? Seria o argumento da reserva do possível suficiente para afastar toda e qualquer decisão judicial que envolve a proteção de

direitos sociais de saúde? Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade servem como instrumentos limitadores à intervenção judicial?

Essas questões serão respondidas no decorrer do trabalho, além de outras discussões que serão travadas em derredor delas.

O desenvolvimento deste estudo também se justifica por sua atualidade e relevância social.

Tal se diz, porque em nenhum momento da história do Judiciário brasileiro se presenciou tantos litígios envolvendo a efetivação dos direitos sociais, com atenção elevada ao direito à saúde.

A importância do tema na realidade brasileira soergue-se quando os mecanismos democráticos por excelência, quais sejam, o governo e o parlamento, ambos eleitos pelo povo, tornam-se incapazes de proteger os direitos sociais, na forma prevista na Constituição, fazendo com que o acesso à justiça para a proteção dos ditos direitos seja uma concreta esperança na sua realização.

E, atrelado a isso, o posicionamento dos Poderes eleitos constitucionalmente para a elaboração de políticas públicas passou a ter nas decisões judiciais um parâmetro de vital importância, no sentido de saber os anseios populares sobre os bens e serviços essenciais e que demandam proteção política.

De outro ponto, a generalidade das situações que rodeiam as relações sociais na contemporaneidade exige um comportamento flexível do pesquisador quanto ao raciocínio ou método de pesquisa aplicado.

A utilização de método fixo ou de caráter absoluto parece restringir a visão do investigador, com limitação à análise crítica que compreenda a multiplicidade de perspectivas do assunto proposto.

Para a investigação a que se propõe o método a ser utilizado será o hipotético-dedutivo, partindo-se do geral para o particular, haja vista que a investigação parte de uma hipótese de trabalho, ou seja, a possibilidade do controle judicial das políticas públicas, com a análise do material documental, jurisprudencial e bibliográfico, que se formou ao redor do tema.

Permitir-se-á com esse método tirar de uma ou várias proposições uma conclusão lógica do tema eleito, com hipóteses variáveis, que poderão ser perfeitamente sustentadas durante a exposição do tema.

No que se refere ao plano de trabalho, o caminho percorrido na pesquisa foi dividido em quatro partes.

A pesquisa apresenta no Capítulo 2 o desenvolvimento de um estudo sobre a interpretação dos direitos fundamentais, onde se abordará a distinção entre texto e norma, de vital importância para a interpretação jurídica.

Em seguida, discutirá sobre a teoria dos direitos fundamentais, compreendendo o conceito, a multifuncionalidade desses direitos examinada à luz da clássica teoria dos quatro *status* de Jellinek, perpassando pelas suas dimensões, características e aplicabilidade no ordenamento jurídico.

No capítulo 3, traça-se um rápido histórico dos direitos sociais, explicitando o seu surgimento e as diferenças para os demais direitos, partindo de uma concepção distinta da comumente utilizada na definição do que significa ser “direito social”.

Após, adentra na vetusta celeuma da categoria dos direitos sociais, enquadrando-os como fundamentais, além da discussão sobre sua eficácia.

O capítulo 4 será destinado ao estudo do acesso à justiça e sua correlação com as políticas públicas, trazendo ao contexto a interpretação e o ativismo judicial.

Pretende-se também neste tópico delimitar o que são as políticas públicas e precisar-lhes os contornos, no que tange ao seu relacionamento com os direitos fundamentais.

No capítulo 5, o trabalho tratará do conteúdo do direito à saúde e seu regime jurídico, além de pontuar a atuação do Sistema Único de Saúde, no Estado brasileiro.

Na sequência, será examinada a judicialização do direito à saúde, com os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao controle pelo Judiciário, com uma discussão sobre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial e acerca também das teorias dos limites operacionais e orçamentários.

Por fim, serão analisados os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e razoabilidade, da proibição do retrocesso social, da separação dos poderes, os aspectos de uma eventual decisão contrária ao Poder Público, além de delinear alguns instrumentos processuais utilizados para esse controle.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU RECONHECIMENTO NA ORDEM CONSTITUCIONAL

2.1 TEXTO E NORMA – DISTINÇÃO PARA O CONTRIBUTO À CRIATIVIDADE JUDICIAL

Não se poderia começar o presente trabalho sem abordar a clássica distinção entre texto e norma, muito bem descrita por Humberto Ávila. Isso porque, ao longo do texto, ver-se-á que interpretar é compreender o significado da norma jurídica vertida em um texto. Daí que definir um e outro se tornam relevantes à sistematização das ideias aqui apresentadas.

Afirma Humberto Ávila que texto e norma são coisas distintas. Texto é o dispositivo legal, o escrito, a proposição, ao passo que norma é o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Nessa ótica, há texto (dispositivo) sem norma e norma sem texto.

Não há correspondência biunívoca entre texto e norma. Pode-se ter norma sem texto, como se dá com o princípio da segurança jurídica; texto sem norma, como o preâmbulo da Constituição Federal que invoca a proteção de Deus; duas normas derivadas de um único texto e dois textos para uma norma. Em suma, não há relação biunívoca entre texto e norma, o que atesta a necessidade de se entender claramente a sua distinção.¹

Eros Grau², ao distinguir norma de texto, conclui que a ação de interpretar é um processo intelectual, através do qual, originando-se de fórmulas linguísticas encontradas nos atos normativos (disposições, textos, prescrições), chega-se a determinação de seu teor normativo. A norma é feita pelo intérprete, a partir dos enunciados, desvencilhando-se aquela de seu invólucro (o texto), produzindo-se, assim, a regra normativa.

Müller³ informa a diferença entre norma e texto, afirmando que ambos não são sinônimos, como quer acreditar a teoria conservadora. Texto, no entender de Müller, é apenas a ponta do *iceberg*, diferente de norma que é todo o volume oculto que dá base àquele texto.

¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30-34.

² GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 84-89.

³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53-54.

Encontrar esse volume e suas várias maneiras possíveis de interpretação é o trabalho do intérprete, que alcançará no texto a forma que limita as possibilidades de realização material da Carta Magna.

A propósito, Müller⁴ esclarece que a Teoria Estruturante do Direito é uma nova concepção da teoria jurídica, resultando um conceito pós-positivista da norma, sendo que esta não se acha já acabada na legislação, encontrando-se nesta os textos normativos. A norma só será editada em cada caso concreto, através de uma decisão judicial.

Nas palavras de Marcos de Aguiar Villas Boas⁵, a norma jurídica é fruto da construção de significados realizada pelo operador jurídico. Os signos apostos nos enunciados fazem com que o intérprete construa significados, moldando a norma jurídica aplicada.

Texto, assim, é o enunciado linguístico, o comando normativo dotado de signos, que produzirá efeitos se e quando ocorrer a hipótese de fato prevista no texto, no enunciado normativo. Ocorrida esta, deverá surgir a norma jurídica que irá ter incidência na situação fática relacionada. O texto seria, nesse contexto, a norma jurídica geral e abstrata. A norma jurídica, em sentido estrito, seria a disposição individual e concreta, que conforma o fato verificado.

Como se sabe, o Direito não existe por si só. Ele subsiste na sociedade. A sua causa encontra-se nas relações vitais, nos acontecimentos mais consideráveis para a vida em sociedade. Esta é fonte que cria e local onde o Direito age, seu foco de afluência.

Ao existir em função da sociedade, o Direito reflete os fatos sociais, que representam, segundo Émile Durkheim⁶, “maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo e

⁴ Nesse sentido, assevera o autor: “Além disso, é parte constitutiva da norma o *âmbito normativo*, isto é, o conjunto parcial de todos os fatos relevantes (*âmbito fático*) como elemento que sustenta a decisão jurídica como *direito*. Assim sendo, a antiquíssima dicotomia entre ‘Ser e/contra Dever Ser’ finalmente é superada do ponto de vista pragmático e operacional. A ‘norma jurídica’ torna-se, dessa forma, um conceito complexo, composto do âmbito normativo e do programa normativo (isto é, do resultado da interpretação de todos os dados linguísticos). ‘Concretização’ da norma não significa tornar ‘mais concreta’ uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*. A norma é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual (isto é, o teor da decisão) chama-se *norma de decisão*”. (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 305).

⁵ Além disso, o autor afirma: “Os textos, de uma forma geral, não revelam sentidos prontos e acabados. Os textos são suportes para a construção de sentidos. Não é diferente com os textos jurídicos, também chamados de direito positivo, textos positivados, enunciados prescritivos etc.” (BOAS, Marcos de Aguiar Villas. A Interpretação, a Aplicação e a Argumentação Jurídica. In: **Metodologia da pesquisa em direito da UFBA**, Salvador, v. II, p. 389).

⁶ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 33.

dotadas de um poder coercivo em virtude do qual se lhe impõem”. O Direito, como meio de ajuste social, não pode conduzir-se alheio a esses fatos. As normas jurídicas devem se encontrar de conformidade com as manifestações do povo.

A conduta humana no meio social é o objeto das normas jurídicas. Estas regulamentam as relações na sociedade. Os comportamentos intersubjetivos são uma constante preocupação da linguagem normativa, em seus diferentes compartimentos.

Os intérpretes verificam se as condutas sociais coincidem com as referências inseridas nas proposições chamadas antecedentes das normas jurídicas. Quando a subsunção acontece, fala-se que ocorreu a incidência da norma.

Segundo Paulo de Barros Carvalho⁷, a norma jurídica é “a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos [...]”

Para o autor, um só texto pode resultar distintos significados, conforme as diferentes noções que o intérprete tenha dos termos utilizados pelo legislador.

Em uma determinada ordem jurídica, a linguagem que informa a respeito do que se está falando é a linguagem do fato jurídico, sendo tal linguagem com aptidão para instituir os fatos sociais em jurídicos.

Norberto Bobbio⁸ entende que o jurista ao interpretar uma lei tem interesse em seu significado. E afirma “[...] Como uma proposição em geral pode ter um significado, mas ser falsa, também uma proposição normativa pode ter um significado e ser – não digamos falsa – mas, [...], inválida ou injusta [...]”

O intérprete alcança o sentido do texto transformando-o em norma na sua atividade compreensiva de identificação do significado de algo.

Tal atividade é relevante para o Direito, porque as palavras não são geralmente evidentes, unívocas, mas, na sua maioria, plurissignificativas, de modo que requerem sempre uma interpretação, não apenas pela sua ambivalência, mas porque são construídas e reconstruídas no emaranhado dos fatos que o Direito visa a ordenar, de modo a existir uma relação constitutiva de sentidos na medida em que se interpretam os fatos.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. São Paulo: Edipro, 2008. p.74.

Assim, dada a amplitude dos fatos postos à frente do exegeta, a interpretação geralmente é feita de modo a selecionar todos aqueles que dizem respeito à norma que será analisada. O intérprete não trabalha com fatos brutos, mas construídos. E a sua construção está pautada em determinados parâmetros.

Importante aqui a distinção de Jürgen Habermas⁹ entre fatos e objetos da experiência. Os fatos seriam os enunciados linguísticos sobre as coisas e os acontecimentos, sobre as pessoas e suas manifestações. Os objetos da experiência são aquilo acerca do que fazemos afirmações, aquilo sobre que emitimos enunciados.

A construção desses fatos (através de segmentos linguísticos) com sentido completo pressupõe um processo seletivo, com a eleição dos traços julgados mais relevantes para a identificação do objeto da experiência, refletindo não o real, mas um ponto de vista sobre o real.¹⁰

A importância dos fatos para a interpretação foi muito bem sentida por Pontes de Miranda, ao afirmar que o suporte factual que está no mundo não entra, sempre, todo ele, pois “[...] Às mais das vezes, despe-se de aparências, de circunstâncias, de que o direito abstraiu; e outras vezes se veste de aparências, de formalismo, ou se reveste de certas circunstâncias, ficando estranhas a ele, para poder entrar no mundo jurídico.”¹¹

Não há uma interpretação dos textos com posterior interpretação dos fatos, numa operação equivocada de subsunção. No ponto, a observação de Eros Grau é meritória, onde revela uma ligação entre o ato de interpretar e a aplicação, perfazendo um processo unitário, superpondo-se. A interpretação do direito está em concretizar a lei no caso concreto.¹²

Mas não fica apenas aqui a interpretação, numa mera compreensão dos textos e dos fatos. Vai além, pois, partindo-se dessa correlação, constrói normas que devem ser ponderadas para a solução de casos concretos e se finda com uma determinada solução, presente geralmente numa decisão judicial, que dita o direito.

Daí afirmar-se, em suma, que direito não é problema apenas de interpretação, mas de qualificação, de relevância e de prova. No entanto, na esteira deste trabalho, ater-se-á apenas ao problema da interpretação.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**: complementos y estudios previos. Madrid: Ediciones Catedra, 1994. p. 117.

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 92.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. I, 1954. p. 20.

¹² GRAU, Eros. Op.cit. p. 10.

Diante do apresentado, pode-se afirmar que a interpretação do direito tem caráter constitutivo e não meramente declaratório.

É dizer, a interpretação não pode ser considerada como uma mera descrição do significado de um texto mesclado com um fato, mas uma construção, ainda que atrelada a uma moldura previamente fixada pelo direito, até porque todo texto possui traços de significado mínimos incorporados ao uso da linguagem, de modo que não se pode deles afastar-se completamente.

Nesse ponto, a posição interpretativa de Hans Kelsen assume coró quando afirma inexistir uma única resposta correta¹³, uma vez que a atuação do intérprete se dá sempre diante de um plexo de opções, de modo que a escolhida seja a mais suportada pelo direito ou a mais adequada, no dizer igual de Karl Larenz.¹⁴

Sobre essa discussão, não se pode ignorar, ainda que para criticar, o posicionamento contrário de Dworkin, para quem só existe uma solução correta no caso concreto.¹⁵

Logo, o intérprete está sempre reconstruindo sentidos, consistindo nesse reconstruir o sentido de interpretação.

Por isso se afirma que interpretar é escolher um entre várias interpretações possíveis, podendo a interpretação eleita nem sempre ser a mais correta, na visão de quem a analisa, até porque a ideia abstrata do justo não comporta uma única solução.

A solução dada pelo direito é sempre dinâmica, até porque o direito, na visão de Eros Grau¹⁶, “é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”.

E aqui a peculiaridade da interpretação, pois esta sempre se adapta à realidade e aos seus conflitos, corroborando a tese acima de que não existe a única solução plausível, mas uma mais consentânea com a realidade dos fatos e das normas, aliada a uma conjuntura de fatores que interferem na interpretação e na construção do direito.

¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 396.

¹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 19.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127-204.

¹⁶ GRAU, Eros. Op. cit. p. 59.

João Pedro Gebran Neto¹⁷ arremata que ao intérprete cumpre fazer o elo entre o texto e a norma. Para ele, “[...] O papel do intérprete é de suma importância, porquanto poderá formular a norma segundo a carga de conhecimento, de cultura, de vivência e, até mesmo, da ideologia que professe [...]”.

Com razão o autor, principalmente quando se trata de interpretação da Constituição brasileira, notadamente a questão dos direitos fundamentais, demandando do intérprete uma atenção maior, pois a supremacia da Constituição deve dirigir e fundamentar toda a interpretação do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, constituindo-se, assim, uma garantia de efetividade dos direitos e liberdades ali inseridos.

¹⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 67.

2.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sem sombras de dúvidas, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são a medida de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Essa sociedade democrática mostra-se como condição para a efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, toma-se o posicionamento de Jorge Reis Novais, onde afirma que o Estado de Direito “é o Estado juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção.”¹⁸

Paulo Bonavides, de forma categórica, assevera que “onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma.”¹⁹

Luigi Ferrajoli, ao sugerir uma definição teórica para qualquer ordenamento, descreve que são direitos fundamentais “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.”²⁰

Robert Alexy, como ideia-guia de sua teoria, explicita um conceito genérico e formal da seguinte forma: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”²¹

Segundo Jorge Miranda²², os direitos fundamentais integram a Constituição, não existindo ordem constitucional que não tenha, implícita ou explicitamente e positiva ou negativamente, um mandamento, uma regulação desses direitos. Ressalta ainda o constitucionalista português que a Constituição carece de um interpretar jurídico, constante dos trabalhos da hermenêutica, sem embargo de adaptações e adequações colocadas por algumas especialidades.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 33.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 528.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 3. ed. Madrid: Editorial Trota, 2002. p. 37.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 446.

²² MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, v. 9, n. 30, 1998, p. 23-34.

Para Wilson Alves de Souza²³, os direitos que o ordenamento jurídico atribui aos indivíduos são hierarquizáveis, observando-se a sua importância e os bens da vida protegidos.

O retrato atual dos direitos fundamentais nos ordenamentos mais modernos do Ocidente, citando o português e o brasileiro, tem como características a ampliação e diversidade do catálogo, superando as declarações clássicas, forte na dimensão objetiva dos direitos como princípios básicos de todo o sistema.

Caracteriza-se também pela importância de um conteúdo positivo, tanto nos direitos sociais como nos relativos à liberdade; por produzir efeitos não apenas verticais (frente aos poderes públicos), como também horizontais (frente aos particulares); pelos processos e técnicas de regulamentação complexas e pela ampliação dos meios de tutela e sua aderência aos sistemas de fiscalização da legalidade e da sua constitucionalidade.

Por outro lado, não existe um consenso doutrinário traduzindo a terminologia mais adequada, muito menos sobre o conteúdo e o significado da expressão “direitos fundamentais”, uma vez que tanto no direito positivo (constitucional ou internacional) são aplicadas outras designações, tais como liberdades públicas, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos civis, liberdades fundamentais, acarretando uma heterogeneidade e ambiguidade na utilização desses termos.²⁴

A Constituição de 1988 retrata uma diversidade de conceitos referindo-se aos direitos fundamentais, utilizando de expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, parágrafo 4º, inc. IV).

A opção deste trabalho pela expressão “direitos fundamentais” deve-se à terminologia adotada pela CF de 88, na epígrafe do Título II, referindo-se aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, por ser mais abrangente, compreendendo todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, constantes dos capítulos integrantes do referido Título, assim dispostos: Direitos e deveres individuais e coletivos (Cap. I), Direitos sociais (Cap. II),

²³ Para o autor, “[...] Certos bens da vida são considerados direitos inalienáveis do indivíduo, de maneira que pela importância que tais direitos têm são considerados direitos fundamentais e, assim, encontram proteção diretamente na Constituição.” (SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 80-81).

²⁴ Forte é a posição de Paulo Bonavides, onde levanta o seguinte questionamento referente à teoria dos direitos fundamentais: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? (BONAVIDES, Op. cit. p. 514).

nacionalidade (Cap. III), Direitos políticos (Cap. IV) e regulamentação dos partidos políticos (Cap. V).²⁵

Cumpra aqui registrar especial importância à distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, apesar de corriqueiramente serem utilizadas como sinônimas, reportam-se, por motivos diversos, a significados distintos.

Utiliza-se “direitos fundamentais” para denominar aqueles direitos do ser humano reconhecidos, protegidos e positivados na Constituição de determinado Estado, ao tempo em que se utiliza a expressão “direitos humanos” referindo-se aos documentos de direito internacional, independentemente de seu vínculo com alguma ordem constitucional, abrangendo todas as prerrogativas e instituições, de forma universal, conferindo a todos uma vida digna, livre e igual.²⁶

Não se tratam ambas de expressões reciprocamente excludentes ou incompatíveis entre si, inter-relacionando-se em suas dimensões.

Os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem na ordem constitucional que foram reconhecidos e positivados, sofrendo, inclusive, mutações e assumindo novas características no decorrer da história, conforme exigidos em um dado momento, trazendo dificuldades em conceituá-los materialmente, de forma ampla e necessária.

Para Dirley da Cunha Júnior, “os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais”²⁷, posicionando-se no sentido de denominar “direitos fundamentais” quando se tratarem de direitos humanos reconhecidos e positivados na ordem jurídica interna, ao passo que reserva a expressão “direitos humanos” ao plano das declarações e convenções internacionais.

Os direitos fundamentais se encontram em uma posição de destaque e mantêm uma relativa superioridade no rol dos direitos.

²⁵ Ao adotar a expressão “direitos fundamentais”, a Constituição de 1988 se inspirou notadamente na Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e na Constituição portuguesa de 1976, seguindo também os passos da Constituição da Espanha de 1978, da Turquia de 1982 e da Holanda de 1983, desfazendo uma tradição do nosso direito constitucional positivo, em Cartas anteriores.

²⁶ Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, afirma que: “[...] no mínimo, para os que preferem o termo ‘direitos humanos’, há que se referir – sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 32).

²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 157.

Essa relatividade só pode ser compreendida e justificada confrontando-se a fundamentalidade com os demais direitos de inferior *status*.

A Constituição de 88 conferiu esse caráter de fundamentalidade a alguns direitos, por opção política, não exercitado no aspecto amplo de discricionariedade, pois a sociedade já escolhe alguns valores tidos como fundamentais, antes mesmo do constituinte, cuidando apenas este de identificá-los e concebê-los no ordenamento jurídico.

Utilizando-se do critério basilar do princípio da dignidade da pessoa humana, mas não exclusivo, Dirley da Cunha Júnior construiu um *conceito material* dos direitos fundamentais, definindo-os como “aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, prerrogativas, faculdades e instituições que a Constituição reconhece como imprescindíveis a uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”²⁸

Com razão o autor, pois são fundamentais, na medida em que sem eles a pessoa humana não sobrevive, sendo essenciais aos homens em sua convivência com seus pares. Ressalta-se que os direitos fundamentais foram incluídos no rol das “cláusulas pétreas”, constante do art. 60, parágrafo 4º, da CF/88.

Carmén Lúcia Antunes Rocha, na mesma linha de entendimento do autor supra, assevera que os direitos fundamentais revelam-se em duplo sentido: de um lado, porque são imprescindíveis ao ser humano em seu convívio com o outro; de outra banda, porque eles são os pilares ético-político-jurídicos da ordem estatal, dando as bases sobre as quais as ações governamentais se desenvolvem e legitimam.²⁹

No sentido estritamente *formal*, Dirley Cunha conceitua os direitos fundamentais como “aquelas posições jurídicas reconhecidas às pessoas por decisão expressa do legislador constituinte.”³⁰

Defende o autor que é necessário definir um conceito de direitos fundamentais que leve em consideração não apenas a sua fundamentalidade formal (previsão expressa na Constituição), mas também a sua fundamentalidade material (conquanto não expressos formalmente na Constituição, podem ser equiparados e são reconhecidos por ela por causa de seu conteúdo e relevância), por entender que uma definição meramente formal é insuficiente, haja vista a previsão na CF/88, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, de cláusula materialmente

²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 159.

²⁹ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. “O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais”. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 16, p. 42, 1996.

³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 161.

aberta, na qual se admite existir outros direitos fundamentais fora dos expressos no catálogo, com apoio na Constituição (direitos implícitos e decorrentes do regime e princípios adotados pela própria Carta Magna), seja fora dela (direitos oriundos de tratados internacionais de que o Brasil seja parte).

A distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem tido grandes divergências doutrinárias e nem sido objeto de muitas pesquisas, ao menos no âmbito da literatura brasileira, sendo que a doutrina ainda não se encontra pacificada por completo no que fala com a posição assumida pelos direitos materialmente fundamentais (que estão fora do catálogo) com relação aos direitos constantes do catálogo, ou seja, se podem ou não e de que forma ser equiparados no que se refere ao seu regime jurídico.

O ideal é que se atrelem os dois sentidos, buscando-se um conceito constitucionalmente adequado, impondo-se aos órgãos políticos, com seus atos legislativos, administrativos e judiciais, o dever de efetivação e concretização constitucional.

2.3 A TEORIA DOS *STATUS* DE JELLINEK E AS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando a multiplicidade funcional dos direitos fundamentais na ordem jurídica, a clássica teoria dos quatro *status* de Jellinek serve de parâmetro para as principais propostas de classificação da doutrina nacional e estrangeira.

Esta pesquisa não tem o condão de fazer um exame mais acurado, seja das funções desses direitos, seja da teoria de Georg Jellinek, atendo-se apenas a questões pontuais.

Segundo anota Jorge Miranda, a classificação de Jellinek equivale aproximadamente à história de afirmação do ser humano e de seus direitos.³¹

De igual modo, essa teoria dotou a tese dos direitos fundamentais de um suporte rigoroso ancorado no âmbito da estrita positividade, ao encadear um conhecimento amplo do conteúdo desses direitos.³²

Os quatro *status* de Jellinek³³ referem-se às posições que a pessoa pode desenvolver em sua relação com o Estado. O seu relacionamento com o Estado coloca-no em determinadas condições juridicamente importantes, concorrendo daí os quatro *status*: *status subjectionis* ou *status* passivo; *status negativus* ou *status libertatis*; *status civitatis* ou *status* positivo e *status activus*.

Isso quer significar que a pessoa, no seu relacionamento estabelecido com o Estado, de forma vertical, o qual se dá entre desiguais, ocupa os estados passivo, ativo, negativo e positivo.

Essa teoria não conseguiu identificar a incidência dos direitos fundamentais na ordem horizontal, que acontece nas relações privadas, nem a existência dos direitos coletivos. Justifica-se tal situação, uma vez que a mesma fora formulada há mais de 100 anos, de perfil individualista, não podendo ser diferente, porquanto essas ideias são deveras recentes.

Seu valor, por conseguinte, ainda é pleno.

³¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. p. 85.

³² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitucion**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 58.

³³ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981, p. 306 et seq. Ele conclui: “Nestes quatro *status* – passivo, negativo, positivo e ativo – se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro.[...] Estes quatro *status* formam uma linha ascendente [...]”.

O *status* passivo é aquele em que o indivíduo se encontra por causa de sua subordinação ao Estado, no âmbito da esfera de obrigações individuais. Corresponde ao poder que tem o ente estatal de vincular juridicamente essa pessoa por meio de mandamentos e proibições. Essa sujeição ao Estado somente deixará de existir quando a pessoa não estiver submetida a qualquer dever ou proibição e aquele não for mais competente para estabelecê-los.

O *status* negativo corresponde à afirmação constante do valor do ser humano, o que leva à diminuição da extensão do *status* passivo e, por consequência, à limitação do poder estatal sobre as pessoas. O Estado fica impossibilitado de interferir em um determinado campo de liberdade do cidadão, salvo para garantir o exercício do próprio direito.

O *status* positivo refere-se aos direitos dos indivíduos a ações do Estado. Este lhe garante pretensões e mantém à disposição do cidadão meios jurídicos para a realização daquelas.

As prestações positivas que decorrem dos direitos sociais de saúde, autênticos direitos públicos subjetivos, cuja efetivação é o tema deste estudo, estariam no âmbito do *status* positivo.

Se na posição negativa uma inação do Estado era requerida, na forma positiva o que se requer é uma ação, um fazer, um dar estatal.

Pelo *status* ativo, garante-se ao indivíduo a participação, de forma direta e indireta, no processo de formação da vontade política do Estado. A pessoa desfruta de competência para influir nessa vontade. Tais direitos necessitam ser concedidos de forma expressa pelo Estado ao particular, não se presumindo no silêncio da lei. Citam-se como exemplos, o direito ao voto e de ser votado.

Com apoio nessa teoria de Jellinek, os direitos fundamentais classificam-se em direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação, equivalendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo.

Os direitos fundamentais correspondem a cada uma daquelas posições, desempenhando funções diferentes.

Com apoio no *status* negativo, ao cidadão são reconhecidos direitos de defesa em face do Estado. Com fundamento no *status* positivo, pode o cidadão exigir prestações do Estado para o suprimento de suas necessidades. Com arrimo no *status* ativo, o indivíduo participa da vida política da sociedade. Restou o *status* passivo, o qual não abrange direito, e sim, deveres.

Vale aqui salientar que a teoria de Jellinek não está livre de críticas, mas este trabalho não tem a pretensão de examinar essas divergências, por fugir ao objetivo proposto.

Trata-se, pois, de proveitoso exemplo de construção teórica analítica na esfera dos direitos fundamentais.

De outro ponto, pode-se afirmar que a teoria de Jellinek deixa bem claro as diversas *funções dos direitos fundamentais*, a seguir delineadas.

De início, tem-se a *função de defesa ou de liberdade*, que impõe ao Estado um dever de não interferir e de não intromissão na esfera de liberdade da pessoa. Corresponde ao direito ao não empecilho às ações do titular do direito fundamental. Esse direito refere-se à possibilidade de a pessoa se autodeterminar através de decisões próprias.

Com isso, não pode o Estado criar óbices ao exercício de algumas liberdades, tais como: censura prévia de manifestações artísticas ou religiosas, cerceamento de liberdade de locomoção, imposição de uma religião a ser seguida, criação de condições desproporcionais ao exercício de uma profissão, dentre outras.

Neste contexto vem à luz a doutrina iluminista kantiana, pela qual o indivíduo, no uso público de sua razão, dentro de sua autonomia, sai do estado de tutela, sendo autônomo para tomar as decisões referentes à sua própria vida, de forma espontânea.³⁴

Os direitos de defesa também correspondem a não retirada de posições jurídicas pertencentes ao seu titular, como o direito de propriedade e o matrimônio. Por outro lado, por essa função de defesa, defere-se ao seu titular o direito também de não gozar da liberdade ou de não usar da situação jurídica já garantida, impossibilitando ao Estado impor ao cidadão o seu desfrute, caso aquele não queira.

Claro que essa função não transforma esses direitos totalmente livres à atuação estatal, deixando aqui registrado que somente a atuação abusiva do Estado que é rechaçada, pois vai de encontro aos ditames constitucionais.

Em segundo lugar, passa-se a falar sobre a *função de prestação*, que diz respeito aos direitos fundamentais à prestação, exercidos e concretizados através do Estado, como serviços oferecidos de saúde, educação, trabalho, habitação, cultura, dentre outros.

³⁴ KANT, Emmanuel. *Qu`est-ce que les Lumières?* Paris: Flammarion, 1991. p. 43-51.

Esses direitos impõem um comportamento ativo do Estado, podendo-se referir a uma prestação jurídica (pela qual se requer do Estado um dever de editar leis com objetivo de criar estruturas burocráticas de instituições com a responsabilidade de realizar os direitos fundamentais, como por exemplo, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, bem como imediata edição de normas concretizadoras de direitos, ainda ausentes de regulamentação) ou relacionado a uma prestação material (fornecimento de bens ou serviços pelo Estado, ou seja, realização de políticas públicas socialmente ativas, objeto deste estudo).

Tais direitos visam a uma melhor condição de vida do cidadão, atenuando as desigualdades sociais, buscando-se sempre a igualdade material.

Sua fundamentação constitucional encontra arrimo no princípio do Estado Democrático e Social de Direito, no princípio da dignidade humana e no da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, inserto no artigo 5º, parágrafo 1º, da CF/88.

Os direitos a prestações, principalmente os sociais prestacionais, mostram-se como “barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.”³⁵

Os direitos sociais têm fortemente o seu conteúdo relacionado ao cumprimento pelo Estado de prestações positivas, que exigem recursos do orçamento para sua implementação imediata. Eis o dilema no que se refere à consecução e eficácia dos mesmos. Outros direitos também carecem de ações positivas e têm um custo na sua efetivação. Esse aspecto será analisado lá adiante, em outro tópico desta pesquisa.

Outro aspecto diz respeito à *função de proteção perante terceiros*, consistente na obrigação do Estado de amparar os titulares de direitos fundamentais em face de atividades de terceiros, que venham a afetá-los, como proteção do direito à vida, à propriedade, inviolabilidade da casa, dentre outros.

Por final, ressalta-se a *função de não discriminação* dos direitos fundamentais, tendo como partida o princípio da igualdade, impondo ao Estado que trate os seus cidadãos em condições iguais, sem perder de vista os direitos da minoria (homossexuais, por exemplo), o problema das quotas, entre outros.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social”. **Revista de Direito Público**, n. 57-58. p. 235, 1981.

2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

Segundo Fábio Konder Comparato, através de um desenvolvimento histórico, os direitos fundamentais foram se tornando os valores mais relevantes da convivência entre os homens, o que na sua ausência as sociedades acabam sendo destruídas, por um sistema sem volta de desagregação.³⁶

Desse modo, é imprescindível para que se entenda o desenvolvimento dos direitos fundamentais, recorrer-se à história, a fim de verificar a multiplicidade de maneiras de realização dos direitos do homem, as descobertas e avanços. O homem foi à luta, obteve perdas e sacrifícios, mas também ganhos.

Nesse sentido, Norberto Bobbio assinala que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são históricos, nascidos das lutas em defesa de novas liberdades contra os poderes da época, além de seu nascimento ter sido de modo gradual, em momentos diferentes. Surgem quando devem ou podem nascer.³⁷

Reconhece-se aqui que Bobbio está com razão.

Esses direitos surgem gradualmente das lutas que o ser humano se envolve em busca de sua própria emancipação e das mudanças das condições de vida que essas batalhas geram. Os direitos fundamentais são uma força latente e estão sempre se desenvolvendo, evoluindo, desdobrando-se e servindo de meios para as lutas sociais e para o próprio desenvolvimento do homem.

Levando em conta o reconhecimento e a afirmação progressiva dos direitos humanos fundamentais, de forma gradual, e em conformidade com a ordem cronológica em que esses direitos foram positivados em textos constitucionais, é que se vem à tona as denominadas dimensões de direitos fundamentais, que se manifestam em um processo cumulativo e de complementaridade.

Os direitos fundamentais manifestaram-se em três dimensões sucessivas, surgindo-se os da primeira, da segunda e da terceira dimensão, que equivalem, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, os quais estes estavam expressos no lema da revolução

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 6-7.

francesa. Mas já se discute, com tranquilidade, em direitos de quarta dimensão, relacionados à democracia direta e à biotecnologia.³⁸

Opta este trabalho pela expressão *dimensões de direitos*, ao invés de *gerações de direitos*, para designar não somente as fases evolutivas dos direitos fundamentais, como para verificar os instrumentos que ajudarão a compreendê-los e conciliá-los, diante do caso concreto conflituoso.

O termo *gerações* reforça a ideia de direitos distintos que se evoluem no tempo, protegendo a liberdade, a igualdade e outros a fraternidade. Já o termo *dimensões* dá a ideia do direito que evolui em profundidade e de forma ampla para amparar diferentes interesses.

Ratificando esse posicionamento, Nagibe de Melo Jorge Neto exemplifica que o *direito à vida* exige a sua proteção e se relaciona com a vedação do crime de homicídio, o qual é um típico direito de liberdade. Compreende também a garantia de uma saúde adequada e de viver dignamente (segunda dimensão) e o direito ao desenvolvimento econômico, que é de fraternidade (terceira dimensão).³⁹

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros solenemente reconhecidos, através das Declarações setecentistas e dos primeiros textos constitucionais escritos do constitucionalismo ocidental, como reflexo do pensamento liberal e burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, admitidos como direitos do indivíduo face ao Estado, notadamente como de defesa, com uma esfera de autonomia perante o poder estatal. Originaram-se da luta contra o absolutismo.

São apresentados como direitos de caráter negativo (*status* negativo da teoria de Jellinek), porquanto dirigidos a uma inação do Estado nas relações individuais e sociais. Consagram um modelo de Estado absenteísta, contrariando o antigo regime.

Enquadram-se no rol desses direitos, por sua notória inspiração jusnaturalista, os civis, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade perante a lei (formal), posteriormente adicionados os de expressão coletiva (imprensa, reunião e associação) e os direitos políticos (direito de votar e ser votado). As garantias processuais do devido processo legal, habeas corpus e direito de petição são também exemplos.

³⁸ Dirley da Cunha Júnior depõe que poderão surgir direitos de quinta e de sexta dimensão e serem reconhecidos no futuro próximo, porque se está vivendo uma fase de evolução de direitos, que se iniciou desde o século XVIII, por meio das Declarações de Direitos, até a presente data, mas que continua por diante (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 203-204).

³⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 39.

Tendo em vista que o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão não freou a luta do homem pela afirmação de novos direitos, visando à sua satisfação e realização, surgiram-se assim, de forma gradual, os direitos sociais, econômicos e culturais, denominados de *segunda dimensão*.

Com o passar do tempo, o crescimento da indústria e os problemas sociais, econômicos e políticos daí advindos e as doutrinas socialistas, já no século XIX, vários movimentos reivindicatórios foram surgindo, sendo exigido do Estado um comportamento ativo na concretização dos direitos sociais, com a sua intervenção no âmbito da liberdade pessoal.

Trata-se, pois, de entender a liberdade por intermédio do Estado, fazendo a transição das liberdades formais abstratas para a concretização delas, com a prestação estatal de direitos relacionados com a assistência social, saúde, educação e trabalho, além das liberdades sociais, tais como direito à sindicalização, à greve, férias, repouso semanal remunerado, garantia de salário mínimo, entre outros.

Esses novos direitos, agora de *segunda dimensão*, compreendendo os sociais, econômicos e culturais, foram incorporados em textos constitucionais, a partir do século XX, no segundo pós-guerra, além de vários pactos internacionais daí decorrentes, buscando-se sempre a igualdade no sentido material e não formal.

Somente no século XX que o Estado liberal perde a sua expressão. Nasceu, naquele período, o Estado do Bem Estar Social, com intervenção estatal na sociedade e na economia, por conta do fracasso do Estado liberal, outorgando aos cidadãos direitos a prestações estatais, ou seja, os positivos, que expressam poderes de exigir ou de crédito. É a conquista da fronteira dos direitos sociais ou de igualdade.

Vale registrar que foi a Constituição de Weimar, datada de 11 de agosto de 1919 um marco histórico no desenvolvimento constitucional da história dos direitos fundamentais, com a abertura aos direitos de segunda dimensão, sistematizando-os e reconhecendo-os definitivamente em seu texto. A Constituição de 1934 fez nascer, no Brasil, o moderno Estado intervencionista.

A doutrina social da Igreja, vista na Encíclica papal *Rerum Novarum*, de Leão XIII, expondo definições como intervenção do Estado e dirigismo econômico, teve influência importante nessa mudança, trazendo a lume o tema justiça social.⁴⁰

Note-se que o Estado social pode assumir duas feições: uma radical, com eliminação das liberdades individuais e o assumir estatal da propriedade dos meios produtivos; outra moderada, quando, conforme Orlando Gomes, “a substituição do Estado liberal se dá pelo Estado social de direito, que introduz, entre os direitos fundamentais, diversas garantias e direitos sociais.”⁴¹ É o Estado social de direito ou moderado, que aqui se refere.

Já entendendo a evolução do pensamento jurídico, Paulo Bonavides pregava que os direitos fundamentais de segunda geração “tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.”⁴²

A eficácia e o controle judicial na concretização dos direitos sociais, especialmente saúde, que esta pesquisa se atém, lá adiante serão abordados com profundidade.

Os direitos de *terceira dimensão* começaram a se delinear já na década de sessenta. São chamados de direitos de fraternidade, de solidariedade ou direitos dos povos, uma vez que “pressupõem o dever de colaboração de todos os Estados.”⁴³

Esses direitos destinam-se a proteger o homem, não na sua individualidade, mas como pertencente a uma coletividade, ou seja, de titularidade coletiva ou difusa.

Enquanto os direitos de primeira dimensão consideram o ser humano enquanto indivíduo (com atenção ao princípio da liberdade), os de segunda dimensão olham o ser humano enquanto participante de um grupo social bem delineado (realce ao princípio da igualdade), e os de terceira dimensão miram o ser humano enquanto parte de todo o gênero humano, por causa do interesse comum que liga e une os povos, com implicações universais (ênfase no princípio da solidariedade ou fraternidade).

⁴⁰ BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 12.

⁴¹ GOMES, Orlando. Procedimento Jurídico do Estado Intervencionista. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 7, p. 21, 1975.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 518

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 362.

Englobam o direito à paz, ao meio-ambiente equilibrado ecologicamente, direito à segurança, à solidariedade universal, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento econômico, ao reconhecimento mútuo de direito entre diversas nações, à comunicação, dentre outros.

Paulo Bonavides, na vanguarda do pensamento, propõe a existência de uma *quarta dimensão* de direitos fundamentais, apesar de ainda não ter guarida nos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, por conta da própria globalização, com a universalização desses direitos no âmbito institucional do Estado social.

Esses direitos não se confundem com os de *terceira dimensão*, compreendendo “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade [...] no plano de todas as relações de convivência.”⁴⁴

Podem-se colocar nesse campo de direitos as manipulações genéticas, direito à mudança de sexo e os referentes à biotecnologia.

Em sombras de dúvidas, os direitos fundamentais, sejam eles de qualquer dimensão, exigem a intervenção do Estado, a implantação de políticas públicas e gastos públicos, para que sejam minimamente realizados. Todos eles são capazes de demandar políticas públicas.

Interessa ao presente trabalho mais de perto os direitos de segunda e terceira dimensão, uma vez que, nesses casos, o dever do Estado em cumprir o seu papel na concretização dessas prestações é direta e vinculada ao exercício do direito.

Cita-se, por exemplo, o direito de um indivíduo a um tratamento de saúde adequado, que também pode se mostrar como direito de toda uma coletividade que necessita de atendimento adequado em uma rede hospitalar.

Chama-se a atenção para esses enfoques, a fim de que o problema em derredor dos direitos fundamentais e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário sejam bem compreendidos.

Esses direitos fundamentais a prestações estatais são os que determinam as políticas públicas.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 525

Todos os Poderes da República encontram-se vinculados aos direitos fundamentais. O Judiciário, portanto, tem a obrigação constitucional de dar a estes a máxima eficácia possível.

É nesse contexto que se defenderá neste estudo, mais para frente, a postura ativa do Poder Judiciário.

2.5 AS DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais apresentam duplo aspecto ou dupla dimensão, ou seja, a subjetiva e a objetiva.

Pela *dimensão subjetiva* são reconhecidos ao indivíduo direitos que podem ser opostos ao Estado ou qualquer outro obrigado, que tem o dever jurídico de satisfazê-los, sob pena de serem demandados em juízo.

Para se entender essa dimensão, impõe-se esclarecer a respeito do direito subjetivo, que envolve uma relação jurídica entre o Estado e os indivíduos, dando o poder de fazer alguém cumprir a satisfação de um interesse ou de entregar um bem.

Em que pese o indivíduo possuir direito subjetivo público individual, pode existir também direito coletivo, não implicando o reconhecimento deste a eliminação de uma posição jurídica de direito individual.

O caso de um direito subjetivo público à política de saúde pública é um exemplo claro de direito individual, coletivo e social.

Nesse sentido, a dimensão subjetiva de um direito fundamental tem a ver com a pretensão de um cidadão ou de um grupo de requerer do Estado uma atividade ou uma omissão para o reconhecimento e proteção de um determinado interesse ou bem.

Na sua *dimensão objetiva*, os direitos fundamentais são identificados como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da atuação positiva do Estado, ou seja, elementos essenciais da ordem objetiva constitucional, formando a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.⁴⁵

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem a ver com o agir do Estado para proteger esses direitos, inclusive contra a lesão provocada por particulares.

Essa dupla dimensão encontra-se bem expressa na decisão proferida pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha em 1958, no caso *Lüth*, onde os direitos fundamentais “não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões. In: **Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 199.

atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição [...]”.⁴⁶

Como se acabou de constatar, não tem sentido discutir sobre dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sem falar em dimensão objetiva. Tem-se assim um caráter de complementaridade e somente existem em sua integralidade, englobando-as.

De tudo isso, pode-se afirmar que os direitos de segunda e terceira dimensões são exigíveis quando se manifestarem como subjetivos.

Também esses direitos mostram uma dimensão objetiva que determina ao Estado condutas e o cumprimento de determinados fins. Tais fins vinculam a atividade legislativa e podem ser usados, por exemplo, como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Essa dimensão objetiva age também como norte interpretativo para os aplicadores da lei.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 143.

2.6 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES

Esse tema é dotado de extrema relevância, visto que, a depender da maneira como os direitos fundamentais são entendidos, podem-se retirar conclusões distintas da forma de seu emprego, o que pode criar embaraços ou facilidades à sua operacionalidade.

A ordem jurídica entrelaça-se entre regras e princípios, com distintos graus de concretização, os quais merecem uma análise para a interpretação de seu texto e também da legislação que lhe regulamenta.

Sobre esse aspecto, afirma João Pedro Gebran Neto⁴⁷, que a Constituição Federal é reconhecida como um sistema aberto de regras e princípios, permitindo uma interpretação flexível e dinâmica de seu texto, prevalecendo os valores de liberdade, democracia, dignidade humana, direitos e garantias individuais, além daqueles valores socialmente aceitos em dado momento da sociedade.

Para essa discussão, importante trazer à baila as lições de Virgílio Afonso da Silva quando toca na efetivação dos direitos fundamentais partindo de conceitos diferenciados, por encontrar nessas normas cunho de elevada abstratividade.

O autor toma por viga-mestra a teoria dos princípios sistematizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy e, a partir dela, (i) analisa as consequências práticas e teóricas da adoção de um suporte fático amplo ou restrito dos direitos fundamentais, (ii) explica a teoria da restrição externa ou interna aos direitos fundamentais e (iii) minudencia a distinção e os efeitos de uma definição do núcleo essencial dos direitos numa ótica absoluta ou relativa. Com toda teorização, o autor chega claramente a conclusões que porfiam por atribuir maior eficácia aos direitos fundamentais.

O ponto de partida da argumentação do autor é a teoria dos princípios, que não poderia ser mencionada em trabalho desta envergadura.

Assim, e de forma sintética, entende-se que princípios são normas que estabelecem que algo deva ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, sendo chamados, na visão de Robert Alexy, como mandamentos de otimização. As

⁴⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. Op. cit. p. 132.

regras, por sua vez, expressam deveres e direitos definitivos, no sentido de que, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos.⁴⁸

Para Humberto Ávila, o que diferencia os princípios das regras não está na circunstância de que estas devem ser aplicadas no todo e os princípios somente na máxima medida. Ambas as normas aplicar-se-ão de tal maneira que seu conteúdo de *dever-ser* seja aplicado totalmente, pois as duas espécies de normas possuem o mesmo conteúdo de *dever-ser*.

Diferenciam-se apenas em que os princípios não informam diretamente (portanto, *prima facie*) a conduta a ser seguida, estabelecendo objetivos normativamente importantes, ao passo que as regras ficam na dependência de modo menos forte de uma ação institucional de aplicabilidade nos casos normais, uma vez que o comportamento já se encontra previsto na norma.⁴⁹

O principal traço distintivo entre essas normas, segundo a teoria dos princípios, perpassa pela estrutura dos direitos que essas normas garantem.

Assim, no caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou impostos deveres) “*prima facie*”. Ou seja, o direito estipulado através de uma regra deverá ser realizado totalmente por meio do processo de subsunção, caso a regra seja aplicável no caso concreto.

Em relação aos princípios, no entanto, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige, justamente por se tratar de um mandamento de otimização. Assim, há uma diferença entre o que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido definitivamente.

Diretamente ligada à ideia de direitos *prima facie*, está o entendimento de suporte fático, entendido como fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê uma determinada consequência. Assim, percebe-se que o suporte fático é o que Hans Kelsen convencionou chamar de norma secundária, ou a hipótese, fato-tipo dentro da estrutura dos juízos hipotéticos: Se **F** é, deve ser **C**.

⁴⁸ Neste ponto cabe fazer referência à definição de Regras e Princípios proposta por Humberto Ávila, sem, contudo entrar no mérito das críticas que o autor faz às formulações de Alexy e Dworkin: As *regras* são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os *princípios* são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 78-79).

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 63.

Nesse sentido, Virgílio da Silva salienta a importância desse posicionamento para o entendimento dos direitos fundamentais, onde a maneira de aplicabilidade desses direitos, envolvendo a subsunção, sopesamento e concretização, estar a depender do suporte fático.⁵⁰

Visto a importância do suporte fático para o entendimento dos direitos fundamentais e da sua aplicação, cumpre salientar que no tocante a esses direitos o suporte fático, enquanto conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê, é composto por dois elementos: âmbito de proteção, que é o bem jurídico protegido ou tutelado pela norma, e intervenção, que é contra o que a norma protege.

De forma mais simples, para saber identificar os elementos do suporte fático basta perguntar à norma: “O que é protegido?”. Já para se descobrir o âmbito de proteção desta, pergunte-se: “Contra o quê se protege isso?” Com isto se descobre a intervenção.

Como se verá, todo esse posicionamento é importante para se definir o grau de proteção dos direitos fundamentais, com fulcro numa teoria profunda e suficiente para o âmbito que se pretende demonstrar.

Concluída a definição de suporte fático e dos seus elementos, importante ainda analisar as duas teorias que tratam da matéria: a do Suporte Fático Restrito e a do Suporte Fático Amplo.

Para a primeira, existem algumas ações, estados ou posições jurídicas que não poderiam ser em abstrato albergadas, protegidas ou tuteladas pelo âmbito de proteção da norma, ou seja, há uma exclusão, *a priori*, de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Na segunda teoria, do Suporte Fático Amplo, a situação é a inversa, o suporte fático, *a priori*, alberga todo e qualquer fato jurídico que seja possível inserir no âmbito de proteção da norma.

De observar a afinidade entre a teoria dos princípios e a do suporte fático amplo, uma vez que na teoria de Robert Alexy os princípios *prima facie* asseguram o direito de forma ampla, como um mandamento de otimização, mesmo que após eventuais sopesamentos e

⁵⁰ E continua o autor: “[...] as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68).

ponderações os direitos que foram assegurados *prima facie* sejam restringidos em face de outro princípio conflitante.⁵¹

A partir da adoção do suporte fático amplo é possível, desde já, inferir duas importantes consequências quanto à eficácia dos direitos fundamentais: a primeira é a ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a segunda é a ampliação da intervenção a estes direitos.

Para ilustrar o âmbito de proteção amplo, a norma contida no art. 5º, IV da Constituição é bem elucidativa, mas vale para todos os direitos fundamentais: “o que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento?” A resposta a essa pergunta, na linha defendida, é toda e qualquer manifestação de pensamento, não importando o seu conteúdo (ofensivo ou não), também não importando a forma, o local, o dia e o horário. Apesar de, num primeiro momento, se cogitar a possibilidade de estar diante de um direito absoluto, em verdade o que se delimitou foi o âmbito de proteção *prima facie*, ou seja, de algo que poderá sofrer restrições posteriores.

No caso dos direitos sociais de forma genérica, poder-se-ia cogitar a possibilidade de requerer qualquer prestação ao Estado desde que houvesse uma mínima vinculação com o direito em tela, por exemplo, no caso da saúde, exigir que o Estado pague uma intervenção cirúrgica por mera questão de estética. Assim, seria atribuída ao direito à saúde a máxima eficácia, pelo menos em abstrato.

No entanto, o estudo deve ir além, alcançando o sentido da intervenção.

Neste contexto, cabe retomar a definição de suporte fático, vista anteriormente. Neste ponto, sustentou-se que, para toda ação, estado ou posição jurídica “X”, que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, e que tenha sofrido uma intervenção

⁵¹ A respeito do exposto, comenta o autor: “Exclusões a priori, de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é a tese central das teorias que se baseiam em um suporte fático restrito. As teorias que se baseiam em um suporte amplo, como a aqui defendida, rejeitam essa premissa. Claro que, a partir dessa constatação, a indagação necessária seria: o que, então, é protegido pelos direitos fundamentais? A resposta a essa pergunta, ao contrário do que ocorre com as teorias que se baseiam em um suporte restrito, é menos problemática no caso das teorias que pressupõem um suporte amplo. A razão é simples: no primeiro caso, a definição do suporte restrito é, em geral, a própria definição daquilo que é definitivamente protegido; no segundo caso - suporte amplo - definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela proteção definitiva ou não [...] uma das principais características da teoria aqui defendida é a distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente. Essa distinção, fundamental na dogmática dos direitos fundamentais, está na base da idéia de um suporte fático amplo. É por isso que a pergunta sobre "o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental" tem consequências menos drásticas aqui e poderia ser substituída pela pergunta "o que é protegido *prima facie* por esse direito? [...]" (SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 109-110).

estatal não fundamentada constitucionalmente, deverá ocorrer a consequência jurídica desse direito atingido que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção.

Ocorre que é perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção. Nesses casos, fala-se em intervenção estatal fundamentada.

Quando isso ocorre, não se está diante de uma violação a um direito fundamental, mas diante de uma restrição.

Essa formalização ilustra bem, portanto, o caráter não absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da fundamentação das restrições para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação).

Na busca de uma melhor sistematização, elaborou-se uma tabela relacionando o âmbito de proteção, a intervenção e a sua constitucionalidade, a fim de saber até que ponto a intervenção do Estado vai além da possível restrição suportada constitucionalmente:

	Âmbito de Proteção	Intervenção	Constitucionalidade da Intervenção
(1)	AMPLO	AMPLO	Depende de Fundamentação
(2)	AMPLO	RESTRITO	Constitucional (sem fundamentação)
(3)	RESTRITO	AMPLO	Constitucional (sem fundamentação)
(4)	RESTRITO	RESTRITO	Constitucional (sem fundamentação)

Fonte⁵².

Na coluna “âmbito de proteção”, *amplo* significa que a conduta (ou estado, ou posição jurídica) em jogo não é excluída de antemão desse âmbito; *restrito* significa o contrário, ou seja, que a ação não é protegida, por ter sido excluída de antemão dessa proteção.

Na coluna “intervenção”, *amplo* significa que o conceito de intervenção inclui toda potencial restrição ao âmbito de proteção de um direito fundamental, ou seja, nesse conceito de intervenção estão incluídas também mínimas regulamentações relativas à forma de exercício de um direito, ao seu local, horário, dentre outras; já *restrito* significa que nem toda regulamentação do exercício de um direito fundamental é considerado como intervenção.

Na terceira coluna, por fim, “constitucionalidade da intervenção” indica apenas uma tendência, mas ilustra com clareza o que se pretende demonstrar.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 112.

Assim, na situação desenhada na linha “1” é assegurada ao direito fundamental uma grande segurança, pois qualquer tipo de intervenção é acompanhado de um grande ônus argumentativo para demonstrar a sua constitucionalidade, fato que não ocorre nas três outras hipóteses.

No caso da linha “2”, ainda que muitas condutas sejam garantidas pelo âmbito de proteção de um direito, o conceito de intervenção, por ser restrito, faz com que muitas ações estatais que regulamentam, por exemplo, a forma de exercício de um direito, não sejam consideradas como intervenção, e, portanto, não implicam exigência de fundamentação constitucional.

Nas linhas “3” e “4”, a conduta já foi excluída, de antemão, da proteção de um direito fundamental, razão pela qual uma eventual ação estatal que a restrinja ou proíba não necessita de fundamentação, pois a proibição ou restrição de algo que não é protegido obviamente não precisa ser fundamentada.

Do exposto, resta mais do que provado a importância da adoção do suporte fático amplo na busca de uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais. Isso porque, conforme descrito, qualquer intervenção ou restrição demandaria uma linha argumentativa inversa, ou seja, exigiria um alto poder convincente justificador da restrição do Estado, cujo fim alcançado fosse mais nobre do que a proteção do próprio direito restringido.

Aí a importância de se tocar no tema das restrições aos direitos fundamentais à luz da temática acima exposta. É que, pela adoção do suporte fático amplo, como visto, amplia-se o âmbito de proteção e minimiza-se intervenção dos direitos fundamentais, tendo como decorrência lógica a potencial colisão entre direitos e a necessária restrição deles em alguns casos.

Nesse ponto, torna-se relevante a análise das teorias interna e externa. A primeira teoria pode ser eficientemente sintetizada por um conhecido jargão jurídico: “O direito cessa onde o abuso começa”. Ou seja, na teoria interna o processo de definição de limites de cada direito é algo gizado internamente, suas limitações são intrínsecas.

Desta forma, para esta teoria, o direito fundamental tem, desde sua concepção, um conteúdo jurídico determinado, de modo que toda posição jurídica que exceda seus limites não pode ser considerada como abrangida por este direito. Assim, não há restrições, mas sim limite conceitual do direito, o que passou a ser chamado de “limite imanente” do direito fundamental.

Em contrapartida, há a teoria externa, também resumida pelo seguinte jargão: “O meu direito termina onde começa o do outro”. Nesta definição há uma clara distinção entre direitos fundamentais e a restrição a estes. Trata-se de coisas diferentes, separadas, pois a limitação a um referido direito é extrínseca a ele.

Não é difícil notar a estreita relação entre a teoria externa, o suporte fático amplo e a teoria dos princípios, que, segundo Ana Carolina Olsen, as noções da teoria externa das restrições foram aplicadas ao modelo normativo de regras e princípios por Robert Alexy, que sustenta “a existência, num primeiro momento, do direito fundamental instituidor de uma posição jurídica *prima facie*, sobre a qual poderá incidir a restrição, em um segundo momento.”⁵³

De forma simples, a teoria dos princípios sustenta que, em geral, direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*, cujo suporte fático é o mais amplo possível.

Isso implica que, eventualmente, podem ocorrer colisões com outras normas exigindo uma restrição à realização a esses direitos. Portanto, as restrições ao direito fundamental são gerados por elementos fáticos e jurídicos exteriores a ele.

Nessa linha de raciocínio, prudente a lição de Virgílio Afonso da Silva, em que leciona que “um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado [...] Contudo, [...], o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes.”⁵⁴

Com esse entendimento, Virgílio da Silva demonstra a necessidade de outra ferramenta para instrumentalizar a resolução desses possíveis conflitos, utilizando-se o critério da proporcionalidade, visto, assim, como meio de resolução de colisões entre princípios e, por conseguinte, restrição aos direitos fundamentais.

Neste ponto, impende salientar as ponderações realizadas pelo referido autor ao tratar da racionalidade e da segurança jurídica, garantidas pelo método da proporcionalidade, haja vista a existência de críticas que atacam este método pela falta de critérios racionais de decidibilidade, pensando ser o sopesamento um método irracional e extremamente subjetivo.

⁵³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 124.

⁵⁴ O autor esclarece que ali reside a diferença entre o direito *prima facie* e o definitivo e que essa é a distinção que a teoria externa pressupõe. (SILVA, Virgílio Afonso da. Op.cit. p. 140).

O autor afirma que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito.

Observa, com o seu entendimento, que a interpretação e aplicação do direito não são consideradas como um procedimento estritamente racional e objetivo, mas, sobretudo valorativo, que envolve razões de natureza moral, de concepções de justiça, juízos sociais de valor.

Ademais, a proporcionalidade possibilita o controle intersubjetivo, na medida em que requer um ônus argumentativo diante de uma decisão, bem como cria condições para incorporar a justiça no debate jurídico.

Assim é que tais direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial relativo, onde a essencialidade varia de acordo com cada caso concreto e resulta de uma ponderação pela proporcionalidade. Da mesma forma que o âmbito de proteção de direito se torna ilimitado, este pode sofrer restrições a depender do caso concreto, cabendo a relação de que quanto maior a restrição ao direito, maior também será o ônus argumentativo que a embasará.

Nessa linha, vale anotar que os direitos fundamentais são direitos, no sentido amplo do termo, podendo ser exigíveis e, no caso de sua restrição, demandam argumentação suficiente que supere a razão fundante de sua proteção.

Com esse posicionamento, entende-se que se assegura firme eficácia aos direitos fundamentais, podendo-se sintetizar a sua força protetiva nas seguintes premissas: (1) Houve *ampliação do âmbito de proteção* dos direitos fundamentais, dado pela própria Constituição, de modo que não se permite que nenhuma ação, estado ou posição jurídica, *prima facie*, fique desprotegida; (2) Qualquer *ampliação das intervenções* possibilita maior controle às restrições sofridas pelos direitos fundamentais, na medida em que qualquer limitação, para ser considerada válida e legal, necessita de uma argumentação constitucional que a embase; (3) A *adoção da teoria externa dos direitos fundamentais*, adaptada à teoria dos princípios, “fornece o instrumento mais seguro para uma dogmática preocupada com o controle da atividade dos poderes constituídos em relação aos direitos fundamentais”⁵⁵; e (4) A ideia do *conteúdo essencial relativo* permite identificar um núcleo de maior significação no direito fundamental, “de modo a exigir uma carga de argumentação racional profundamente convincente a fim de

⁵⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 127.

justificar sua mitigação em virtude do peso de outros princípios, bens jurídicos ou valores em conflito”.⁵⁶

Com esse posicionamento fortemente defendido, com as limitações que o escrito demanda, entende-se que se deve buscar uma ampla eficácia aos direitos fundamentais, adotando-se o conjunto das teorias minimamente analisadas, visto que não são concorrentes ou contraditórias, mas, antes, complementares, haja vista trabalharem o tema através de diferentes perspectivas, em prol da eficácia dos direitos fundamentais, mormente os sociais.

⁵⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 155.

3 DEFINIÇÃO E ALCANCE DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 DOS DIREITOS SOCIAIS – APONTAMENTOS HISTÓRICOS NECESSÁRIOS

Não é possível tratar dos direitos sociais sem uma breve consideração do momento histórico do seu surgimento. Até porque, todo conceito, por ser histórico e temporal, demanda um olhar atento às circunstâncias que o envolvem.

Assim, o interesse em relação ao passado envolto no surgimento dos direitos sociais é tão somente pela luz que projeta sobre o entendimento presente dos aludidos direitos.

E não se divagará aqui com profundidade, até porque o tema da evolução dos direitos é denso por demais e justificaria um longo escrito para alcançar os seus aspectos mais relevantes, o que não é o objetivo deste.

Aqui, não se falará da evolução dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, tema que já fascinou diversos autores que escreveram sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais.

De forma sucinta, no entanto, cumpre trazer à baila a ponderação da relevância histórica no evoluer dos direitos fundamentais, levantada por Ingo Sarlet, cuja história aflui para o surgimento do moderno Estado constitucional, com o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa e dos direitos humanos.⁵⁷

Do ponto de vista aqui delimitado, pode-se afirmar que os direitos sociais surgiram de uma evolução dos chamados direitos individuais, que eram, nos séculos XVIII e XIX, os direitos fundadores da organização estatal cujo objetivo maior era assegurar a ideia de liberdade numa perspectiva emancipatória do indivíduo.

Os direitos individuais eram o sustentáculo do modelo liberal de economia estatal que foi superado por um conceito que buscava o bem-estar da coletividade e não apenas do indivíduo, de modo que a vinculação do Estado passou a ser mais ampla, com foco na sociedade como um todo, com os seus anseios, e não apenas com o indivíduo na sua singularidade.

De certo modo, o trauma da primeira guerra mundial criou uma desilusão sobre a visão liberal do Estado em busca de um mundo melhor, permitindo a repercussão dos modelos

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 36.

nazistas, fascistas e comunistas. Nesse diapasão, a economia de livre mercado foi também posta à prova, surgindo a grande depressão, violenta miséria, altos níveis de desemprego e diversas mazelas sociais.

Com essa realidade, o modelo até então liberal começa a se preocupar em reduzir as desigualdades econômicas, ajudar os pobres e os menos favorecidos, estendendo os direitos individuais em novas direções, o que perpassou pela mudança de alcance dos direitos, de individuais para sociais.

Bobbio alcança essa evolução de uma maneira diversa dos demais autores, sem se limitar ao entendimento simplista de uma mudança de geração de direitos quase que automática, pois enxerga os direitos do homem como um fenômeno social e, portanto, vistos numa ótica da sociologia jurídica.⁵⁸

Essa visão explica a passagem dos direitos de liberdade, chamados também de liberdades negativas, para os direitos políticos e sociais, que, inegavelmente, requerem uma intervenção direta do Estado. Ou, em resumo, a evolução dos individuais para os direitos sociais.

Para os direitos individuais ou de liberdade, vale a concepção altaneira das Declarações de Direitos do Homem, pois tratavam todos como iguais, entendendo-se esta igualdade como formal, apenas no direito ao gozo de liberdade.

Diferentemente deveria ser o trato dos direitos sociais e políticos, pois, para esses, importa a diferença entre os indivíduos ou entre os grupos de indivíduos, o que não era diferenciado na primeira concepção.

Se nos direitos individuais pouco importava o sexo, a saúde, a condição financeira ou outros elementos distintivos, tais eram de inegável relevância no campo dos direitos sociais.

Assim, torna-se mera retórica a afirmação de plena igualdade dos homens, pois as diferenças específicas entre os indivíduos acabam tornando também diferente o acesso ao exercício de algumas liberdades, o que faz surgir uma concepção inegável de desigualdade, a

⁵⁸ Para tanto, o autor levanta as seguintes causas: “a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos de sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo.” (BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 63).

demandar intervenção do Estado na solução de situações em que a diferenciação resultava em graves injustiças.

O surgimento dos direitos sociais traz consigo uma consequência inexistente no mesmo grau quando a proteção está apenas nos direitos de liberdade e políticos.

É que para a sua asseguaração, inegável uma intervenção ativa estatal na proteção de necessidades coletivas ou públicas, feita através da prestação de serviços públicos, o que faz surgir uma nova concepção de Estado, que não apenas protege o indivíduo de mal ferimento em suas liberdades, como sobretudo precisa atuar, tornar-se maior e mais protetivo, o que ampliou significativamente a sua estrutura e os seus custos.

José Afonso da Silva⁵⁹ conceitua *direitos sociais* como prestações positivas realizadas pelo Estado direta ou indiretamente, “enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”

Para ele, são direitos que se relacionam com o direito de igualdade, criando condições materiais mais favoráveis para o exercício da igualdade real.

A Constituição brasileira de 1988, como toda Constituição moderna, incorporou essa concepção dos direitos sociais, servindo assim de marco jurídico numa proteção institucionalizada de direitos ainda não vista.

Surgiu num momento histórico relevante, marcando a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964 e refletindo o consenso democrático de que ao Estado cabia a proteção daqueles que, por serem desiguais, mereciam tratamento diferenciado que os elevassem à tão almejada igualdade.

Assim, baseado no valor da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da Constituição Federal), a nova ordem constitucional estabeleceu um núcleo conformador de todo o ordenamento jurídico, avançando de forma extraordinária na proteção dos chamados direitos sociais e elevando-os, como os demais direitos fundamentais, ao patamar das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da Constituição), formando o núcleo material intangível da Constituição.

De modo inegável, a Constituição de 1988 trouxe marcos na concepção dos direitos sociais.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286-287.

Se, por um lado, a Constituição acolheu a ideia de universalidade dos direitos humanos, consagrando a dignidade humana como princípio fundamental do novo constitucionalismo, inclusive como tema de legítimo interesse da comunidade internacional, por outro lado, é a primeira Constituição a acolher os direitos sociais, na íntegra, como fundamentais, num capítulo especial, direitos estes outrora pulverizados dentre diversos artigos nas Constituições anteriores.

O seu rol vem expresso no artigo 6º do texto constitucional de 1988, recentemente alterado e ampliado com mais um exemplo, sempre crescente, de feição fortemente atuante do Estado.⁶⁰

Afora essa concepção, a Constituição apresenta uma ordem social com um amplo conjunto de normas que determinam atuações específicas do Estado, programas, metas, diretrizes e prioridades que devem ser perseguidos pelo Estado e exigidos pela sociedade.

A título de exemplo, tem-se a ordem social, que fixa a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196), o direito à educação (art. 205), inclusive como direito subjetivo em algumas hipóteses, as práticas desportivas (art. 217), dentre outras hipóteses.

Com este panorama, pode-se dizer que a ordem constitucional de 1988 acabou por “aumentar o tamanho do Estado”, trazendo para o seu bojo fins econômico-sociais, vinculados através de normas jurídicas.

Ocorre que, inegavelmente, o atingimento desses fins depende da realização de políticas públicas, a significar, deste modo, que até mesmo o campo da política pública não pode mais ser concebido como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado.

Antes, porém, há fins e metas amplamente suportados por normas jurídicas, limitadoras e conformadoras das políticas públicas que se visa a alcançar, gizando, assim, a atividade política com contornos nitidamente normativos.

A proteção se deu em tamanho grau que o constituinte alcançou até mesmo a etapa posterior da simples previsão do direito, limitando a liberdade do Executivo nos gastos públicos, obrigando-o, em algumas situações, a despender determinados valores vinculados a

⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

percentuais de suas receitas orçamentárias, a fim de que alguns direitos sociais fossem minimamente protegidos.

Tal se deu, por exemplo, em relação ao direito à saúde e à educação, em que o legislador constituinte previu percentuais da receita orçamentária.⁶¹

⁶¹ Em relação ao direito à educação, dispõe o artigo 212 da Constituição: “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.” Em relação ao direito à saúde, os recursos orçamentários serão dispostos em conformidade com os critérios estabelecidos no art. 198 da Constituição, estando, atualmente, em, no mínimo, 12% para os Estados e 15% para os Municípios.

3.2 DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ponto aparentemente indene de dúvidas é alocar os direitos sociais como espécie dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais são direitos humanos, que passaram a ser reconhecidos na ordem internacional, a partir da Declaração da ONU, de 1948.

Conceituam-se os direitos fundamentais como posições jurídicas referentes às pessoas, que, do olhar do Direito Constitucional positivo, foram alocadas no Texto Constitucional, devido ao seu conteúdo e relevância (fundamentalidade material), e retiradas do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as posições que, pelo seu objeto e sentido, ser-lhe-ão equiparados, tendo ou não lugar na Constituição Federal, levando em conta o que consta do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 88.

Os direitos fundamentais sociais dão guarida a determinados bens da vida, consoante consenso internacional, reduz a miséria, impulsionando a igualdade substancial entre os homens.

Estes bens da vida formam um núcleo irrevogável e complementar, o qual será atendido através de atos materiais estatais.

Assegurar uma igualdade formal, por meio de edição de normas constitucionais, trata-se de uma tarefa política, que não interfere significativamente no orçamento estatal.

Por outro lado, a igualdade material exige para a sua concretude a estruturação dos campos de atuação dos direitos fundamentais sociais e o gasto enorme de recursos, em uma cadeia de atos complexos, modificando a realidade material dos indivíduos.

Para Jorge Miranda⁶², os direitos fundamentais integram a Constituição, não existindo ordem constitucional que não tenha, implícita ou explicitamente, positiva ou negativamente, um mandamento, uma regulação de direitos fundamentais.

Ressalta ainda o constitucionalista português que a Constituição carece de um interpretar jurídico, constante dos trabalhos da hermenêutica, sem embargo de adaptações e adequações colocadas por algumas especialidades.

⁶² MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 23-34.

O retrato atual dos direitos fundamentais nos ordenamentos mais modernos do Ocidente, citando o português e o brasileiro, tem como características a ampliação e diversidade do catálogo, superando as declarações clássicas, forte na dimensão objetiva dos direitos como princípios básicos de todo o sistema.

Caracteriza-se também pela importância de um conteúdo positivo, tanto nos direitos sociais como nos relativos à liberdade; por produzir efeitos não apenas verticais (frente aos poderes públicos), como também horizontais (frente aos particulares); pelos processos e técnicas de regulamentação complexas e pela ampliação dos meios de tutela e sua aderência aos sistemas de fiscalização da legalidade e da sua constitucionalidade.

No entanto, há quem pense diferente, carecendo um pouco de atenção.

É que, pautado numa concepção classificatória distinta, indicam, alguns, que os direitos sociais não estão no rol dos direitos fundamentais tidos pelo legislador, o que afastaria as consequências daí advindas, mormente a sua efetividade.

Ricardo Lobo Torres, esposando a sua teoria com fulcro em Jellinek e Peter Häberle, informa que os direitos de liberdade exigem não só o *status negativus* do Estado, mas, também um *status positivus*, ou seja, além de abster-se de interferir na vida do indivíduo, o Estado também deve assegurar que aquele exerce a sua liberdade, mas para isso o próprio Estado deve impedir o constrangimento de outro particular. Informa que o indivíduo teria também um *status ativus processualis*, de garantia do exercício de efetivação dos direitos. Por fim, haveria também um *status positivus socialis*, que, como os outros, vinculados à ideia de liberdade, não encontra abrigo no âmbito dos direitos fundamentais, salvo naquilo considerado como “mínimo existencial”, pois aqueles ficam, no restante, dependentes de políticas reivindicatórias.⁶³

Entende o autor que os direitos sociais somente existem como condição para o exercício dos direitos de liberdade e justifica a tese de existência de uma obrigação mínima do Estado, voltada ao mínimo existencial, anteriormente falado, para que o cidadão possa exercer a sua liberdade. Um exemplo deixa clara a posição do autor: “a liberdade de expressão, por

⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 255 et seq.

exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial.”⁶⁴

Essa concepção é claramente ultrapassada pela visão ampliada dos direitos, entendendo-os como categoria da cidadania, fortemente presente no seu conteúdo, o que inegavelmente inclui os direitos sociais com intuito de dar-lhes máxima efetivação, como se verá.

Além disso, está também presente numa concepção classificatória dogmática da Constituição, quando encarta os sociais dentro dos direitos fundamentais.

Isso porque a Constituição começa a tratar dos Direitos Fundamentais enquanto gênero no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, cujas espécies são: *Direitos Individuais* (Título II, Capítulo I), *Direitos Sociais* (Título II, Capítulo II), *Direitos da Nacionalidade* (Título II, Capítulo III) e *Direitos Políticos* (Título II, Capítulo IV).

As classificações doutrinárias mais famosas e utilizadas dividem os direitos fundamentais de acordo com a teoria dos *status*, fulcro das observações de Georg Jellinek.⁶⁵

No entanto, e por hora, a classificação de José Carlos Vieira de Andrade e de Ingo Wolfgang Sarlet parece calhar como uma luva para o que se pretende passar.

Para Andrade, os direitos fundamentais se subdividem em *Direitos de Defesa*, *Direitos de Participação* e *Direitos a Prestação*.

No primeiro caso, os direitos impõem uma abstenção ao Estado, um dever de não interferência na esfera jurídica do particular, resguardando-lhe a autonomia individual. Correspondem aos clássicos direitos de liberdade ou civis. Em contrapartida, os direitos à prestação exigem uma ação do Estado, uma atuação positiva que visa a proteger os bens jurídicos objeto dos direitos fundamentais contra a atividade de terceiros, para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo desses bens. Tais direitos, em última instância, objetivam garantir uma igualdade material entre os indivíduos. Por fim, os

⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5-6.

⁶⁵ A análise da Teoria dos *Status* foi analisada em momento anterior, recomendando-se também a sua leitura em SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 155 et seq.; OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2010. p. 50 et seq. e CUNHA JÚNIOR, Dirley da . **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 543 et seq.

direitos de participação asseguram aos indivíduos a participação na vida política, ou melhor, na formação da vontade política do Estado.⁶⁶

Nessa linha, o acesso à justiça é um direito de defesa que pode servir de fundamento a um direito à prestação.

Na concepção de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais podem ser *Direitos de Defesa e Direitos Prestacionais*.

Os direitos de defesa possuem a mesma concepção acima narrada, no sentido de que são assegurados aos indivíduos contra as ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Já os prestacionais se subdividem em *Direitos Prestacionais em Sentido Estrito*, que consagram o direito a prestações materiais aos seus destinatários, afinando-se aos direitos à prestação acima definido, e os *Direitos Prestacionais em Sentido Amplo*, que abarcam os direitos a participação, bem como aqueles que se situam em uma região cinzenta entre os de defesa e os prestacionais em sentido estrito (direitos de proteção e participação na organização e procedimentos). Nesse ponto, os direitos sociais entram como direitos prestacionais em sentido estrito.⁶⁷

Se bem analisada, percebe-se que a classificação acima posta não entra no mérito dos custos, no sentido de afirmar que os direitos de defesa são menos custosos ao Estado, e por isso, mais exigíveis, como pretendem alguns, e os direitos prestacionais mais custosos, e, por isso, dependeriam da análise econômica de sua implantação para poder ser exigido.

Como sobejamente conhecido, essa teoria não mais perdura, visto que todos os direitos implicam custos para a sua proteção, o que ficou bastante claro na afirmação de Stephen Holmes e Cass Sunstein, no sentido de que todos os direitos exigem uma prestação do Estado em sentido econômico - todos eles têm custos.⁶⁸

Nesse ponto, seja o direito ao acesso à justiça, seja o direito à saúde, por exemplo, ambos arrolados em patamares de classificação distintos, notar-se-ão que todos eles possuem custos para sua implantação, não servindo esse critério como quesito diferenciador.

Basta analisar o orçamento da União ou dos Estados com o Poder Judiciário e com as áreas de saúde para se concluir que qualquer direito, seja de liberdade, seja social, passará por

⁶⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 112 et seq.

⁶⁷ SARLET, Ingo. Op. cit. p. 162-163.

⁶⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 15.

uma prévia análise orçamentária na sua implantação, não sendo esse critério diferenciador de um ou de outro direito.

Assim, não se concebe a ideia de direitos exclusivamente negativos ou de defesa, bem como absolutamente positivos ou prestacionais, se o ângulo de análise é o custo de sua implantação. Todos envolvem custos e todos são direitos fundamentais.

3.3 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Pareceria pueril entrar no debate em torno da eficácia dos direitos sociais, se a mesma se dá em igual medida dos demais direitos ou se há alguma especificidade em seu contorno, a demandar um estudo mais analítico do tema.

A dúvida se instaura porque os direitos sociais, como demandam a intervenção do Estado para a sua proteção, podem encontrar alguns obstáculos na sua efetivação, que dependem de aspectos jurídicos, visto que a estrutura da jurisdição constitucional de cada Estado pode definir os contornos, ou os aspectos fáticos, no sentido de que o grau de desenvolvimento econômico de um país também influencia na aludida efetivação.

No ponto, inegável partir-se de uma análise constitucional para se perceber o modelo desenhado pelo legislador, a fim de se estudar o grau de efetividade dos direitos sociais. Isso porque não se pode aplicar a legislação brasileira sob a ótica estrangeira, já que o sistema brasileiro possui um cabedal de particularidades e um modelo próprio que traz importantes implicações teóricas e práticas na tarefa de assegurar a sua efetivação.

Desse modo, serão analisados os principais caminhos desenhados pela doutrina a fim de encurtar as distâncias entre as previsões legais contidas nos textos da Constituição e a realidade onde estas normas se materializam e ganham vida.

Para atingir esse desiderato, mister se faz passar pela revisão de alguns conceitos tidos como básicos, porém essenciais ao alcance do entendimento aqui esposado.

3.3.1 Existência, validade, eficácia e efetividade

As incertezas de terminologia são a maior dificuldade para se compreender as teorias e formulações jurídicas. A enorme criação de expressões novas ou conceitos têm sido criticados pelos doutrinadores, porque geram confusão quanto ao significado que lhe queria dar o seu criador.

De outra ótica, o abandono das formas clássicas pode ser o caminho mais firme para o jurista isentar-se das críticas e facilitar o entendimento, uma vez que o conteúdo da expressão nova está por se fazer.

Inicialmente, é de bom alvitre deixar clara a definição de eficácia, o que se faz pela via da diferenciação de conceitos assemelhados como os conceitos de existência, validade e efetividade.

A ideia de *existência*, segundo Luís Barroso⁶⁹, está ligada à presença dos elementos que constituem pressuposto material de incidência da norma: agente e sua vontade; forma e objeto. Tais elementos possibilitam o ingresso do referido ato no mundo jurídico. Como exemplo tem-se a hipótese de uma “lei” que não houvesse resultado da aprovação da casa legislativa, mas, sim, de um grupo de juristas de renome. No caso, falta a manifestação de vontade apta a fazer a “lei” ingressar no mundo jurídico.

Existência, aqui utilizado da mesma maneira de vigência das normas jurídicas de Kelsen⁷⁰, é a forma pela qual elas entram no mundo jurídico, oriundo de um processo legislativo regular e válido, feito em completa observância às normas constitucionais.

A norma da Constituição que decorre do poder constituinte derivado passa a existir com a sua promulgação, posterior ao desenvolvimento de um processo de Emenda à Constituição conforme os ditames previstos no texto constitucional.

A Constituição de 1988 prevê no seu artigo 60 o procedimento para sua emenda, fixando os legitimados ativos para apresentarem proposta de emenda (art. 60, I a III, CF), discussão e promulgação. Vale informar que estão previstas hipóteses temporais (art. 60, parágrafo 1º, da CF) e materiais que limitam o poder de emendar (art. 60, parágrafo 2º, da CF).

A *validade*, na lição de Miguel Reale⁷¹, pressupõe a conjugação de três requisitos: ser emanado de um órgão competente e legitimado para legislar; ter o órgão competência para legislar sobre a matéria e que o procedimento de elaboração do ato seja legítimo.

Regra válida é considerada aquela que entra em vigência no ordenamento jurídico, depois de cumprido o procedimento de criação legislativa, estando em conformidade com as normas que lhe são superiores hierarquicamente.

No enfoque das normas constitucionais, vê-se a importância frente ao poder derivado constituinte, ao respeitar as cláusulas que limitam o poder de emendar a Constituição, quer

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 79-80.

⁷⁰ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 11.

⁷¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 110.

sejam limitações de ordem formal e material, a fim de que uma proposta de emenda possa, validamente, virar uma emenda à Constituição.

Quanto ao campo das leis infraconstitucionais, a validade mostra inúmeros outros enfoques, como o fenômeno da recepção da lei vigente anteriormente e quanto à constitucionalidade da lei superveniente.

Nem toda norma jurídica que existe (em vigência) pode ser considerada válida, uma vez que a sua inconstitucionalidade (tratando-se de leis) pode ser declarada de forma difusa (via de defesa) e de maneira concentrada (via de ação).

A *eficácia*, por sua vez, consiste na aptidão para a produção de efeitos jurídicos, com a possibilidade de ser exigível e executável. É a aptidão para atingir a finalidade para o qual foi criado. Eficaz é o ato que é idôneo a produzir os fins a que se destina.

E, por fim, a *efetividade* está ligada às condições fáticas da atuação da norma, por ser adequada em relação à realidade.

Nos exatos termos de Luís Barroso: “A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social.”⁷²

Nesse aspecto, a efetividade situa-se no âmbito da realidade, traduzindo-se em uma realização do direito.

A importância dessa distinção sobreleva-se quando os conceitos são imbricados num contexto que demanda o seu prévio conhecimento para a sua adequada aplicação.⁷³

Tercio Sampaio Ferraz Junior aduz que “por efetividade deve-se entender a observância verificada, a aplicação e a obediência ocorridas.”⁷⁴

Com isto, restou claro que o pretendido neste tópico foi abordar a eficácia das normas que instituem os direitos fundamentais, mormente os sociais, partindo-se do pressuposto de que as mesmas foram legitimamente criadas, são válidas e estão aptas a surtir os efeitos jurídicos.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. Op.cit. p. 82.

⁷³ É o que faz Luís Barroso no texto a seguir: “É intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhes são próprios. Não se refere aqui apenas à vigência da regra, mas também, e, sobretudo, à capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação, isoladamente ou conjugada com outras normas. Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível.” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 83).

⁷⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 15.

3.3.2 Da máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais

Todas as normas constitucionais são reais normas jurídicas e desempenham um papel útil no sistema jurídico. Isso se assenta no postulado de que nenhuma norma constitucional pode ser interpretada de modo que lhe retire ou diminua a sua razão de ser.

Atribui-se a uma norma fundamental o significado que mais eficácia lhe dê, em observância ao princípio contido no art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Esse mandamento otimizador é de vital importância para se compreender os direitos fundamentais, os quais são normas de aplicabilidade imediata e eficácia plenas, ressalvadas as exceções que, para terem legitimidade, ficam a depender de justificação à luz do caso concreto.

No Brasil dos últimos anos, tem-se verificado um vertiginoso progresso na produção científica a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, tanto no aspecto quantitativo, quanto no qualitativo. Não são poucas as teses, dissertações e monografias que tratam do tema de forma profunda e inovadora.

Nessa senda, cumpre eleger alguns autores que estudaram a matéria com o olhar brasileiro, pois, como se disse, é contraproducente um estudo meramente teórico dos direitos fundamentais com fulcro em sistemas estrangeiros sem qualquer correlação com a legislação brasileira aplicável à matéria.

Nesse ponto, importantes as lições de Luís Barroso quando enfoca o seu posicionamento da normatividade da Constituição, fruto do chamado constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, tão carente ainda de maiores reflexões.

Para o autor, não apenas as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, mas todas as normas jurídicas são imperativas.⁷⁵

Não é que haja um poder extremo nas normas jurídicas a ponto de serem cumpridas facilmente, sem qualquer análise fática na sua implementação.

⁷⁵ E há um forte argumento lógico para tanto: “Ao nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o ser da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre.” (grifo nosso). (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 60).

Na verdade, há uma perene tensão entre a realidade e as normas jurídicas, até porque o direito não pode ser confundido com as ciências naturais, como a física e a química, ou as demais ciências sociais, a exemplo da sociologia, que buscam tão somente descrever a natureza ou a realidade.

Em se tratando de dispositivos constitucionais, entende o referido autor, a situação se agrava, pois estes além de serem normas jurídicas, têm um caráter hierarquicamente superior, estando situadas no topo do ordenamento jurídico estatal.⁷⁶

Neste sentido, impende destacar que no caso específico dos direitos sociais e o acesso à justiça como mecanismo de sua pretensão, a referida imperatividade ganha um *plus*, pois são direitos fundamentais com estreita ligação ao direito à vida e à tão contemplada dignidade da pessoa humana.

Daí o cuidado que se deve ter ao elaborar uma Constituição, a fim de não se prometer o que não é possível ou se consagrar apenas normas programáticas, o que mitigaria a sua força normativa e a sua eficácia, o que não pode acontecer na análise da Constituição brasileira.

Para além desse argumento, paira dúvidas sobre o alcance do vocábulo “direito” utilizado na Constituição.

É dizer, questiona-se se a menção aos direitos sociais como “direitos” tem o cunho meramente didático, retórico, ou se pretendeu, de fato, instituir um direito exigível, com sujeito ativo e sujeito passivo, com exigibilidade judicial.

Nesse ponto, afirma Luís Barroso que a Constituição deve ser clara em sua redação, de maneira que seja possível facilmente identificar o conteúdo, intenções e finalidades que a orientam. Não deve haver palavras equívocas.

Assim, reservou a palavra “direito” para significar, exclusivamente, uma pretensão, um direito subjetivo público, ou seja, situações que propiciam a exigibilidade efetiva de

⁷⁶ O publicista deflagra seu principal argumento: “*As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando.*” (grifo nosso). (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 76).

determinada conduta, correspondente a um dever jurídico de outrem, realizável por prestações positivas ou negativas.⁷⁷

Tomam-se como exemplos os arts. 5º, inciso LXI e 150, inciso III, alínea b, que estabelecem verdadeiras prestações negativas, ou os arts. 5º, XXXV e 7º, XV, como exemplos de prestações positivas. Assim, pelo exposto não há dificuldades em aceitar o acesso à justiça ou os direitos sociais como direitos no sentido estrito do seu termo, de inuidosa exigência constitucional.

E esse posicionamento traz consequências claras, como, por exemplo, no caso de sua inobservância, o direito subjetivo aos deveres jurídicos da outra parte em virtude do caráter bilateral na norma jurídica.

Em se tratando do acesso à justiça e dos direitos sociais, ambos estabelecem uma conduta do Estado em favor do particular, que possui, no caso, um direito subjetivo público, inexistindo qualquer fundamento doutrinário que impeça a aplicação plena dos elementos e atributos do conceito clássico de direito subjetivos ao Direito Constitucional.⁷⁸

Com esse entendimento, nota-se a posição aqui adotada da busca de uma efetividade plena aos direitos fundamentais, sejam os de liberdade (1ª geração), sejam os sociais (2ª geração), pois só assim se atingirá o desiderato do legislador constituinte que foi o de não inserir palavras inúteis na Constituição, e, ao mesmo tempo, forçar um posicionamento em que os cidadãos deixassem de ser meros expectadores do cenário jurídico protetor de direitos para eficazes participantes de sua implementação.

A sua efetividade é clara e inegável, conforme salientado por Luís Barroso: “[...], já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos

⁷⁷ “Estaria, assim, desfeita a ambiguidade de se ter na Constituição, sob a mesma designação de “direitos”, hipóteses que investem o jurisdicionado em posições jurídicas inteiramente distintas. E, o que é mais grave: sem que muitas vezes seja possível extrair-se da leitura da norma, qual a exata potencialidade de tais posições jurídicas, no que concerne à exigibilidade dos “direitos proclamados”. (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 109).

⁷⁸ “Tem-se que as normas constitucionais definidoras de direitos enquadram-se no esquema conceitual retratado acima, a saber: dever jurídico, violabilidade e pretensão. Delas resultam, portanto, para os seus beneficiários – os titulares do direito - situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. Tais prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (dever jurídico) e, se não forem entregues espontaneamente (violação do direito), conferem ao titular do direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial.” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 100-101).

fundamentais, [...] É puramente ideológico, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais.”⁷⁹

Na mesma linha, Ingo Sarlet traça uma relação de proporção entre o conceito de densidade normativa ou normatividade com a eficácia do preceito constitucional, utilizando o art. 5, § 1º da Constituição como pedra de toque na sua estrutura argumentativa, afinando o dispositivo com o conceito de fundamentalidade formal e material, e mais, embasando-se numa concepção ampla e aberta dos Direitos Fundamentais (art. 5º, §2º) e conclui pela possibilidade plena de o Poder Judiciário assegurar à população a efetiva fruição dos direitos fundamentais sociais, incluindo, por óbvio, o direito à saúde.⁸⁰

Nesse ponto, o autor distingue as normas constitucionais de alta densidade normativa, que, por possuírem suficiente normatividade, encontram-se aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais, das normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para gerar seus efeitos principais.

Ressalta-se que nos casos de uma normatividade mínima, presente em todas as normas constitucionais, elas sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.

Ainda aprofundando o estudo da eficácia das normas constitucionais, o autor trabalha as ideias de fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais na Constituição, afirmando que os primeiros encontram-se ligados ao direito constitucional positivo, ou seja, são nomeados pelo texto da Constituição, enquanto que os segundos correlacionam-se à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, sendo tais aqueles cujo conteúdo está relacionado aos valores mais caros ao homem e à sua dignidade.⁸¹

Empregando o mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior afirma que o princípio da aplicação imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais engloba todos os direitos

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 102.

⁸⁰ Pontua o referido autor: “Há que chegar igualmente a um consenso levando-se em conta [...] que *inexiste norma constitucional destituída de eficácia*. Tendo em vista todas as sistematizações propostas subjaz a ideia de que *uma norma é capaz de gerar os seus efeitos essenciais em tendo, por si mesma, normatividade suficiente para tanto*, não há como desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a da eficácia (e aplicabilidade) da norma.” (grifo nosso) (SARLET, Ingo. Op.cit. p. 252).

⁸¹ Afirma ele: “Há como sustentar [...] a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º,§1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (art. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós no art. 5º,§2º, da CF, que já foi objeto de detida análise.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 263).

“até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário).”⁸²

Sendo assim, a doutrina majoritária afirma que a norma contida no art. 5º, §1º, da Constituição, possui, por si só, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, ainda que se cuide de preceito que não recebeu do constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando uma intervenção do legislador.

Ingo Sarlet evita extremismos, acreditando que a solução de natureza intermediária apresenta as melhores possibilidades de afirmação e realização prática.⁸³

Afinal, negar aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significa, em última análise, negar-lhe a própria fundamentalidade.⁸⁴

Dirley da Cunha Júnior vai além, firmando seu posicionamento favorável à direta e imediata aplicabilidade de quaisquer normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de *interpositivo legislatoris*, a qual é desnecessária.⁸⁵

Nessa linha, o autor assevera que, à luz do significado extraído no art. 5º, §1º, da CF, os poderes públicos deverão extrair das normas que consagram direitos fundamentais a maior

⁸² E arremata: “Isto se dá não só porque o art. 5º, §1º refere-se textualmente a direitos fundamentais – fazendo uso da fórmula genérica “*direitos e garantias fundamentais*”- sem discriminá-los, mas também por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 623).

⁸³ O autor explica: “[...] cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não se limita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamam uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 271).

⁸⁴ Pontua Sarlet: “Não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam na possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isso se esteja colocando em dúvida a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 350).

⁸⁵ E esclarece: “Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. De mais a mais, e em reforço a esses argumentos, ainda nos cumpre anotar que, também com base em Häberle – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição -, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais impõe que a interpretação do art. 5º, §1º seja no sentido da aplicabilidade direta desses direitos.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 629).

eficácia possível, outorgando-lhes efeitos reforçados em comparação às demais normas constitucionais, pois não há como desconsiderar a circunstância da presunção de aplicabilidade imediata e da plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais.

Com esse posicionamento, não há como negar a eficácia aos direitos fundamentais de qualquer natureza, visto ser esta a conclusão retirada da leitura das normas constitucionais, conforme desenhado pelos autores acima citados.

4 ACESSO À JUSTIÇA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Um fenômeno ou um ente pode ser analisado consoante vários prismas. O conceito servirá para caracterizá-lo segundo o prisma escolhido. Se for jurídico, peculiar e segundo o fenômeno jurídico será a descrição, o conceito dado.

Em um sistema conceitual, nem todos os conceitos ocupam o mesmo plano; uns são fundamentais e outros derivados. Em qualquer construção teórica sobre o Direito, devem ser agrupados de forma separada os conceitos que compreendem o fenômeno jurídico dos demais conceitos decorrentes da análise de um determinado ordenamento jurídico.

A definição de um conceito de direito é decorrente do estudo de sua essência, definindo-se esta como o conceito fundamental de um objeto.

Segundo Teran⁸⁶, uma vez definido o conceito, deve-se aprofundá-lo, determinando-se, por exemplo, seus elementos constitutivos, ou analisando as relações entre ele e outros institutos afins.

Como o homem vive em sociedade, de igual modo não pode haver sociedade sem o Direito.

A vida em sociedade normalmente gera conflitos, em virtude da constante ação de pessoas em relação às outras, consideradas membros dessa comunidade, imprimindo um choque entre os interesses, motivado pela escassez de bens necessários à satisfação das necessidades e pretensões de todos, gerando assim tais conflitos.

Os conflitos sociais são oriundos das desigualdades sociais motivadas por problemas históricos, políticos e econômicos. Essas desavenças tanto podem ser resolvidas por meios judiciais (tutela jurisdicional) ou através de mecanismos extrajudiciais, como a mediação e a arbitragem.

Os interesses são divididos em interesses individuais (relacionados a um indivíduo identificado) e coletivos (assim compreendidos os que são de interesse geral, que não pertencem a uma, mas sim a várias pessoas).

⁸⁶ TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho**. 7. ed. México: Editorial Porrúa, 1977. p. 79-80.

De outro foco e considerando que todos os fenômenos jurídicos são fenômenos sociais, tem-se que o objeto da Sociologia são os fatos sociais. Émile Durkheim, para tanto, definiu estes últimos como “toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais.”⁸⁷

É esta coerção exterior, que faz com que os indivíduos estejam resignados com as regras impostas pela sociedade, que não dependem da vontade ou escolhas próprias, porque exerce sobre eles esta força imperativa, conhecida através das regras morais, do código de leis, da religião, do trabalho, cultura, sistemas financeiros, dentre outros.

Todos esses exemplos são fatos sociais, são coisas reais, têm características nítidas: a coerção, a exterioridade e a generalidade. Características estas, imprescindíveis também, à ciência do Direito, porque tem como elementos principais a sociedade, o indivíduo e as regras de conduta. É uma ciência de carácter humano determinante para convivência na sociedade em harmonia.

O provir do Direito é fato social, porque não tem como ignorar as normas jurídicas, ou seja, são elas que irão descartar ou reprimir qualquer ato do indivíduo contrário ao convívio social.⁸⁸

O que se percebe com esta afirmação é que as regras do Direito estão atreladas à sociedade, e vice-versa. Esta interdependência é que manterá o equilíbrio entre os conflitos e a ordem social.

Segundo esse mesmo autor, as maneiras de agir, ser e pensar individual são sempre diferentes das maneiras de agir, ser e pensar da coletividade; conseqüentemente, interferirá diretamente nas relações sociais.

Nesse sentido, surge o Direito como um instrumento de controle social e um meio de regulação desses conflitos, ordenando comportamentos e a vida em sociedade, através de seu sistema de regras e princípios, protegendo e assegurando a liberdade do indivíduo, remetendo-a ao interesse coletivo.

⁸⁷ DURKHEIM, Émile. Op. cit. p. 40.

⁸⁸ Durkheim confirmou isto ao dizer que: “Caso tento violar as regras do direito, elas regem contra mim de modo a impedir o meu ato, se ainda for possível, ou anulá-lo e a restabelecê-lo sob a sua forma normal, se já executado ou reparável, ou a fazer-me expiá-lo se não houver outra forma de reparação. E caso trate de máximas puramente morais? A consciência pública reprime todos os atos que as ofendam através da vigilância que exerce sobre o comportamento dos cidadãos e das penas especiais de que dispõe.” (DURKHEIM, Émile. Op. cit. p. 32).

Os acontecimentos da vida relevantes para o direito são apreendidos pela norma que a eles atribui relevância jurídica: são os fatos jurídicos.

O fato jurídico, na concepção de Marcos Bernardes de Melo⁸⁹, pode ser tratado como aquele a que a norma jurídica atribui, especificamente, certas consequências no relacionamento entre as pessoas. A norma incide no fato tornando-o jurídico.

Ocorre que algumas vezes não se tem certeza se a incidência ocorreu ou não. Surge uma incerteza se há ou não fato jurídico ou mesmo de que forma a incidência ocorreu.

Para que o fato torne-se jurídico, sem essa incerteza, recorre-se ao judiciário. A sentença é justamente o ato jurídico que elimina a dúvida.

Segundo Paulo Cesar Santos Bezerra⁹⁰, o direito assume duas funções básicas: a conservadora (modo estático) e a transformadora (modo dinâmico).

Surge assim o direito de ação, que é o direito de provocar a jurisdição.⁹¹

Como bem lembra Didier, trata-se de uma situação jurídica constitucional que confere ao seu titular um processo regido conforme a cláusula do devido processo legal.⁹² É direito fundamental, incondicionado, conferindo a todos o acesso à justiça, sendo “sempre procedente, na medida em que seu desiderato se identifica com a prestação da tutela jurídica, que o Estado não pode declinar (art. 126, CPC).”⁹³

Nesta ótica, a ação consiste em um verdadeiro *direito fundamental*, de cunho abstrato, com notável amplitude e complexidade, donde derivam muitos outros direitos.

A garantia constitucional da ação tem como escopo o direito ao processo, conferindo às partes não somente uma resposta do Estado, mas também o direito ao contraditório e à ampla defesa, influenciando sobre a formação do convencimento do juiz, observando-se o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

⁹⁰ E esclarece: “[...] A função conservadora corresponde ao aspecto estático da realidade social; aqui, o direito atua como controle social das áreas sociais de conformidade, protegendo o *status quo*. A função transformadora corresponde ao aspecto dinâmico da realidade social; o direito atua, então, como controle social das áreas sociais de não-conformidade, incrementando a mudança social, modificando as relações e os valores sociais.” (BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 53).

⁹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 207.

⁹² DIDIER JR., Fredie. Op. cit. p. 208.

⁹³ MITIDIERO, Daniel Francisco. “Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral”. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, Genesis, 2004, n. 34, p. 690.

Trata-se de direito a um provimento judicial, de natureza abstrata, autônoma e instrumental.

Para concretizar a função jurisdicional, o magistrado, cômico do conteúdo da Constituição, atribuirá sentido ao caso concreto, dando uma tutela concreta ao direito substancial, pacificando, assim, os conflitos, evitando a potencialização e o agravamento das discussões.

Cabe ao Estado-Juiz, por meio da jurisdição, tutelar os direitos e não apenas informar quais são protegidos, realizando-os no plano fático, tornando-a efetiva⁹⁴, descaracterizando-se assim aquela ideia de que “a parte ganhou, mas não levou”.

O juiz contemporâneo deve se preocupar principalmente em proporcionar uma eficiente prestação jurisdicional, com uma resposta idônea ao gozo efetivo do direito pleiteado.

O legislador está consciente hoje de que deve dar aos cidadãos e ao juiz maior poder ao utilizar o processo (instrumento de composição de lides), objetivando sempre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, sobressaindo assim o princípio do acesso à justiça.

Resta sem dúvida a ideia de que o acesso à justiça vai muito além do seu significado literal, pois o sistema deve ser igualmente acessível a todos, sem discriminação, possibilitando a produção de resultados justos para as partes envolvidas no processo, em um lapso de tempo razoável, com procedimento eficaz e simplificado.⁹⁵

A expressão *acesso à justiça* é de difícil conceituação⁹⁶, pois não pode ser visto apenas sob o enfoque literal, significando exclusivamente acesso ao judiciário, onde as pessoas possam reivindicar seus direitos, resolvendo as suas pendengas perante o Estado-Juiz.

⁹⁴ Nesse sentido, afirma Fredie Didier Jr: “[...] os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo.” (DIDIER Jr, Fredie. Op. cit. p. 78).

⁹⁵ Wilson Alves preleciona: “Com efeito, obviamente que há que se garantir a *porta de entrada*. O Estado terá que instituir órgãos jurisdicionais e permitir que as pessoas tenham acesso aos mesmos. Mas isso é elementar. Veja-se que o Estado praticamente monopolizou o poder jurisdicional, e isso a ponto tal que só excepcionalmente admite a arbitragem e, em regra, qualifica como crime o exercício da autotutela. [...] necessário igualmente é que exista a *porta de saída*. Por outras palavras, de nada adianta garantir o direito de postulação ao Estado-Juiz sem o devido processo em direito, isto é, sem processo provido de garantias processuais [...]” (SOUZA, Wilson Alves de. Op. cit. p. 26).

⁹⁶ Como salienta Horácio Wanderlei Rodrigues, a vagueza da expressão *acesso à justiça* permite fundamentalmente dois sentidos: “o primeiro, atribuindo ao significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões *acesso à justiça* e *acesso ao Judiciário*; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão *justiça*, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28).

De outro ângulo, concebe-se que *Direito* e *Justiça* são conceitos distintos, às vezes caminhando em sintonia e às vezes não, mas ele deve ser o instrumento para a concretização da justiça, ou seja, esta deve ser o objetivo do Direito, guarnecendo este de significado, de finalidade e sendo também critério para os julgamentos dos processos.

Em face do seu valor relativo, a justiça varia de acordo com as preferências, com as tendências, com as ideologias e com as políticas, admitindo-se, assim, que o valor absoluto da justiça não se encontra à disposição do homem.

A questão do acesso à justiça envolve a necessidade do direito de ir a juízo, seja para requerer a tutela do Estado, servindo-se de uma petição inicial, seja também para apresentar a sua resposta, através dos meios legais de defesa, imbuído da ideia de que os problemas econômicos, sociais e culturais não impeçam o acesso à jurisdição, uma vez que isso negaria o direito de desfrutar de uma prestação social necessária para o indivíduo viver de forma harmônica na sociedade.

Desse modo, não haverá uma decisão legítima sem se oportunizar àqueles que são afetados por seus efeitos jurídicos a apropriada oportunidade de participação na formação do julgado.

Explica-se, com isso, a cognição judicial, que é, conforme Kazuo Watanabe⁹⁷, prevalentemente um ato de inteligência, pois consiste em analisar e valorar as questões de fato e de direito que são alegadas no processo pelas partes, e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*.

O magistrado, através da cognição judicial, resolve as questões que lhe são postas, realizando uma série de atividades intelectuais, fazendo valer a vontade da lei no caso concreto.

A cognição servirá de preparo para a conclusão do juiz (que é a decisão ou o provimento jurisdicional), resolvendo paulatinamente as várias questões de fato e de direito relevantes da causa, de forma fundamentada.

Luiz Guilherme Marinoni⁹⁸ explica que a concretização do direito de acesso à justiça “é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em

⁹⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987. p. 41.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 185.

proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário.”

A cognição⁹⁹ é uma técnica comum a todos os tipos de processo, predominando com maior intensidade no processo de conhecimento.

Deve-se buscar, também, a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e a consciência de que a busca não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, enaltecendo esse direito de acesso à justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade.

Para Fredie Didier Jr, a verdade buscada no processo é, assim, aquela mais próxima possível da real.¹⁰⁰

Importante também aqui mencionar os modelos de acesso à justiça que se apresentaram no decorrer da história.

Num primeiro momento, em contraposição ao Estado Absolutista da Idade Média, surgiu o Estado Liberal, o qual era detentor de funções mínimas, pois se tratou de uma época de afirmação dos direitos políticos e individuais, antes sacrificados pelo Absolutismo.

Durante o Estado Liberal, a justiça era acessível formalmente a todos que tinham condições de arcar com o custo do processo. Existia, assim, apenas um *acesso formal à justiça*, atrelado a obstáculos de várias ordens, como o alto custo de contratação de advogados e também para o processamento de causas, a falta de aptidão das pessoas para reconhecer seus direitos e ajuizar as ações, dentre outros.

⁹⁹ “Explique-se este conceito: a finalidade essencial do módulo processual de conhecimento é a obtenção de uma declaração, consistente em conferir-se certeza jurídica à existência ou inexistência do direito afirmado pelo demandante em sua petição inicial. Para prolatar o provimento capaz de permitir que se alcance esta finalidade, é preciso que o juiz examine e valere as alegações e as provas produzidas no processo, a fim de emitir seus juízos de valor acerca das mesmas. A esta técnica de análise e valoração é que se dá o nome de cognição” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. rev. e atual. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 275).

¹⁰⁰ Para o autor, “a verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antitética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou algo aconteceu, ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração; as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles [...]”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 73).

O Estado Social aparece, em seguida, passando a assumir encargos objetivando superar as desigualdades e a promover os direitos sociais, socializando o acesso à justiça, conforme as possibilidades econômicas dos cidadãos.

Esse período identificou-se por ser um *acesso qualitativo à justiça*, em que juristas como Mauro Cappelletti e Bryant Garth sugeriram soluções práticas para eliminar os problemas, como, por exemplo, as denominadas ondas de acesso, adiante esclarecidas.

Por outro lado, tem-se o modelo do *acesso à justiça formal* pelo procedimentalismo, restando assegurada a justiça desde que sejam cumpridas as regras do jogo pelas partes, as quais deverão aceitar um eventual resultado do processo ainda que injusto ante não ser possível fazer uma crítica ética do resultado obtido. O que vale à pena é o respeito às regras do processo, sendo justa a decisão judicial que atendê-las. O resultado não é submetido a critérios de valor ou moral.

Já no que tange ao modelo do *acesso à justiça substancial*, distinto do anterior, o acesso à justiça não se opera somente por meio do processo, mas relaciona-se com o conteúdo normativo e com o resultado ético das normas. Preocupa-se, assim, com a justiça da decisão.¹⁰¹

Analisando comparativamente o movimento de acesso à justiça, Cappelletti e Bryant constataram três ondas (*waves*) que invadem em número crescente os Estados contemporâneos.

A *primeira onda* data da representação legal do pobre: a pobreza (pobreza econômica e seus efeitos culturais, sociais e jurídicos) como obstáculo ao acesso ao Judiciário. A *segunda onda* diz com a proteção aos interesses difusos. O problema social reside não só nas hipóteses de consumo, fraude publicitária, adulteração de alimentos, poluição, como também em relação a minorias raciais e outras minorias (idosos e jovens). A *terceira onda* diz respeito ao risco da burocratização do Poder Judiciário, propondo-se uma atuação mais humana do

¹⁰¹ Neste sentido é o que pensa Ada Pellegrini Grinover, para quem o acesso à justiça não se atém ao mero acesso aos tribunais, não sendo suficiente possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição do Estado, mas sim assegurando o acesso à ordem jurídica justa. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 115. De igual modo, Clèmerson Merlin Clève, afirma que não basta haver Judiciário, fazendo-se necessário, portanto, haver um Poder Judiciário que decida de forma justa. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, v. 691, p. 41, maio/1993).

julgador e uma simplificação do procedimento e dos atos judiciais e do próprio direito substancial.¹⁰²

No Brasil, o estudo dessas ondas teve como consequência uma série de reformas, desde a implantação da gratuidade de justiça, indo até a reestruturação do Poder Judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 45 e continua se desenvolvendo, com o propósito de se obter o que se chama de ordem jurídica efetiva, sob os aspectos formal e substancial.

De outra banda, o acesso à justiça é um princípio consagrado em inúmeras normas de Direito Internacional, tendo como exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de ser garantido pela Constituição Federal de 1988.

O amplo acesso ao Poder Judiciário é condição primordial para a realização de um Estado Democrático de Direito, devendo o processo ser utilizado de forma a garantir às partes acesso à justiça, ou seja, *a uma ordem jurídica justa*.¹⁰³

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴ decidiu que “A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.”

Nessa perspectiva, como acesso à ordem jurídica justa corresponde o meio de buscar a tutela do Estado-Juiz e ter à disposição instrumentos constitucionais previstos para alcançar essa meta, uma vez que, garante-se aos jurisdicionados o devido processo constitucional.¹⁰⁵

Asseguram-se aos litigantes condições importantes ao acesso formal e efetivo à justiça, amparado no direito a requerer e, como consectário, conseguir a resposta no tempo razoável. Pressupõe ser necessária a instrumentalização do processo, como meio de concretização do direito substancial, que não pode ser afastado da realidade da sociedade.

¹⁰² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31-73.

¹⁰³ Kazuo Watanabe assim acentua: “A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. (WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128).

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. **RE. n. 158.655-9/PA** – rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 2 maio 1997, p. 16567.

¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71.

Ao vedar a autotutela, em regra, e trazendo o Estado para si o monopólio do poder jurisdicional, conferiu ao cidadão o direito de recorrer ao Judiciário, com o objetivo de solução dos conflitos.

Nesse diapasão, o acesso à justiça é um direito fundamental, garantido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), traduzindo-se em um direito subjetivo público, considerado um dos mais relevantes meios de exercício da cidadania.

Vale ressaltar que a inafastabilidade do controle jurisdicional se restringe a garantir o direito de ação, ao tempo que o acesso à justiça é bem mais amplo, culminando com o direito a uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

O direito de acesso à justiça, o qual protege a concretude de todos os demais direitos, dispõe que sejam ajustados procedimentos com o objetivo de dar ao jurisdicionado o direito a uma tutela adequada (hábil para atender uma situação concreta), eficaz (realizar concretamente os direitos e não apenas declará-los) e tempestiva (de forma célere).

Wilson Alves de Souza¹⁰⁶ informa as razões em caracterizar o acesso à justiça como direito fundamental, pois uma vez violado garantia substancial, se não fosse o acesso ao Judiciário, esses direitos e garantias não teriam como ser exercitados.

Trata-se o acesso à justiça, também chamado por alguns como princípio da proteção da via judiciária, de uma garantia universal, onde essa via encontra-se franqueada para discussão de todo e qualquer direito, envolvendo particulares, poderes públicos, não importando se a parte é rica ou pobre financeiramente.

Busca-se, com isso, uma justiça inclusiva, onde haja a participação de todos, e respeitando-se os direitos e garantias essenciais de todo indivíduo.

Mauro Cappelletti¹⁰⁷ em seus estudos sobre o acesso à justiça afirma que este é o mais básico dos direitos do homem e o centro da doutrina processual moderna.

¹⁰⁶ “Por outras palavras, o acesso à justiça é, ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo também um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça. [...] o acesso à justiça também pode ser qualificado com um princípio jurídico com fundamento constitucional.” (SOUZA, Wilson Alves de. Op. cit. p. 84-85).

¹⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit. p. 12-13.

Entende-se, assim, esse princípio como elemento conformador na efetividade dos direitos sociais, onde todos os cidadãos podem efetivamente fazer valer seus direitos, objetivo tão almejado por todos.

Sem essa garantia, portanto, para Wilson Alves de Souza, sequer se poderia falar em Estado Democrático de Direito.¹⁰⁸

Com razão o mestre baiano em afirmar que o direito de acesso à justiça é intrínseco ao Estado Democrático de Direito, pois no momento que o povo renunciou de sua liberdade em prol de uma liberdade comum, deve-se conferir a todos uma ordem jurídica justa, avalizada pelas garantias constitucionais e processuais em busca da efetivação dos direitos.

Tem-se que Direito e Estado estão a serviço do indivíduo e não o oposto.

Sem a realização e efetivação dos direitos, o Direito é apenas papel, letra morta da lei e não passa de boas intenções.

Para tanto, requer-se uma atitude enérgica e urgente do Estado, no intuito de melhorar o cenário trágico porque passa a administração da justiça e dos conflitos, em prol de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos, viabilizando, assim, o objetivo acertado constante do art. 3º da CF de 1988.

Como salientado por Norberto Bobbio¹⁰⁹, “[...] sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem [...]”.

Sem sombras de dúvida, a concretização do direito ao acesso à justiça é indispensável à própria concepção de Estado, uma vez que não tem sentido proibir a autotutela, sem que o Estado possa se desincumbir da sua obrigação de viabilizar a todos a possibilidade do efetivo acesso ao Judiciário.

O Poder Judiciário, ao lado dos órgãos primários, tem se tornado uma via importante de acesso às políticas públicas de saúde, alterando-se o modo normal de consecução das finalidades constitucionais, que delegou primariamente ao Legislativo e ao Executivo os poderes de definição do alcance dos ditos direitos, de modo que não seria impróprio valer-se

¹⁰⁸ Para Wilson Alves de Souza, “Estado democrático de direito é aquele em que o poder dos governantes é alcançado por meio do povo e cujo direito é editado igualmente com participação popular [...]” (SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Dois de Julho, 2012. p. 71.)

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 203.

do acesso à justiça como mecanismo de concretização dessas políticas, não obstante os óbices alegados pelo poder público de escassez de recursos e de capacidade orçamentária.

Ocorre que a proteção judicial dos direitos sociais, embora tenha trazido significativos avanços na modelagem da elaboração de políticas públicas, não pode ocorrer ilimitadamente, pois não é atribuição judicial a formatação de políticas, mas, tão-somente, a aplicação daquelas que já são vertidas em normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

Conquanto seja conferida ao cidadão a solução de suas controvérsias no judiciário, vários obstáculos são impostos aos litigantes, que muitas vezes não apresentam condições de travar a luta com paridade de armas.

À guisa de informação, podem-se citar as altas custas processuais, a ausência de defesa técnica, o excesso de formalismo e legalismo e a morosidade para a resolução do processo.

Cumprir registrar que embora o sistema jurídico brasileiro tenha envidado esforços e proposto soluções para ampliação do acesso à justiça, como podem ser citadas a reforma do Poder Judiciário (EC nº 45/2004), a deformalização dos procedimentos judiciais (procedimento sumaríssimo adequado às causas submetidas aos Juizados Especiais Cíveis), a composição extrajudicial dos conflitos, a alteração do cumprimento das sentenças pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a discussão no Congresso Nacional do Novo Código de Processo Civil, entre outras, revelando realizações importantes nesse tema, muito trabalho ainda resta a ser feito, para que realmente os direitos dos cidadãos sejam respeitados e efetivados.

É dever dos operadores do Direito, do Estado e de toda a sociedade interpretar o sinal dos tempos, cada um fazendo a sua parte, lançando um olhar confiante no futuro, forte no princípio da dignidade da pessoa humana, pois o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são o tripé das constituições democráticas.

Por tudo isso, conclui-se que toda essa problemática exige do operador jurídico uma mudança de mentalidade e também uma mentalidade de mudança, forte na realidade social que se apresenta em constante mutação, mormente se tratando de acesso às políticas públicas de saúde.

4.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Imperioso consignar que as políticas públicas da área da saúde, em diversos momentos, manifestam-se com deficiências e distorções, tanto por problemas de gestão, como por insuficiência de recursos humanos e financeiros.

A presença do Poder Judiciário na mediação das relações sociais, políticas, econômicas e culturais, com o objetivo de garantir direitos fundamentais e realizar o Estado Constitucional e Democrático de Direito deu amparo ao tema da “judicialização” da política.

A expressão “judicialização” significa que temas de enorme repercussão social estão sendo tratados e decididos pelo Poder Judiciário e não apenas pelas instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo).¹¹⁰

Percebe-se uma crescente judicialização da política e das questões sociais, a partir do momento que as Constituições incorporaram em seus textos objetivos e diretrizes políticas, convolvando em questões jurídicas as atividades do Estado.

Estas não cumpridas de forma regular são submetidas ao crivo do Judiciário, contemplando, com isso, os pilares da referida judicialização e do ativismo judicial.

No Brasil, essa judicialização pode ser notada a partir da CF/88, a qual substancializou diversos direitos, anteriormente relegados ao plano político-formal.¹¹¹

O conceito *políticas públicas* está mais relacionado com a ciência política, com as áreas da sociologia ou administração, do que com a ciência jurídica.

Apenas nas últimas décadas, a ciência jurídica, em especial o direito constitucional, passou a usar esse conceito, mesmo que sem segurança e de forma incerta.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, jan.-fev./2009, OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

¹¹¹ Luís Roberto Barroso alerta: “A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; [...] A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela.” (**Audiência pública no STF – Saúde**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2013).

Apenas com o surgimento do Estado Social, quando o Estado avocou para si várias funções que antes não tinha conhecimento e que envolviam um atuar positivo, em favor do bem-estar comum, é que as políticas públicas vieram à tona, e, ainda assim, de modo rudimentar.

Os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões obrigam uma atuação do Estado, fixam metas e objetivos para o atingimento em favor da justiça distributiva, a fim de que possam garantir a todos os indivíduos uma vida com dignidade.

A definição de políticas públicas ganha importância para o Direito notadamente no estudo da efetivação dos direitos constitucionais sociais.

Não é fácil conceituar políticas, mas de um modo geral, esse termo significa um conjunto ou uma medida praticada pelo Estado com o propósito de dar efetivação aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.

Atendo-se exclusivamente ao âmbito da atividade, Nagibe de Melo Jorge Neto define políticas públicas como “[...] qualquer fazer, qualquer atuação ou atividade estatal que tenham por escopo implementar os fins do Estado, oferecer aos cidadãos os bens da vida e os serviços que cumpre ao Estado oferecer.”¹¹²

Esse é um conceito de política pública sob o viés dos direitos fundamentais e é notadamente esse o enfoque que interessa ao presente trabalho.

Pode-se falar em políticas públicas também como os programas governamentais ou o planejar de ações dos órgãos públicos nas mais distintas áreas. Uma coisa é a própria ação, o próprio fazer. Outra, que vem antes, é a programação formal da ação ou o planejamento do agir do Estado.

Política pública, conforme Maria Paula Dallari Bucci, é termo que compreende todas as maneiras de atuação do Estado, dentro de uma perspectiva de procedimentos articulados juridicamente.¹¹³

Eros Roberto Grau, de forma ampla, define políticas públicas como “todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.”¹¹⁴

¹¹² JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 53.

¹¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O Conceito de Política Pública em Direito. In: **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37 et seq.

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 22.

Essas assertivas conduzem ao reconhecimento de que todos os atos praticados pelos órgãos estatais formam o conjunto das políticas públicas.¹¹⁵

Em geral, estabelecem-se as políticas públicas através de edição de atos dos Poderes Legislativo e Executivo, consubstanciados em leis, atos normativos infralegais ou se utilizando de outros atos da administração pública.

Tais atos ditam um programa de governo para um setor específico de atuação do Estado.

No entanto, existem políticas públicas adotadas sem qualquer prévio planejamento. A lei orçamentária anual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento plurianual são instrumentos fortes para o estabelecimento de políticas públicas.

Vale ressaltar que a omissão ou uma atuação inoperante do Estado é objeto também de controle judicial, equivalendo, nesse sentido, à inexistência de determinadas políticas públicas.

Quando um direito fundamental não vem consignado expressamente em uma norma da constituição, o seu não cumprimento origina somente uma omissão simples. Porém, quando há a norma constitucional, mesmo que programática e não preceptiva, a sua não concretização configura uma omissão estatal qualificada que induz possibilidade de um controle dessa omissão. Deve haver, sim, uma maior participação dos magistrados na efetivação do texto constitucional.

O presente trabalho estar-se-á voltado para o controle da ação ou omissão do Estado em si, no que tange a não efetivação dos direitos fundamentais.¹¹⁶

Tal controle é função do Poder Judiciário, corolário do Estado Democrático de Direito, sem qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes.

¹¹⁵ Nesse mesmo entendimento, Osvaldo Canela Junior conclui que as políticas públicas “constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos. O Estado, como sujeito passivo da obrigação, satisfaz elas por meio da atuação concreta das formas de expressão do poder estatal.” (CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59).

¹¹⁶ De maneira bastante enfática, Valmir Pontes Filho destaca que “quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos aos mesmo controle jurisdicional de constitucionalidade a que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em tornar concretos, reais, os fins e objetivos inseridos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos.” (PONTES FILHO, Valmir. **O controle das políticas públicas: cadernos de soluções constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244).

Américo Bedê acentua que o Poder Judiciário tem a função política de possibilitar a viabilização do direito substancial, além de resolver conflitos.¹¹⁷ A politização do juiz é consequência de seu atuar independente, imparcial, criativo e não apartado da lei.¹¹⁸

A atividade do Estado em si mesmo requer um tratamento específico, podendo o Judiciário fixar objetivos e metas para o ente público, de modo a sanar a violação aos direitos fundamentais.

Esse fenômeno da intervenção judicial deve ser materializado com critérios de racionalidade e com uma prévia e ponderada análise dos impactos de suas decisões para a sociedade, a fim de que não haja desequilíbrio entre os três poderes.

A análise da cadeia normativa do país é quem dirá o nível de atuação jurisdicional.

Por isso, as situações em que o direito influenciou na atuação jurisdicional são aquelas que o próprio direito determinou os fins que devem ser atingidos com a política pública ou os parâmetros para aplicação dos recursos.

Nesse diapasão, afirma Harrison Ferreira Leite que “[...] embora o legislador não tenha definido o modo como a política será realizada, percebe-se se os meios são hábeis a alcançá-la ou não pela demarcação dos fins, o que dá ensanchas à atuação judicial.”¹¹⁹

Não se quer, com isso, em nenhum momento, colocar o Poder Judiciário superior aos demais poderes da Federação, como superpoder.

Pelo contrário, em regra, os poderes Executivo e Legislativo, de forma primária, devem possibilitar a efetivação da Constituição. Quando tal função não for cumprida, não pode o juiz ser cúmplice da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico, quando for provocado.

Outro problema que se levanta é quando ocorre a omissão parcial, ou seja, existem políticas públicas, porém elas não são suficientes para atender à procura, ou quando a escolha adotada na política pública exclui determinados grupos ou cidadãos.

¹¹⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005. p. 56-63.

¹¹⁸ Nesse sentido, em relação ao comportamento do juiz, Cappelletti, afirma: “E assim 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. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993. p. 33).

¹¹⁹ O jurista baiano entende que apenas em casos extremos estaria o Judiciário autorizado a intervir, não dizendo o que deve ser feito, mas apenas apontando o que está irregular de um programa ou os fins incompatíveis com o direito. (LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 154).

Para Dirley da Cunha Júnior, deve-se ficar atento ao tema no caso de uma omissão parcial, “quando o censurável silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o Poder Público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição.”¹²⁰

Necessário consignar que o princípio da igualdade tem reflexo nas políticas públicas, permitindo a todas as pessoas o direito de concorrer, em condições iguais, às políticas públicas.

Refletindo o parágrafo anterior, o entendimento de Gustavo Amaral é no sentido de que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar a isonomia.”¹²¹

Constatada a ofensa aos direitos fundamentais, o juiz ainda não estará autorizado a imprimir a intervenção judicial. Deve ver se a intervenção é possível e necessária e se o ato interventivo resultará mais benefícios que prejuízos à totalidade dos interessados e a todo o estrato social.

Muitas vezes a violação específica aos direitos fundamentais acontece não na escolha dos objetivos gerais fixados por uma determinada política pública, mas na sua fase de execução.

Exemplo evidente é o bom funcionamento de hospitais, postos de saúde, escolas, creches e repartições públicas. Caso o serviço não funcione adequadamente, uma vez provocado o Poder Judiciário, este poderá estabelecer parâmetros mínimos a serem cumpridos pela administração pública, a fim de cessar a irregularidade. Caso as violações não sejam comprovadas, o juiz não poderá intervir na política pública.

Por outro lado, sempre que o gestor público decidir eliminar políticas públicas ligadas à efetivação de direitos sociais deve fundamentar bem o ato com um grau mínimo de razoabilidade.

As escolhas orçamentárias do Poder Executivo, relacionadas direta ou indiretamente com a concretização desses direitos, também devem ser objeto de motivação do ato, com vistas a possibilitar a análise pública das mesmas.

¹²⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 127.

¹²¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha** – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 18.

Vê-se que os campos das políticas públicas e critérios orçamentários são ambientes propícios para a atuação da discricionariedade, podendo envolver confrontos entre princípios de direitos fundamentais sociais.

O poder discricionário não é incompatível com o Estado Democrático de Direito, exigindo do gestor público critérios de proporcionalidade justificados (adequação, necessidade, exigibilidade, relação custo/benefício) e que o referido agente não atue de modo ilegítimo.

É de se registrar, nesse patamar, que a Constituição, após arrolar o direito à saúde como direito social em seu art. 6º, fixou também, na Seção II, do Capítulo II, referente ao Título VIII (Da Ordem Social), as linhas gerais de sua conformação jurídica, estabelecendo, no art. 196, a saúde como 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."

A previsão de que o direito à saúde instrumentaliza-se através de políticas públicas é consequência da sólida completude do tema, consubstanciado no art. 3º da Lei n. 8.080/90.¹²²

Tratando-se de situação bastante sensível, relacionado como próprio direito fundamental à vida, e considerando o princípio do acesso à justiça, vê-se que o Poder Judiciário tem recebido, em escala crescente, muitas demandas - individuais e coletivas - que visam ao saneamento dos desajustes que existem nas políticas públicas de saúde.

Essa judicialização tem envolvido diversas dificuldades, perpassando pelo princípio da separação de poderes (o Poder Judiciário envolvendo-se com questão política), pelo princípio da isonomia (discriminação entre os cidadãos que requerem prestações de saúde contra o Estado e os que apenas se submetem ao Sistema Único de Saúde), seguindo com o princípio federativo (responsabilidade de cada ente federado- União, Estado e Município - na seara da saúde), discussão sobre ponderação de bens ou valores constitucionais, trazendo à tona

¹²² BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Art. 3º: "A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social."

também o princípio da reserva do possível, com o objetivo de garantir que o atendimento dessas demandas não comprometa a política pública de saúde como um todo.

Portanto, se a judicialização excessiva é condenável, por entender uma ingerência do Poder Judiciário em área que não lhe é primariamente afeta, seu atuar positivo, desde que com critérios razoáveis, surge como uma necessidade para a concretização das conquistas inseridas na Constituição de 1988.

Já fora dito que os direitos sociais são imediatamente aplicáveis, *ex vi* do art. 5º, parágrafo 1º da CF/88. São aptos a originar um mínimo de efeitos jurídicos, porquanto não se aceita norma constitucional totalmente destituída de eficácia e aplicabilidade.

Fica claro que esses direitos, especialmente a saúde, em determinada situação e sob determinadas condições, geram direito subjetivo para o seu titular exigir políticas públicas destinadas à sua efetivação.

4.3 A NECESSÁRIA E INEVITÁVEL CRIATIVIDADE DO INTÉRPRETE/APLICADOR DO DIREITO

Quando se diz que o juiz em sua atividade interpretativa pode ser criador do Direito, nota-se que essa assertiva, em princípio, afeta diretamente o Estado democrático e o acesso à justiça, motivo pelo qual vem sendo objeto de muitos debates jurídicos na atualidade.

Em verdade, em alguma medida, quando se encontra diante de um caso para decidir, todo juiz sempre cria direito. Mesmo que o intérprete se esforce para ser o máximo possível fiel ao texto, ele nunca deixará de ser livre, uma vez que não existe música ou poesia, nem texto legislativo, que não disponha de espaço para alternâncias, substituições e nuances, objeto da criatividade interpretativa.¹²³

Interessante não é saber se ele pode ou deve assumir uma postura ativa e livre na construção do direito, mas se determinar de que modo e em que limites dar-se-á essa inevitável e imprescindível contribuição.

A criatividade traz em si o elemento da discricionariedade, que não deve ser qualificada como a total liberdade do intérprete.

O juiz não é totalmente livre ao aplicar o direito, tendo certos limites à sua liberdade, sejam processuais (observância das regras do processo) ou substanciais (precedentes jurisprudenciais, opinião da doutrina, legislação, dentre outros).

Lógico que a criatividade judiciária, em sua mais acentuada medida, não transforma o juiz em legislador, exigindo daquele uma atitude processual de imparcialidade e distanciamento, devendo estar em posição de superioridade em relação às partes, estando impedido, pois, de decidir uma lide em que tenha interesse.

Cappelletti, de forma acertada, assevera que o bom juiz pode usar de criatividade, ser dinâmico e ativista; e, no entanto, “apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.”¹²⁴

A Constituição é texto que necessita de uma atividade interpretativa para se convolar em norma. Motivo pelo qual, juntamente com os princípios constitucionais, encontra-se a figura do intérprete como necessário no trabalho de concretização do Estado democrático de Direito, uma vez que é a ligação entre o texto e a norma da decisão.

¹²³ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 13-27.

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 74.

No entendimento de Konrad Hesse, o intérprete tem uma atuação importante para consolidar e preservar a força normativa constitucional. A Constituição não é apenas a expressão de um ser, mas necessariamente de um dever ser. Ela procura impulsionar ordem e conformidade com a realidade política e social.¹²⁵

Verifica-se que frequentemente a força normativa da Constituição vem sendo reduzida por meio de comportamentos que usam como justificativa o argumento da não aplicabilidade imediata da Constituição, dependendo os direitos de regulamentação em lei. Aliás, já foi demonstrado em capítulo anterior que essa justificativa não tem prevalência.

Mas o que significa mesmo interpretar algo?

Para Maximiliano¹²⁶, “interpretar é explicar, esclarecer; [...]; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”.

Busca-se o sentido real das coisas e para tanto o sujeito se esmera em diversos recursos, observa os elementos, recorre aos conhecimentos da lógica, da área psicológica e de definições técnicas, com o objetivo de revelar a mensagem. O intérprete decodifica, percorrendo contrariamente a via seguida pelo codificador.

A interpretação é um ato de intelecção, de conhecimento da realidade e de sensibilidade.

Trazendo para o foco do presente trabalho, a interpretação constitucional objetiva entender, investigar e desvelar o conteúdo, o seu significado e também o campo de incidência das normas que integram a Constituição. É uma atividade de mediação que possibilita a concretização e aplicação dos mandamentos constitucionais.

O labor hermenêutico deve encontrar-se o mínimo possível sujeito à ideia ou ao capricho pessoal daquele que interpreta, fixando nos métodos e em julgamentos objetivos o mecanismo de superação dessas mudanças individuais do intérprete.

¹²⁵ Para avaliar esse seu modo de pensar, Hesse traz o seguinte enunciado: “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (“Gebot optimaler Verwirklichung der Norm”). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determina da situação.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23).

¹²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 18.

No entendimento de Paulo Nader¹²⁷, para a formação do intérprete é exigível algumas qualidades como conhecimento técnico, probidade, serenidade, equilíbrio e diligência.

Por outro lado, o processo de feitura das normas resulta na interferência criadora, valendo-se de princípios gerais ou de fatos retirados da realidade para complementar e desenvolver dados normativos primários, visando a obter uma norma decisória do caso concreto.¹²⁸

Assim, estabelecer o significado de uma norma jurídica é trazer à tona a sua finalidade e os valores eleitos pelo legislador, aquilo que teve por objetivo amparar. É fixar o campo em que a norma jurídica incide, além de ter conhecimento dos fatos sociais e em que situações a norma jurídica deve ser aplicada.

A tal propósito, Karl Larenz¹²⁹ afirma que o juiz é aquele que descobre o sentido do texto legal e também funciona como conformador do Direito, sendo a lei o ponto inicial das suas ponderações, no caso concreto.

O intérprete, ao declarar o sentido dos textos da área jurídica, não se atém à vontade do legislador, pois a dinâmica da vida desafia a necessidade de se ajustar as velhas concepções aos tempos modernos.

De outro modo, como a norma é destinada a todos, por seu cunho de generalidade, lógico reconhecer que todos precisam necessariamente interpretá-las.

¹²⁷ O autor continua explicando: “Além dessas qualidades, o intérprete deve possuir curiosidade científica, interesse sempre renovado em conhecer os problemas jurídicos e os fenômenos sociais. Precisa estar em permanente vigília, atento à evolução do Direito e dos fatos sociais. Deve ser um pesquisador, pois ninguém conhece o suficiente, em termos de ciência. Não se deve prender definitivamente a velhas concepções. O intérprete necessita de um espírito sempre aberto, preparado para ceder diante de novas evidências. O conhecimento do Direito é essencial, bem como o da organização social, com seus problemas e características.” (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 262).

¹²⁸ Nesse sentido, segundo o pensamento de João Pedro Gebran Neto, “é imprescindível que se reconheça a existência de limites para a atividade interpretativa, e eles são fundamentalmente dois: a) a realidade fática, porque não há como modificá-la, devendo o intérprete reconhecer essa limitação como forma de fazer uma interpretação possível e adequada; b) o princípio da legalidade, impondo o respeito ao próprio texto constitucional e estabelecendo segurança aos cidadãos.” (GEBRAN NETO, João Pedro. Op. cit. p. 71).

¹²⁹ E arremata: “[...] O Direito (realmente vivo, existente) é o resultado deste processo, no qual colabora a ciência do direito e finalmente todos aqueles também que exprimem publicamente a sua opinião sobre questões jurídicas e contribuem assim de qualquer modo a definir a consciência jurídica geral. De uma maneira ou de outra, quer o juiz apenas intérprete a lei, quer a restrinja ou integre em conformidade com o sentido dela, quer abra lugar pela primeira vez a um novo pensamento jurídico que ainda não encontrou expressão na lei – ou só uma muito incompleta -, é sempre a lei na verdade o ponto de partida das suas ponderações, mas ela só determina raras vezes a sua decisão. O que ele acrescenta, nomeadamente, a determinação última, o afinamento dos elementos da previsão em vista deste caso concreto, ou ainda o cuidadoso preenchimento duma lacuna da lei, tudo isto não deixa intacta a lei, como ela vigora realmente, mas antes vem determinar a maneira precisa como ela se torna eficaz como fator de ordem [...]” (LARENZ, Karl. Op. cit. p. 25).

Nesse mister, importa saber se existe um método seguro a garantir uma correção na interpretação ou se esta é feita pautada apenas em pré-conhecimento presente em cada intérprete, de modo que o seu resultado varia em cada caso concreto que o intérprete se posiciona a construir o sentido da norma.

Em suma, não se há de descartar a importância de métodos ou pautas na decisão, pois, ao menos as mais genéricas auxiliam a interpretação no sentido da segurança jurídica imposta nas decisões. Não que o método seja tudo, mas justifica a sua necessidade para se buscar, de antemão, um procedimento antes de julgar.¹³⁰

O método, por si só, não resolve o problema da aplicação das normas, de modo objetivo e imparcial, sem vicissitudes do sujeito que está decidindo. Mas, aliado à virtude e ao conhecimento do aplicador do direito, pode ser uma ferramenta útil para a apreensão da racionalidade que se busca no Direito.

Embora não seja tudo, é um bom passo.

Como afirma Karl Larenz, a metodologia não pode tratar de estabelecer regras rígidas, que só precisariam de se seguir para caminhar com segurança na aplicação das normas jurídicas. A interpretação, e tudo o que ela em si envolve, não é uma atividade que possa realizar-se somente de acordo com regras estabelecidas; carece sempre da fantasia criadora do intérprete.¹³¹

A conclusão oposta também é falsa, ou seja, uma vez que as indicações metodológicas não são regras aplicáveis sempre da mesma maneira, como que de um modo mecânico, são supérfluas e meras fórmulas vazias.

Afirma Karl Larenz que a metodologia tem de aceitar as indicações dadas na legislação como marcos que vinculam os tribunais e outros órgãos do Estado. As regras metodológicas da interpretação e da concretização de normas jurídicas têm por um lado que cumprir as condições hermenêuticas e, por outro, estão ao serviço de uma criação e desenvolvimento do Direito. As decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requerem confirmação, se são materialmente adequadas, o que é impossível sem exigências metódicas.¹³²

¹³⁰ AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki. **Las reglas en serio**. La normatividad del derecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 24-25.

¹³¹ LARENZ, Karl. Op. cit. p. 32.

¹³² LARENZ, Karl. Op. cit. p. 34.

Daí a necessidade de pré-compreensão, pois para compreender o que será exposto, há uma conjectura de sentido e o intérprete deve estar munido de uma pré-compreensão com que acede ao texto, pois sem ela é difícil ou impossível formar uma conjectura de sentido.

A pré-compreensão dirige o processo, passando pela escolha do método, no sentido do resultado já antecipado na convicção de justeza.

Unindo um entendimento ao outro, o de que as pautas de interpretação não são suficientes para a solução mecânica de conflitos do direito, com o posicionamento aparentemente contraditório, de que aludidos critérios interpretativos servem de baliza interpretativa, cumpre assinalar que a doutrina apresenta diversos ensinamentos especiais deveras importantes à habilitação do indivíduo no universo interpretativo, sem prescindir, é claro, da pré-compreensão que deve possuir, plasmada na sua experiência, nas noções apreendidas e na prudência do decidir.

Nessa linha, o intérprete pode chegar a três caminhos diferentes, em seu labor interpretativo, quanto ao resultado: a) interpretação declarativa, em que as palavras são dosadas com adaptação aos sentidos que a lei deseja imprimir, ou seja, as palavras dizem, com exatidão, o espírito da lei; b) interpretação restritiva, quando o legislador não andou bem ao formular o ato normativo, falando mais do que queria dizer, devendo o intérprete eliminar a amplitude dos vocábulos; e c) interpretação extensiva, onde o legislador utilizou-se com erro dos termos, dizendo menos do que desejava declarar, permitindo ao intérprete alargar o foco de incidência normativa, com referência aos seus termos.

Por outro lado, para se verificar se o Poder Judiciário tem legitimidade para exercer o controle de políticas públicas, tem-se uma questão prévia a se resolver, que é relação do juiz com a lei.

Numa concepção positivista, ter-se-á uma real identificação do Direito com a lei, inibindo-se qualquer criatividade do intérprete, qualificando-se este como mero aplicador de uma norma já objeto de interpretação pelo legislador.

Percebe-se, assim, que a legitimação da decisão do juiz é a lei. O juiz buscaria a lei adequada ao caso concreto. Utilizando-se o juiz de uma interpretação além da lei, violaria a separação dos poderes e decidiria, pois, sem legitimidade.

Hodiernamente, não se pode concordar com essa atitude de interpretação do direito.

A Constituição brasileira é cheia de princípios e conceitos jurídicos não determinados, que necessitam do labor interpretativo dos juízes, a fim de concretizar as normas mandamentais.

Assenta-se aqui a legitimidade do juiz para interpretar além da lei, com o dever constitucional de uma fundamentação adequada, é claro.

O magistrado não está acima da lei, tendo, inclusive, a responsabilidade de garantir a complexa estrutura do direito no Estado constitucional, promovendo o equilíbrio entre a lei, o Direito e a justiça.

É como lembra Pontes de Miranda, para quem o princípio de que o juiz está sujeito à lei é algo de *guia de viajantes*, de itinerário, que muito serve, porém nem sempre.¹³³

Tem razão o autor, pois se exige do juiz uma postura enérgica, com o fito de entender as particularidades de cada caso e achar, na norma geral e abstrata, um caminho que esteja conforme os enunciados e princípios da Constituição e com os direitos fundamentais.

Ainda, de acordo com a lição de Luiz Guilherme Marinoni, se nas teorias clássicas o magistrado somente dizia a lei ou criava a norma particular, tendo como ponto de partida a norma geral, agora ele “[...] constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento [...] dos direitos fundamentais no caso concreto.”¹³⁴

A respeito da figura do juiz, enquanto agente político (ato-político social e não ato político-partidário), Wolkmer preleciona que o magistrado é independente no campo jurisdicional, com a faculdade de fixar as normas e as regras necessárias ao caso.¹³⁵

¹³³ E Pontes de Miranda continua dizendo: [...] Equivale a inserir-se, nos regulamentos de fábrica, lei de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra *lei* substitui a que lá devera estar – *direito* – já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse é o *verdadeiro conteúdo* do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a letra legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar [...] (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998. p. 274-275).

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 99.

¹³⁵ E completa: “A atitude do juiz, em relação à lei, não se caracteriza jamais pela passividade nem tão pouco será lei considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui em outro elemento, entre tantos que intervêm no exercício da função jurisprudencial.” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 177).

Nisso se verifica que do juiz moderno não se aceita passividade, devendo assumir a sua função política aproximando-se dos jurisdicionados e viabilizando a estes o acesso efetivo à justiça e às políticas públicas, e somente assim suas decisões serão legitimadas.

Não se está dizendo aqui que a lei não é fundamental, pois o próprio Estado Democrático de Direito a pressupõe. O que se combate é o apego absoluto à lei.

O que leva o magistrado a criar o Direito é o fato de este não ser estático e sim dinâmico. O Direito evolui, haja vista que reflete toda a dinâmica das questões sociais.

A função do juiz é bem marcante, não apenas como recriador por meio de um processo hermenêutico, mas também como aquele que adéqua regras jurídicas às novas e constantes mutações sociais.

Humberto Ávila, reforçando o papel criativo do órgão jurisdicional, afirma que o dispositivo é o pontapé inicial da atividade interpretativa e que o intérprete não tem apenas o papel de descrever significados e sim reconstruir sentidos.

Com efeito, o autor assevera “[...] importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.”¹³⁶

Certa também a afirmação de Paulo Magalhães da Costa Coelho quanto ao controle jurisdicional e constitucional da administração pública no Estado Social de Direito, onde expõe que “[...] não pode ser simplesmente uma investigação do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei, senão, e principalmente, um controle substancial da não-violação e da implantação, pela administração, dos grandes vetores constitucionais”.¹³⁷

No ordenamento jurídico, não se concebe um Juiz Pilatos, que não se preocupa com a sua função social e que também não assume o seu relevante papel na nova ordem constitucional, que é ser garantidor da intangibilidade dos direitos dos indivíduos.

De outra banda, a sociedade aberta dos intérpretes do texto constitucional, no sentido afirmado por Peter Häberle, representa os legítimos intérpretes da democracia, englobando a interpretação em sentido estrito e em sentido lato, relacionando-se e interpenetrando-se entre

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 34.

¹³⁷ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 212.

si. Amplia-se o número de intérpretes, com a inclusão também dos destinatários das normas, porquanto as vivenciam e aplicam.¹³⁸

Häberle tem razão, porque todos aqueles que vivem na sociedade têm a legitimidade para interpretar formalmente a Constituição (não só o juiz, o legislador, o gestor público e os órgãos estatais, mas também a mídia, as associações e comunidades, partidos políticos, igrejas, editoras, escolas, enfim, todos os cidadãos e grupos), que é o documento jurídico e político maior de uma sociedade que se diz pluralista e apoiada na dignidade da pessoa humana. O autor propõe, assim, uma nova hermenêutica constitucional.

No contexto brasileiro, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, introduziu no ordenamento a figura jurídica do *amicus curiae* (amigo da Corte), como uma expressão dessa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.¹³⁹

Portanto, a Constituição não representa e nem pode ser aquilo que os juízes e tribunais afirmam que é, mas sim deve ser o resultado de como toda a sociedade a compreende.

¹³⁸ Nesse mesmo sentido, aduz Häberle: "Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" (Zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade." (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13).

¹³⁹ Saul Tourinho Leal esclarece: "Pelo instituto, um interessado pode contribuir com o processo de interpretação da Constituição por meio da juntada de memoriais acerca do tema em debate, do agendamento de audiências com os ministros, da participação em audiências públicas promovidas pelo próprio STF e, até mesmo, de sustentação oral nas sessões." (LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?**: o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 145).

4.4 ATIVISMO JUDICIAL: UMA NECESSIDADE COMO GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A sociedade atual está vivendo um novo Direito Constitucional, chamado de neoconstitucionalismo.¹⁴⁰

Os juízes deixaram de ser meros aplicadores das leis e passaram também a ser fontes de criação do direito. Nesse pensamento, os juízes, como intérpretes do texto constitucional, tornam efetivos os direitos fundamentais nele inseridos.

O neoconstitucionalismo é uma nova forma de encarar o Direito, justificando a alteração de um paradigma, de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional do Direito, trazendo a Constituição para o centro do sistema jurídico, com força vinculante e com caráter de obrigatoriedade, com supremacia no ordenamento jurídico e grande força valorativa.¹⁴¹

Como ressalta Lênio Luiz Streck, o Direito (e, por óbvio, a Constituição como sua expressão máxima) deve ser visto hoje como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, dentre outras).¹⁴²

Vê-se, concordando com o autor ora citado, que o conteúdo da Constituição brasileira de 1988 preocupa-se com o resgate das promessas da modernidade, dando-se relevo à eficácia e aplicabilidade das normas que instituem os direitos sociais, econômicos e culturais.

Na opinião de Manoel Jorge e Silva Neto, esse constitucionalismo moderno ou social reveste-se “da modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparado

¹⁴⁰ Segundo Eduardo Cambi, trata-se o *neoconstitucionalismo* de um movimento que sugere uma nova metodologia jurídica atrelada “à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais de todos.” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27). No mesmo entendimento, Pedro Lenza acentua que por meio dele, objetiva-se a máxima efetivação ao texto constitucional, seus princípios e suas normas, passando a ser o centro do sistema jurídico, “superando o seu caráter meramente retórico”. (LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquemático**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36).

¹⁴¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 9-10.

¹⁴² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29.

no princípio da não-neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico em ordem à consecução de sociedade menos desigual.”¹⁴³

Cuida-se, com isso, de um fenômeno jurídico denominado de ativismo judicial, onde os operadores do Direito devem conhecer e estudar as suas vantagens, perigos e limites.

Esse ativismo superou os círculos acadêmicos, incorporando-se nas lides judiciais, tendo despertado não só a atenção dos juristas e de estudantes de Direito, com também do próprio cidadão, demonstrando interesse nesse fenômeno, principalmente pelas dificuldades encontradas para o exercício de seus direitos.

Esse movimento ativo pelo juiz traz à tona a quebra de uma cultura jurídica até então ligada ao positivismo, o qual impôs, durante muito tempo, grandes limitações ao direito pátrio, com a aplicação mecânica das regras jurídicas e também restrita à frieza da lei, afetando, desse modo, o efetivo acesso à justiça.

A origem do termo “ativismo judicial” deve-se aos Estados Unidos da América, com a utilização massificada da expressão “judicial activism” em contraponto ao termo “self restraint”, ambos utilizados como forma de mostrar as posições da Suprema Corte em relação aos temas controvertidos e polêmicos, de grande notabilidade política, influenciando na postura adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo relacionada aos indivíduos daquele país.¹⁴⁴

Aléxis de Tocqueville, alertando sobre a atuação forte da Suprema Corte dos E.U.A., assim se manifestou: “[...] quase não há questão política nos Estados Unidos que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial.”¹⁴⁵

Para Paulo Roberto Lyrio Pimenta, é lícita a intervenção do Poder Judiciário, em face do não cumprimento pelos poderes Executivo e Legislativo do seu dever jurídico de satisfazer direitos previstos no plano constitucional.¹⁴⁶

¹⁴³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

¹⁴⁴ Saul Tourinho esclarece que o termo *judicial activism* veio à tona no ano de 1947, numa análise da composição da Suprema Corte, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger Jr, num artigo escrito na revista Fortune, intitulado “The Supreme Court: 1947”. (LEAL, Saul Tourinho. Op. cit. p. 24).

¹⁴⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 317.

¹⁴⁶ Ali Paulo Pimenta esclarece ainda: “Pensar de modo diferente equivale a negar a supremacia da Constituição e admitir que esta veicula promessas vãs, como mero valor simbólico.” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A Efetivação de Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Judiciário: Cabimento e Limites. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 108. mar./2012, p. 89-100).

Dirley da Cunha Júnior, enfrentando o tema, explica que é imprescindível permitir ao magistrado conhecer das questões políticas e sociais porque passa a sociedade como um todo, reivindicando-se, assim, um comportamento ativista do Judiciário.¹⁴⁷

Essas e outras questões serão abordadas e respondidas adiante, optando o presente texto favorável ao ativismo judicial, cabendo ao juiz assumir um papel de também atuar e não de apenas assistir às partes no processo, na busca de uma prestação jurisdicional adequada, justa e tempestiva.

Trata-se, assim, de um juiz politizado, fruto de sua alta independência e criatividade.

Celso Campilongo descreve o papel político do juiz: “[...] o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político.”¹⁴⁸

Para José Carlos Barbosa Moreira, um comportamento tímido e acanhado do Poder Judiciário certamente revelará uma “renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam”¹⁴⁹, resultando falta de atendimento às expectativas que a sociedade idealizou em torno desse Poder.

Luís Roberto Barroso define ativismo judicial como a “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, como maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes [...]”¹⁵⁰

Trata-se de um protagonismo judicial, onde se transfere poder aos juízes e tribunais para criarem uma norma diante do caso concreto, com alterações importantes na linguagem, ênfase na fundamentação e na maneira de participação da sociedade, dando vida à Constituição, tornando-a presente, real e efetiva, além de colocá-la no ápice do ordenamento jurídico.

¹⁴⁷ Problematiza o referido autor, expondo que tal discussão envolve uma escolha. Assim: “Para a sociedade, o que é melhor, um ativismo judicial ou uma auto-contenção judicial? Qual o juiz que queremos? Aquele que, com argumentos racionais e associados à proteção da pessoa humana, aplica diretamente a Constituição, concretizando os direitos fundamentais e extraíndo da Lei Fundamental todas as suas potencialidades? Ou aquele que, abstendo-se do exame das questões públicas, não se compromete com o discurso constitucional, sob o fundamento de que Direito e Política não se relacionam e que é preciso aguardar a iniciativa do legislador ordinário, como forma de preservar o jogo democrático?” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais*. **Revista Baiana de Direito**, Salvador: n. 5, jan./jun., 2010, p. 24-25).

¹⁴⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 61.

¹⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 304, out./dez., 1988, p. 154.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 76-77.

Continuando, Luís Barroso delineia que o ativismo judicial se expressa por diferentes condutas, com o propósito de proteger a norma constitucional, especialmente em matéria de políticas públicas.¹⁵¹

O Judiciário, ao operar dessa forma, não se torna um déspota ou um usurpador de um poder.

O juiz deve atuar com bastante cautela. Não é suficiente que a lei seja consequência apenas da vontade popular. A Constituição Federal exige muito mais que isso.

Deve-se observar, sim, todo o procedimento formal na feitura das leis, como também ter em mente que existem matérias que não poderão ser objeto de afronta à Carta Política, atendo-se principalmente as cláusulas pétreas explícitas e implícitas.

Outro ponto a registrar é que o Supremo não deve alterar uma jurisprudência, de forma aleatória, sem que nada tenha havido de concreto para a mudança do precedente, como uma alteração de uma norma ou uma mudança grande de algum aspecto da sociedade. A alteração de alguma jurisprudência deve ser feita com muito rigor, de forma razoável.

Como salientado por Dworkin: “O que não deve ocorrer é a falta de coerência. Direito é integridade.”¹⁵²

O juiz Hércules, idealizado por Dworkin, autorizado a utilizar o ativismo (no sentido de criação ampla do direito), entende o direito como integridade, procurando ajustá-lo à ética, vinculado à história do constitucionalismo dos Estados Unidos da América, de caráter notadamente democrático. Esse autor defende que a Constituição tem um sentido unívoco, sendo necessário um tribunal ativista para determinar esse significado.¹⁵³

Para Luís Roberto Barroso judicialização e ativismo judicial não são fenômenos iguais, apesar de próximos.

Sustenta o ora referido autor que a judicialização decorre da transferência da decisão das questões de avançadas repercussões política e social para o crivo do Judiciário, enquanto

¹⁵¹ Essa postura ativista, no entender do jurista, incluem tais condutas: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 76-77).

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p. 271-331.

que o ativismo judicial é uma atitude do juiz de entender o sentido e alcance do texto constitucional através de interpretação, em consequência da crise de representatividade do Poder Legislativo.¹⁵⁴

De fato, tem razão o autor ora citado, tendo em vista que o Judiciário não pode renunciar ao diálogo entre os Poderes e a sociedade como um todo.

Aqui não se ingressará no debate sobre os aspectos negativos da constitucionalização excessiva, como pensa Daniel Sarmiento.¹⁵⁵

Mas é necessário registrar que a CF/88 disciplinou muitos fatos da vida, além de designar o Supremo Tribunal Federal como guardião dessa Carta, o que merece a atenção deste Tribunal quanto a esses acontecimentos.¹⁵⁶

De outro ponto, quando se debate a maneira de interpretar a Constituição ou como a democracia deve ser delineada, tem-se uma discussão teórica recorrente entre os denominados *substancialistas* e os chamados *procedimentalistas*.

Para os substancialistas, um texto constitucional deve privilegiar direitos fundamentais, consagrar princípios e objetivos públicos a fim de concretizar importantes valores inseridos numa sociedade, como justiça, liberdade e igualdade, a serem implementados pelos magistrados. Já os procedimentalistas pregam que os juízes devem apenas zelar pelo processo democrático, a fim de que este concretize as aspirações do povo.¹⁵⁷

Retrata-se, assim, o Supremo Tribunal Federal de ontem, de caráter procedimentalista, em uma época de regime ditatorial, com vários julgamentos polêmicos e com grande conotação política, adotando uma jurisprudência defensiva, atribuindo aos Poderes Executivo e Legislativo a missão de resolver o conflito relativo ao povo. O Poder Judiciário era refém do

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 76-77.

¹⁵⁵ O autor leciona: “Portanto, entendemos que a Constituição não pode ser vista como a fonte da resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas.” (SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 196).

¹⁵⁶ O Tribunal estabeleceu que a utilização de algemas deverá ser feita de forma excepcional, editando a Súmula Vinculante nº 11, na decisão tomada dia 07.08.2008, no julgamento do HC nº 91.952/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo do STF nº 515**). Em outro julgado, o STF também declarou a inconstitucionalidade da prisão civil por dívida, em caso de depositário infiel, mesmo o judicial e revogou a sua súmula nº 619. Por maioria, o Plenário do STF procedeu ao arquivamento, no dia 03.12.2008, do RE nº 349.703/RS, de relatoria do Ministro Carlos Britto e, por unanimidade, negou provimento ao RE nº 466.343/SP, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo do STF nº 531**).

¹⁵⁷ LEAL, Saul Tourinho. Op. cit. p. 121.

Poder Executivo, com redução de seus quadros, ameaçado em seus vencimentos e aposentadorias compulsórias impostas. Era um tribunal impotente àquela época.¹⁵⁸

Luís Roberto Barroso entende que o STF mudou a sua política judiciária, desempenhando um papel político, com índole substantiva.¹⁵⁹

Com a promulgação da CF/88, trazendo à tona o regime democrático, o qual sobreviveu bem a diversas crises, revela-se mesmo a postura substancialista adotada pelo Supremo, avançando em temas controvertidos e em questões da competência original do Poder Legislativo, a exemplo da fidelidade partidária.¹⁶⁰

Não se está aqui defendendo o agigantamento do Poder Judiciário nesse processo de tomada de decisões por parte dos entes públicos. Sabe-se também da tripartição de poderes como exemplo clássico utilizado pelo Brasil, que não pode deixar de lado. O que não se concorda é como extravasamento de competências.

Ronaldo Dworkin, defensor de um conteúdo substancialista da democracia, acentua que o ativismo é uma modalidade ruim de pragmatismo jurídico.¹⁶¹

O Supremo não deve inovar na ordem constitucional, a ponto de se equiparar ao Poder Legislativo, a pretexto de efetivar os mandamentos constitucionais de enunciação aberta. Não é isso que se prega e não é o que se deseja dessa Corte no exercício de sua função institucional.

¹⁵⁸ LEAL, Saul Tourinho. Op. cit. p. 125-132.

¹⁵⁹ E afirma: “O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser um departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais. É certo que os métodos de atuação e de argumentação empregados por juízes e tribunais são *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político.” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60).

¹⁶⁰ Saul Tourinho Leal assevera que “Não temos um Tribunal ativista. Temos um Tribunal altivo. É diferente. Mas e as falhas? Não há? Há, e não são poucas. Contudo, o STF é a grande instância de garantia aos exercícios de direitos lançados na Constituição Federal de 1988.” (LEAL, Saul Tourinho. Op. cit. p. 163).

¹⁶¹ E o autor continua dizendo: “[...] Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.” (DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 451-452).

Por outro lado, não é função do Supremo Tribunal Federal afastar-se das regras processuais e dos procedimentos integrados e exigíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Caso se marchasse nesse sentido, ter-se-ia um retrocesso na democracia.

Revela-se, nesse diapasão, o que dispõe a Lei nº 9.868/1999, no seu artigo 9º, parágrafo 1º, que trata de convocação de audiências públicas¹⁶², com o fito de ouvir diversas entidades sobre temas polêmicos e objeto de discussão judicial, a exemplo das células-tronco, debatido nos Autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, ajuizada pela Procuradoria Geral da República contra o disposto no art. 5º e parágrafos da lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e também o caso onde o Presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, realizou audiência pública para ouvir especialistas no Sistema Único de Saúde, no período de 27 a 28 de abril de 2009, anteriormente comentado.

Em comunhão com o pensamento acima, Saul Tourinho Leal afirma que: “O Supremo pode muito, mas não pode tudo.”¹⁶³

O compromisso do STF é com a defesa do texto constitucional federal, adequando-o constantemente à evolução dos tempos e da sociedade.

Não é que o Judiciário pode tudo, até porque não se pode esperar a solução de problemas históricos através de simples decisões judiciais. Mas a sua atuação, inegavelmente, tem o condão de alterar os rumos políticos protetivos de direitos.

As decisões do STF passaram a ser acompanhadas pela mídia. A Corte ficou mais perto do jurisdicionado; e isso é um aspecto positivo para a democracia.

¹⁶² BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.868, de 10.11.1999**. Art 9º,§ 1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 25 jan. 2013.

¹⁶³ LEAL, Saul Tourinho. Op. cit. p. 106.

5 O DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO

5.1 O DIREITO À SAÚDE

O entendimento de que a saúde é um direito fundamental resulta da evolução do seu próprio significado e da sua concepção no ordenamento jurídico.

Isso porque, enaltecer o direito à saúde, falar da sua importância, traçar o seu histórico e elevá-lo a um patamar de máxima efetivação não exige muito do operador do direito, pois basta verificar o corpo constitucional para logicamente se concluir que os direitos ali elencados não são premissas utópicas, mas, sim, verdades irretorquíveis que deverão ser efetivados pelos poderes competentes.

Em princípio, é pertinente dispor uma referência da pesquisa histórica, mesmo que de algumas datas e de alguns fatos, para poder compreender com mais clareza e coesão o que se define contemporaneamente por direito à saúde e, acima de tudo, o seu conteúdo e regime jurídico e o Sistema Único de Saúde.

Ao longo dos tempos discutiu-se a saúde, como conceituá-la e normalizá-la efetivamente, de modo que pudesse emblemar toda a complexidade inerente à existência humana.

Após o nazismo, houve necessidade de se promover a ordem mundial e de se construir a valorização da dignidade humana, especificamente, na construção dos direitos humanos norteados pela ética.

Em 1946, a partir da Conferência Internacional de Saúde, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano e a definiu como um estado de “completo bem estar físico, mental e social”, não consistindo somente em inexistência de enfermidades.¹⁶⁴

O que está explícito nessa incoação é que, quando se fala em saúde, o indivíduo deve estar em um estado de bem estar completo, com a sua vida em equilíbrio face às influências externas, dentre elas, as ambientais e sociais, e não apenas livre de qualquer doença ou agravos ao equilíbrio pretendido, independente da condição econômica, social, crença política e religiosa.

¹⁶⁴ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Saúde: Direito, Dever ou Valor? **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 25-29, jul./set., 2010.

No que tange a um direito de todo ser humano, a saúde foi reconhecida como direito, fundamental, por está intrínseco ao direito à vida, e esta ser uma aliada absoluta e constante de promoção do bem estar do homem.

Muitos sobrevivem em um estado de enfermidade capaz de diminuir a capacidade produtiva do pensar e do fazer, impactando não somente a vida eminente, mas também o Estado.

Por isso, a saúde deve ser compreendida num contexto mais amplo que envolva o homem, o meio que está inserido e a utilização de técnicas científicas, sempre inovadoras, para a promoção da superação das inconstâncias que surgirem no decorrer da vida.

Diante disso, em 1948, no preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos está previsto que os povos promoverão o progresso social e melhores condições de vida.¹⁶⁵ A ideia principal deste texto junta-se ao art. XXV-1, o qual afirma que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente que assegure, a si e à sua família, saúde e bem estar.¹⁶⁶

A respeito disso, Ives Gandra afirma que o ser humano é o motivo único do Estado, sendo que este existe para servi-lo e que “[...] nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.”¹⁶⁷

Uma gama de textos constitucionais ressalva a saúde como valor fundamental, entre os quais está a Constituição Francesa de 1946, ao expressar em seu preâmbulo, que a Nação garante a todos o direito à saúde (alínea 11); a Constituição da Bélgica, de 17 de fevereiro de 1994(art. 23) e a Constituição da Itália, de 27 de dezembro 1947 (art. 32).¹⁶⁸

Também dá ênfase ao direito à saúde como direito fundamental, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais e Econômicos, adotado pela Resolução n.2.200-A (XXI), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966e ratificada pelo Brasil em 24 de

¹⁶⁵ FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Preâmbulo: “Considerando que os povos das Nações Unidas, reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”. Paris, FR, 10 dez. de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 03 jan. 2013.

¹⁶⁶ _____. Art. XXV, 1: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”.Paris, FR, 10 dez. de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 03 jan. 2013.

¹⁶⁷ MARTINS, Ives Gandra. Lei Positiva e Lei Natural. **Caderno de direito natural**, Pará, n. 1, p. 27, 1985.

¹⁶⁸ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Op. cit. p. 27.

Janeiro de 1992, ao fincar no preâmbulo que se faz necessário criar condições que permitam às pessoas o gozo dos direitos sociais e econômicos em conjunto com os direitos civis e políticos.¹⁶⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título II, artigo 6º, elevou a saúde como um direito social básico, intitulado em um capítulo como Direitos e Garantias fundamentais, fazendo-se presente ao lado da educação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, infância e assistência aos desamparados. Firmando assim, a partir de 1988, em nível constitucional, o direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio.¹⁷⁰

Na mesma linha de entendimento, imputa-se ao Estado de forma objetiva a obrigação de prover a saúde do indivíduo, conforme assentado no art. 196 da CF/88, já referido anteriormente.

Neste breve esboço histórico, por menos profundo que seja a investigação em relação aos direitos fundamentais, especificamente a saúde, é salutar observar quão complexas e diversificadas são as ações para compor o conteúdo desse direito fundamental, o qual busca uma convergência nos aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde, interpretando os textos jurídicos dentro desse enquadramento.¹⁷¹

É importante ressaltar que o direito não afiança a saúde ao indivíduo e que o ordenamento jurídico assevera a proteção da saúde como valor irrenunciável e essencial ao ser humano.

Como salientado por Boaventura de Sousa Santos: “[...] é preciso um paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente.”¹⁷²

Desta ideia, surge o desejo de uma prática mais justa na aquisição do direito às políticas

¹⁶⁹ ESTADOS UNIDOS. **Pacto internacional dos direitos sociais e econômicos**. Preâmbulo: “Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”. Nova York, EUA, 19 dez. 1966. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

¹⁷⁰ LEAL JUNIOR, João Carlos; SHIMAMURA, Emilim. Sobre Procedimentalismo e Substancialismo na Promoção de Políticas Públicas na Área da Saúde. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 12-22, jan./mar., 2011.

¹⁷¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 81.

¹⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 1987.

públicas sociais, um modelo prático e eficaz de pensar na saúde da sociedade brasileira.

Vê-se que a saúde, de forma conceitual, é o cidadão buscar uma qualidade de vida construída sobre os pilares da democracia, da igualdade, do desenvolvimento sustentável que propicie o bem estar da população e contribua para uma vida saudável, livre de males.

Para a Organização Panamericana de Saúde¹⁷³, Saúde pública é o esforço de toda a sociedade, “principalmente através de suas instituições de caráter público, para melhorar, promover, proteger e restaurar a saúde das populações por meio de atuações e alcance coletivo.”

Nesse conceito está o envolvimento da ação pública no escopo em promover a saúde, prevenir as enfermidades, restaurar, cuidar, reabilitar as pessoas quando acometidas por qualquer mal que afete ou agrave a saúde.

Após o levantamento evolutivo de diversas concepções do que se remete à saúde e de como esta foi tratada pela sociedade, é salutar cotejar os aspectos que são abrangidos no conteúdo desse direito.

5.1.1 O conteúdo do direito à saúde e seu regime jurídico

A partir do cotejo de algumas considerações históricas, no Brasil, a saúde passa a ser um direito de todos, cabendo ao Estado o dever de garantir e implementar políticas públicas, podendo ser percebido na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, 6º, 7º, 127, 129, 182, 184, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 220, 225, 227 e 230, bem como, está disciplinada pela Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

¹⁷³ ORGANIZACION PANAMERICANA DE SALUD. **La salud publica en las Américas**. Washington: OPS, 2002.

Diante disso, o direito à saúde deve ser compreendido constitucionalmente e infraconstitucional por não ser somente um ordenamento pátrio, mas também porque eventuais omissões, contradições, obscuridades e excessos legislativos devem dar margem à aplicação direta da normatização constitucional.¹⁷⁴

Conforme Marcelo Novelino, a saúde revela-se como um dos mais importantes direitos sociais albergados na ordem jurídica brasileira, devendo ser implementado através de políticas públicas, garantindo, assim, uma existência com dignidade, com a redução das desigualdades sociais.¹⁷⁵

De acordo com este conceito, o que se pode constatar é o quão distante se encontra o cidadão da efetividade desse direito, devido ao provedor mor, o Estado, não atuar com maior desvelo no que se refere às políticas públicas e, principalmente, por meio das funções do Executivo e do Legislativo.

Com isso, nota-se uma demanda crescente da participação da população em se exigir a efetivação dos direitos fundamentais e de se induzir a melhoria nos programas e políticas do Sistema Único de Saúde, com vistas à obtenção de uma melhor qualidade de vida.

É tarefa do Estado promover a eficácia dos direitos sociais através da adoção de condutas que permita uma vida com condições dignas e igualitárias para todas as pessoas que se encontrem no território pátrio, inclusive, aos estrangeiros, porque todos têm direito à saúde, fundamentado não só na Constituição vigente, como também por ser considerado um direito humano pela Declaração Universal de 1948.

A esse respeito, Alexandre de Moraes¹⁷⁶ afirma que o direito fundamental à vida deve ser entendido “como o direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.”

Esse direito deve resultar numa vida saudável, digna, cuja integridade física, psíquica e corporal do homem deve receber uma especial atenção do Estado, não podendo este ente infringir os limites impostos pela observância no respeito às pessoas, posto que se vive em um Estado Democrático de Direito.

¹⁷⁴ MÂNICA, Fernando Borges. **Saúde**: um direito fundamental social individual. Disponível em: <<http://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2010/08/Sa%C3%BAde-um-direito-fundamental-social-individual.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

¹⁷⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 372.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 80.

A posição significativa de Hannah Arendt¹⁷⁷ é de que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

É importante salientar que os direitos humanos nada mais são do que a indicação dos direitos fundamentais do ser humano, sendo enquadrada a saúde como um desses direitos, porque sem aquela o homem não consegue ser ativo, produtivo e participativo como força propulsora do desenvolvimento da vida e do meio econômico do país.

Nada obstante, o fator agravante para implementar qualquer direito público social são os elevados recursos financeiros do Estado, por ser um direito de natureza prestacional, enquadrado no conceito de direitos fundamentais de segunda geração.

Assim, o Estado assume impositivamente esse serviço, porque é um dever, e neste contexto constata-se seu atuar através do Sistema Único de Saúde – SUS, o qual é formado por todas as instituições federais, estaduais e municipais do Poder Público, como consta no art. 4º, da Lei nº 8.080/90.¹⁷⁸

É coerente salientar que o direito efetivo à vida está condicionado à dignidade da pessoa humana, contudo, esta última só alcançará plenitude de existência com a efetivação da saúde em todos os aspectos, exigindo-se do Estado prestações positivas para assegurar a garantia e efetividade do direito à saúde.

Do exposto, o que se percebe é que o Estado, ao respeitar os princípios da dignidade humana, da cidadania e da livre iniciativa, encontrar-se-á no patamar de garantir aos cidadãos o direito a uma vida adequada com a condição humana, extinguindo-se as deficiências ou agravantes que possam impedir a efetivação da lei e a qualidade de vida da população.

Dissecando o regime jurídico do direito à saúde, numa visão normativa internacional, é relevante afirmar que a saúde é um bem intangível pertinente ao ser humano e que, por isso, foi reconhecido através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948, e explicado pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, como um direito de toda pessoa a ter uma vida digna e que garanta para ela e seus familiares, igualmente, a saúde.

¹⁷⁷ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro, 1979. p. 134.

¹⁷⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Art. 4º: O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 04 jan. 2013.

O que se pode vislumbrar é que não é recente a atenção voltada para o estado social do direito da saúde.

Registra-se, assim, numa dimensão especial ao direito constitucional estrangeiro, a Constituição italiana, de 1º de janeiro de 1948, indicada como primeira Lei Fundamental a explicar a saúde enquanto direito fundamental e interesse da coletividade, atrelado à proteção da pessoa humana.¹⁷⁹

Assim concebido, assimila-se que o encargo do Estado é de promover a efetivação dos direitos sociais, porque se trata de uma demanda das prestações de ordem fática.

Cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 diferenciou-se das legislações anteriores por ser considerada, como bem descreveu Felipe Boeira da Ressurreição¹⁸⁰, um divisor de águas no ordenamento jurídico, considerando a amplitude dada à garantia desse direito, “seja pelo seu desdobramento em outros princípios e direitos, seja pela divisão de responsabilidades entre todos os entes da federação, a fim de efetivar a atuação protetiva e garantidora do Estado.”

Nesse sentido, caminhou-se à concretização desses direitos, e um dos meios para o Estado cumprir os deveres impostos no que tange ao direito à saúde, quanto à organização e procedimento, enquanto dimensão prestacional, foi implantar gradualmente o Sistema Único de Saúde (SUS).

É pertinente afirmar que o dever de se efetivar esse direito não compete somente ao poder estatal, mas também aos entes privados, os quais devem atender com eficácia a saúde populacional.

Ainda sob o pálio da proteção constitucional, alteração recente originada da Lei nº 11.382/2006, desenhou nova redação ao inciso IX, do art. 649, do Código de Processo Civil, explicitando como não penhoráveis os recursos públicos recebidos por instituições privadas com utilização compulsória na área da saúde.

¹⁷⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit. p. 85.

¹⁸⁰ RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira da. A Eficácia do Direito à Saúde como Condição para uma Existência Digna. Limites e Possibilidades à Luz do Sentimento Constitucional Fraternal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2174, 14 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12985/a-eficacia-do-direito-a-saude-como-condicao-para-uma-existencia-digna/1>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

5.1.2 O Sistema Único de Saúde (SUS)

O Sistema Único de Saúde (SUS) é uma resposta encontrada pelo Estado para efetivar o direito à saúde, contido na Constituição vigente do país, resultante de vários movimentos sociais que buscavam a reforma sanitária, devido à inadequação do sistema à época, porque não atendia a sociedade em geral, mas sim àqueles que trabalhavam formalmente e dependentes, por não conter os agravos de doenças diversas, gastos públicos sem o mínimo de transparência¹⁸¹, dentre outros.

A Lei 6.229/75 que parametrizava o Sistema Nacional de Saúde não mais atendia os interesses na sua íntegra, tornando-se ineficiente e inoperante para a promoção e a assistência na qualidade de vida das pessoas, consequência salutar para a apresentação de propostas da Reforma Sanitária à Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987.

Diante desse contexto e a partir da Constituição Federal de 1988, surgiu o Sistema Único de Saúde (SUS) como uma das políticas públicas instituídas pelo Estado, asseverado pela Lei Orgânica da Saúde n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual prevê as normas gerais do SUS, e também a Norma Operacional Básica – NOB-SUS 01/96 – que regulamenta o controle das atividades atribuídas a cada esfera de governo.¹⁸²

Isto significa que o Estado responsabiliza a saúde para os escalões do governo, para que atuem dentro de suas diretrizes e atribuições, com o escopo de alcançar melhoria da qualidade de vida de cada cidadão, conforme prescrito nos arts. 16 e 17 da Lei supra.

Cita-se também a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.¹⁸³

Essa Lei preceitua que o SUS conta com as instâncias da Conferência da Saúde e do Conselho de Saúde, assim como, possibilita a alocação dos recursos do Fundo Nacional da Saúde para os Municípios, Estados e Distrito Federal.

Em outras palavras, o Estado descentraliza suas funções, diretrizes e recursos financeiros aos órgãos governamentais para beneficiar uma gama maior da população,

¹⁸¹ CARVALHO, Mariana Siqueira de. A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, v. 4, n. 2, p. 15-31, jul. 2003, p. 26.

¹⁸² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit. p. 92-93.

¹⁸³ BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 06 jan. 2013.

principalmente àquelas pessoas que eram atendidas por caridade ou por profissionais particulares, configurando assim uma grande evolução do sistema de saúde.

É importante ainda, evidenciar as palavras de Hewerston Humenhuk¹⁸⁴, nesse contexto da descentralização, que enaltece o papel do Município em atenção às necessidades locais, com o objetivo de melhor efetivar e executar as políticas públicas de saúde.

O que está eminente na concepção desse autor é que a municipalização da saúde é uma política de interesses vantajosos porque aproxima o cidadão do SUS, minimizando os impactos do descaso no acesso à saúde.

Salienta-se, entretanto, que o SUS por ser um sistema único, não desconfigura sua inteireza ao ser descentralizado, porque ele compartilha de uma mesma diretriz, de um só planejamento, de um só comando, diante dos serviços públicos ou privados que devem ser prestados à população pelas esferas governamentais.

A Conferência da Saúde e o Conselho de Saúde são espaços consultivos para discutir melhorias na prestação dos serviços públicos, estabelecendo um elo entre o Estado, os gestores, as prestadoras de serviços e o usuário com a finalidade de fiscalizar, controlar e acompanhar as ações do Estado nas três esferas governamentais, sinalizando assim, uma característica muito relevante do SUS, a democratização na gestão à saúde com a implantação da Lei nº 8.142/90.

Levando-se em conta a evolução do direito à saúde e por necessidade de se ampliar e qualificar os serviços prestados pelo Estado, foram implementados outros instrumentos para garantir à população a efetividade dos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e a divisão de responsabilidades.

Cabe aqui citá-los brevemente, além dos que já foram referenciados, tais como a Lei 9.836, de 23 de setembro de 1999, que acrescenta dispositivos à Lei 8.080/1990; a Lei 11.108, de 07 de abril de 2005, que altera a Lei 8.080/1990; a Lei 10.424, de 15 de abril de 2002, que acrescenta capítulo e artigo à Lei 8.080/1990; a Portaria 2.203, de 05 de novembro de 1996, a qual aprovou a NOB 01/96, esta última definindo o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde; a Portaria 373, de 27 de fevereiro de 2002, que aprova, na forma do Anexo desta Portaria, a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002 e a Resolução

¹⁸⁴ HUMENHUK, Hewerston. O Direito à Saúde no Brasil e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 227, p. 33, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>> Acesso em: 31 ago. 2011.

399, de 22 de fevereiro de 2006, que divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as diretrizes operacionais do referido Pacto.¹⁸⁵

Quanto à questão específica da distribuição de medicamentos, a competência da União, dos Estados e dos Municípios não se encontra tratada nem na Constituição nem na Lei.

Os critérios de repartição de competências são tratados em vários atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, publicada no DOU, de 10/11/98, a principal regulamentação onde estabelece a política nacional de medicamentos.

O Ministério da Saúde aprovou também a Portaria nº 2.577/2006/GM, regulamentando relação de medicamentos de dispensação excepcional, levando em consideração o alto custo e a necessidade do uso dos medicamentos.

Outros fatores podem ser elencados como variáveis intervenientes na saúde, tais como as doenças transmissíveis, a dependência química e o uso de drogas lícitas e ilícitas, a violência, os acidentes, as epidemias, tratamentos odontológicos e os fatores comportamentais do ser humano.

Nesta senda, um exemplo do envolvimento da sociedade em relação à saúde é o trabalho da Igreja por meio do engajamento das pastorais sociais, da Pastoral da Saúde e da Pastoral da Criança, esta última com o trabalho de promoção do desenvolvimento integral das crianças pobres e com ações preventivas de saúde, nutrição, educação e cidadania.¹⁸⁶

No início da década de 1990, a Organização das Nações Unidas (ONU), estabeleceu 8 metas¹⁸⁷ de melhorias sociais a serem implementadas pelos países com déficits nestes indicadores, onde a saúde, recebeu um destaque central, com objetivos traçados para serem

¹⁸⁵ BRASIL. Portal da Saúde SUS. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/area/313/legislacao.html>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

¹⁸⁶ A Conferência Nacional dos Bispos elencou alguns dados da Pastoral da Criança que são importantes para uma compreensão mais afilada: “O Brasil é um dos países onde ocorreu uma redução mais significativa da mortalidade infantil, de 69,12 óbitos por mil nascidos vivos, em 1980, para 19,88, em 2010, segundo os dados da Revista The Lancet, em seu estudo Saúde no Brasil (2011). Este decréscimo de 71,23% é um avanço positivo e aconteceu basicamente graças ao SUS, à participação da sociedade, ao maior incentivo ao aleitamento materno. Segundo o mesmo estudo, de 1970 a 2007, a duração média da amamentação materna aumentou de 2,5 para 14 meses. [...] O índice de mortalidade infantil, em 2010, foi de 9,5 mortes para cada mil nascidas vivas, quase metade da média nacional. Segundo o IBGE, de 1998 a 2008, foram evitadas 205 mil mortes de crianças de zero a 1 ano de idade, havendo, neste período, redução de cerca de 30% da taxa de mortalidade infantil do país [...]” CNBB. **Manual da Campanha da Fraternidade 2012**. Brasília: Edições CNBB, 2011. p. 23-24.

¹⁸⁷ Metas do Milênio: 1) Reduzir pela metade o número de pessoas que vivem na miséria e passam fome; 2) Educação básica de qualidade para todos; 3) Igualdade entre os sexos e mais autonomia para as mulheres; 4) Redução da mortalidade infantil; 5) Melhoria da saúde materna; 6) Combate a epidemias e doenças; 7) Garantia da sustentabilidade ambiental; 8) Estabelecer parcerias mundiais para o desenvolvimento.

alcançados até 2015, servindo como referência pelas entidades governamentais, civis e religiosas.¹⁸⁸

Diante desses exemplos, o que se pode constatar é que, com a municipalização dos serviços públicos, o engajamento das várias esferas sociais em prol da melhoria, não só na prestação dos serviços do Sistema Único de Saúde, mas também no desenvolvimento de ações preventivas e mitigadoras dos riscos sociais, está trazendo reflexos consistentes nos indicadores das Metas do Milênio, fato que não exime o Estado da aplicabilidade do conteúdo constitucional concernente à saúde.

Com isso, é possível enxergar a necessidade de se implementar ações no Sistema Único de Saúde em todo contexto delineado, com vista a minimizar os impactos que podem ocorrer no orçamento público e no descumprimento do dispositivo constitucional de oferecer saúde à população, se não forem tomadas medidas preventivas para mitigar as enfermidades ou para dar celeridade e concretude aos processos que possam surgir, provenientes de alguma mazela do setor público, da improbidade administrativa dos gestores da saúde pública e privada, do não cumprimento dos agentes dos planos de saúde e de previdência social, ocasionando consequências nocivas às pessoas, atingindo o princípio da dignidade humana.

O esforço antes desenhado não esgotou toda a legislação sobre o tema da saúde, mas denota a preocupação do legislador em garantir ao jurisdicionado o acesso às políticas públicas de saúde.

¹⁸⁸ ORGANIZACION PANAMERICANA DE SALUD. Passim.

5.2 EXIGÊNCIAS E LIMITES À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

É no campo do direito à saúde que se encontra a produção doutrinária e jurisprudencial mais importante, onde os problemas na sua efetivação assumem fisionomias não raro trágicas, uma vez que o não atendimento dessas demandas pelos poderes públicos pode levar um indivíduo a óbito.

As Constituições brasileiras anteriores não garantiam tal direito, incumbindo apenas ao Estado tomar conta da assistência pública e prestar assistência médica e hospitalar àquele trabalhador que se encontrava com filiação ao regime previdenciário estatal.

Nesse sentido, afirma Sueli Dallari: “Nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988.”¹⁸⁹

Não se pode questionar que o Estado há tempos vem manifestando sua incapacidade de prover a demanda social originada e sustentada pelos diversos direitos garantidos pela Carta Política de 1988, como direito à educação, emprego, habitação e notadamente a saúde.

Há um número grande e preocupante de ações judiciais, objeto de ações civis públicas e de obrigação de fazer, protocolizadas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, processos individuais e coletivos, com o propósito de efetivar o direito à saúde.

Várias causas são levantadas para o crescente número das demandas judiciais na área da saúde, tais como: ausência de informação sobre as atribuições de cada órgão estatal e como é feito o atendimento; atuações mais efetivas da Defensoria Pública e do Ministério Público; altos custos dos serviços privados de saúde; ineficiência na política pública e orçamentária compatível com a demanda; falhas do sistema de acesso ao SUS, dentre outras.

Esse fenômeno da judicialização vem crescendo a cada dia e, se não tratada de maneira certa, poderá ocasionar prejuízos aos indivíduos, ao Estado e à sociedade de um modo geral, tendo em vista a falta de estruturação do orçamento e, no futuro, até mesmo, poderá provocar um colapso no sistema público de saúde.

Sabendo que a saúde é um direito fundamental e também um direito subjetivo, ligado ao princípio da dignidade humana, além do reconhecimento de sua aplicabilidade e eficácia

¹⁸⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 133.

imediate, *ex vi* do art. 5º, parágrafo 1º da CF/88, discute-se nesse momento o papel do Judiciário na sua efetivação de forma concreta, uma vez que, muitas vezes, apenas pela via judiciária alcança-se a garantia e a implementação desse direito.

Necessário reforçar que o direito à saúde, enquanto direito social, é um direito de segunda dimensão, de índole prestacional.¹⁹⁰

Nisso, vê-se que os óbices para essa concretização são vários, como possibilidade formal, viabilidade prática e vários questionamentos quanto ao alcance dessa atuação, especialmente quando o seu exercício for através de medidas liminares antecipatórias.

E nesse pormenor, o Poder Judiciário, ao garantir a implementação dos parâmetros do texto constitucional, traz para si a responsabilidade quanto ao êxito político das exigências do Estado Social, notadamente as políticas de saúde.

Dirley da Cunha Júnior posiciona-se no sentido de que assiste ao titular do direito à saúde exigir do Estado-Juiz providências fáticas reais para que possa desfrutar da prestação que lhe perfaz o objeto.¹⁹¹

Tal intervenção judicial, de caráter supletivo, é justificável, com apoio no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, atuando na concretização dos preceitos constitucionais, dentro dos limites e exigências a seguir expostas, materializando-se o conflito com a propositura de ações judiciais, tanto no âmbito individual como coletivo.

Não se vai aqui discutir sobre o panorama do direito à saúde no Brasil, no que tange às estatísticas oficiais de investimentos e gastos governamentais, aos atendimentos médicos e laboratoriais públicos, às diferenças regionais, à corrupção no setor, à má utilização do dinheiro público, dentre outros, uma vez que esse não é objeto da presente pesquisa.

¹⁹⁰ Arcênio Brauner questiona tal classificação do direito à saúde, “na medida em que não haveria vida sem saúde, deslocando-o para a primeira dimensão dos direitos fundamentais, aproximando-o de uma ideia de manutenção da vida. Outrossim, quando se analisa a saúde transindividualmente considerada implica reconhecer a previsão em uma terceira geração de prerrogativas transindividuais.” (BRAUNER, Arcênio. O Ativismo Judicial e sua Relevância na Tutela da Vida. In: Fellet, André Luiz Fernandes. PAULA, Daniel Giotti de. NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 600.

¹⁹¹ De forma prática, Dirley da Cunha Júnior, dando relevância ao direito à saúde, acentua: “A efetivação do direito à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 313).

Cuida-se, portanto, de investigar os princípios, argumentos favoráveis e contra, os limites e possibilidades, dentro dos quais é permitido exigir o direito à saúde, ainda que pelo recurso à via judiciária.

5.2.1 A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional

Dignidade, na sua etimologia, origina-se do latim *digna*, revelando o que é merecedor, digno, considerável, entre outros. Significa, também, cargo ou honraria. É adjetivo derivado da forma verbal *decet*, de *decere*, convir.¹⁹²

Ante a perspectiva etimológica apresentada, tem-se que dignidade é pressuposto da ideia de justiça, porquanto informa a condição superior do homem como ser racional e de emoções, independentemente de merecimento pessoal ou social. É inerente à sua existência.

Disto pode-se falar, com clareza, que a dignidade é direito que vem antes do Estado, no exato pensar de Cármem Lúcia Antunes Rocha.¹⁹³

O fundamento dos Direitos do Homem não é outro senão o próprio homem, "considerado em sua dignidade substancial de pessoa". O homem, "ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo"¹⁹⁴, deve ter garantido para si um mínimo de direitos, restando evidenciado que a dignidade deve ser tomada por pilar essencial.

Observa-se, pois, que o Direito parece já ter encontrado o que se chama de *panaceia* – a cura de todos os males. Denomina-a de princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁹² SILVA, Deonísio da. **De onde vêm as palavras**. Origens e curiosidades da língua portuguesa. 14. ed. São Paulo: A Girafa, 2004. p. 264.

¹⁹³ E conclui: "O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a Dignidade da Pessoa Humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A Dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades." (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, ano 1, n. 4, out./dez., 1999. São Paulo, Notadez, p. 26).

¹⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In MARCÍLIO, Maria Luiza e outro (Coord.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998. p. 60 e 74.

Não se pode falar, contudo, em mínimo existencial sem dizer sobre a dignidade, principalmente quando os conceitos mais corriqueiros da ideia de mínimo existencial referem-se exatamente à noção de um “núcleo da dignidade humana”.¹⁹⁵

De igual modo, não se pode mencionar em mínimo existencial sem relacionar com *as condições mínimas de existência humana digna*¹⁹⁶, com o entendimento de estar ele com previsão constitucional, como corolário implícito do próprio princípio da dignidade humana, sendo este fundamento do Estado brasileiro, na CF/88.

A Constituição de 1988 reconheceu o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III, além de outros, quando fixou que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), seja quando, na esfera social, estabeleceu o planejamento familiar nos princípios da dignidade humana e na paternidade responsável (art. 226, parágrafo 7º), além de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à dignidade (art. 227, *caput*).

Vê-se, assim, que esse princípio mereceu o devido cuidado no âmbito do Direito constitucional pátrio, sendo o primeiro texto constitucional brasileiro a reconhecê-lo explicitamente.

Bem fez Flávia Piovesan ao chamar atenção para o fato de o princípio da dignidade humana estar constando do título destinado aos princípios fundamentais, o que evidenciou a intenção do legislador constituinte de colocar a dignidade da pessoa humana como “condição de valor fundamental que se irradia por todo o sistema jurídico, servindo, também, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.”¹⁹⁷

A concepção kantiana de dignidade¹⁹⁸, com ênfase na autonomia, foi adotada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que estabelece em seu art. 1º que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em

¹⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 118.

¹⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set., 1989.

¹⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

¹⁹⁸ O filósofo Immanuel Kant defende que a autonomia da vontade é o expressar e a base fundante da dignidade da natureza humana. A vontade é entendida como a “faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis”. (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 70-83.

dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

A autonomia, como parte e elemento da dignidade, subentende condições materiais ínfimas para o seu exercício, exigindo-se o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde. O cidadão necessita da satisfação das necessidades essenciais à sua vida física e psíquica.

Vinculantes na órbita jurídica, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, no preâmbulo, afirmam que os direitos humanos iguais e inalienáveis advêm da dignidade inerente à pessoa e que o exercício pleno dessa dignidade fica a depender das condições que possibilitam cada ser humano gozar de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Também não se pode deixar de registrar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, promulgada no ano de 2000, que no primeiro capítulo denominado *dignidade*, em seu artigo 1º, assim preceitua: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.”

É tarefa da doutrina e da jurisprudência mencionar o alcance e a concepção jurídica de dignidade, definindo os contornos do que recebe proteção do Direito, sem a pretensão, é claro, de fazê-lo de maneira definitiva e absoluta.

Também com invocação na filosofia de Kant, José Afonso da Silva assinala que a dignidade é uma propriedade intrínseca, “da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente”. E que “entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.”¹⁹⁹

No mesmo entendimento, assiste razão a Ricardo Maurício Freire Soares ao proclamar que a dignidade da pessoa humana diz respeito à garantia da integridade física e moral de todos os indivíduos, “relacionando-se tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade.”²⁰⁰

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 125-145, 1998, p. 91.

²⁰⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

O princípio da dignidade humana funciona como fundamento de posições jurídico-subjetivas, conferindo direitos subjetivos de aspecto negativo e positivo, com uma roupagem prestacional.²⁰¹

Nesse contexto, afigura-se que a dignidade da pessoa humana é base da ordem jurídica, sendo elo a coadunar regras, princípios e valores em que se apoia a atividade jurisdicional, legislativa e executiva. Esta fundamentalidade se apresenta relevante e reconhece ao direito um objeto. Um aspecto a que deve se ater e reportar, sempre.

Nessa perspectiva, pode-se trazer à colação a concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, que destaca a dignidade como uma qualidade intrínseca ao ser humano, que o distingue e o faz merecedor de respeito por parte do Estado e de toda a comunidade, assegurando ao mesmo a vedação de qualquer ato degradante e desumano.²⁰²

Em outro momento, Ingo Sarlet acentua a dimensão dupla – negativa e prestacional – da dignidade, manifestando-se, de forma simultânea, como limite e tarefa do Estado e da sociedade em geral.²⁰³

Segundo Dirley da Cunha Júnior, “o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, a qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau.”²⁰⁴

O citado autor adverte, entretanto, que esse referido critério não é absoluto nem exclusivo, uma vez que há direitos fundamentais também relacionados às pessoas jurídicas e já reconhecidos a estas ou que se reconduzem a outros princípios ditos fundamentais.

²⁰¹ Nesse mesmo entendimento, Ricardo Maurício Freire Soares informa a dimensão subjetiva da dignidade, relativa tanto a um status negativo, onde é conferido ao titular o direito de se opor à intervenção do Estado na sua liberdade individual, como um status positivo, revelado em uma liberdade positiva que atrai o dever do Estado de implementar uma condição mínima de subsistência aos seus indivíduos. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. cit.* p. 144).

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

²⁰³ Explica Ingo Sarlet: “Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de [que] a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-constitucional Necessária e Possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.

²⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.* p. 158.

E esse ponto de vista é correto, uma vez que a dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto, não devendo sobrepô-lo incondicionalmente sobre os demais princípios em qualquer situação.

De fato, a ponderação e/ou hierarquia de bens jurídicos devem ser valoradas *in concreto*. Defender o caráter absoluto da dignidade vai de encontro com a natureza dos princípios que lhe foi pressuposta. No entanto, ela não poderá ser sacrificada, em nenhum caso, sendo em si mesma insubstituível, considerando que se trata de um valor intrínseco do ser humano.

Silveira Neto, de outro ponto, sugere que o juiz deve ter bastante cuidado na hora do julgamento, pois se a finalidade principal do ato de julgar é fazer justiça, pode-se concluir que um decisório que negue a dignidade humana é imoral e insustentável na ordem jurídica.²⁰⁵

Vale dizer que o respeito à dignidade da pessoa humana revela-se como um dos elementos imprescindíveis para legitimar a atuação do Estado.

Qualquer ação estatal e de seus respectivos órgãos não poderá limitar de maneira injustificável a dignidade da pessoa, sob pena de ser declarada inconstitucional.

Deve-se concordar com Edilson Pereira de Farias, quando diz que esse princípio ampara a realidade do homem, seja numa dimensão material, seja espiritual, propiciando-lhe as condições indispensáveis para o seu desenvolvimento.²⁰⁶

Serve esse princípio também como valor-guia de todo o ordenamento jurídico.²⁰⁷

Fala-se de valor-guia, porque dá unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional: unidade de sentido, por servir como elemento integrador e como critério de valor hermenêutico, enquanto parâmetro de referência axiológica de hierarquia das normas; e

²⁰⁵ SILVEIRA NETO, Antonio. Limites da Tutela Antecipada em face dos Direitos Humanos. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, v. 29, n. 3, p. 35-54, maio 2002, p. 42.

²⁰⁶ Na realidade, o autor destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre um importante papel na arquitetura constitucional, ou seja, sendo fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. (FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 61).

²⁰⁷ Nessa linha de entendimento, decidiu o STF: “[...] A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106.435/SP**, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 24/05/2011).

legitimidade, por está relacionado com a razão de ser do próprio Estado – conforme leciona Jorge Miranda.²⁰⁸

Está evidente que o Direito não é um fim em si mesmo. Em verdade, o fim do Direito é a pessoa humana. É o fim desta e o antecede.

O Direito deve se aparelhar para possibilitar que o ser humano se realize na sua forma plena. É preciso se reconhecer as prerrogativas advindas da dignidade, mas, principalmente, permitir a concretização destes sucedâneos.

Do contrário, ter-se-á um Estado oco em seus fins. Um Estado que prevê e reconhece possibilidades, mas não faz nada para a efetivação das mesmas.

No Brasil, o STF, em seus julgados, reportando-se à doutrina de Canotilho, reconheceu que há um “núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”²⁰⁹, assim como afirmou que a atuação do governo em matéria de implementação de políticas públicas tem que respeitar “a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.”²¹⁰

Mesmo Ricardo Lobo Torres, que segue a corrente mais liberal, onde prega a jusfundamentalidade dos direitos sociais reduzindo-a ao mínimo existencial, tem consciência que o direito ao mínimo existencial está implícito no conteúdo constitucional de respeito à dignidade humana.²¹¹

5.2.2 A garantia do direito ao mínimo existencial

Umbilicalmente atrelado ao princípio da dignidade humana e indissociável das questões relativas à concretização dos direitos sociais, o mínimo existencial vem sendo objeto cada vez mais de discussões na doutrina e na jurisprudência do constitucionalismo contemporâneo.

²⁰⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 166.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Melo na **STA 175 AgR**, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076. Divulg. 29/04/2010.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC**, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Decisão monocrática dada pelo Ministro Celso de Mello.

²¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit. p. 32.

No aspecto moral, é compreensível que a comunidade política deva garantir aos cidadãos uma qualidade de vida minimamente com decência.²¹²

Por outro lado, por ser também uma obrigação legal e o que significa esse dever, gera muita controvérsia nos arredores jurídicos.

A Constituição Federal de 1988 não proclama, de forma explícita, o direito ao mínimo existencial.²¹³

A Ministra Cármen Lúcia, do STF, na qualidade de relatora de um julgado, sustenta que o direito ao mínimo existencial foi recepcionado pela ordem constitucional pátria como direito fundamental e que isso advém do “direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança.”²¹⁴

A ligação com os demais direitos fundamentais, como pressuposto para o exercício destes, também fez com que a Ministra Cármen Lúcia decidisse no sentido de ser a garantia do mínimo existencial “o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente.”²¹⁵

Faz-se alusão também à decisão prolatada pelo STF, ao julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº 45, onde fora solicitado o controle concentrado da constitucionalidade do veto presidencial ao enunciado legal que tratava das dotações orçamentárias mínimas na área da saúde, ao cumprir as normas da EC nº 29/2000. No caso, o STF acentuou a impossibilidade de omissão do Estado com relação à garantia de condições materiais mínimas de existência digna, cuja afronta desafia a possibilidade de

²¹² Nesse aspecto, Daniel Sarmento destaca que os principais fundamentos morais do dever estatal de acabar, ou pelo menos diminuir, essa situação de carência dos cidadãos, com o fornecimento a estes de um mínimo de condições materiais são: proteger a liberdade real; a garantia da democracia; e a circunstância de o atendimento das necessidades humanas básicas ser um fim em si mesmo, que é imposto independentemente da sua utilização para outros propósitos. (SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-jurídicos. In: ARRUDA, Paula (Coord.). **Direitos humanos: questões em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 574-575.

²¹³ Como expõem Sarlet e Figueiredo, “a previsão de direitos sociais (na Constituição) não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, ano I, n. 1, p. 171-231, out./dez., 2007, p. 184).

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 583.136**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 28/06/2006, DJE 24/11/2008 (decisão monocrática).

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3768**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJE 25/10/2007.

intervenção do Poder Judiciário, com vista a viabilizar a todos o acesso aos bens cujo gozo lhes haja sido recusado pelo Estado, de forma injusta.²¹⁶

Não há como deixar de afirmar que, ausente o mínimo existencial, uma grande parte da população brasileira ficaria tolhida de sua capacidade de dirigir a própria vida. Ele é tido como um direito às condições mínimas de existência humana digna, que traz para o Estado o dever de implementar prestações positivas.

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres, assim se posiciona: “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.”²¹⁷

No entendimento de Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é constituído pelas condições básicas para a vida de um indivíduo e refere-se à parte do princípio da dignidade humana, à qual se deve conferir eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida pela via judicial em caso de não observância.²¹⁸

Para a autora, tem a natureza de regra e o *status* de direito subjetivo, podendo ser exigível. Segundo ela, esse conteúdo concreto do mínimo existencial pode ser extraído do teor da CF de 1988.

Podem-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a assistência social, a proteção do meio ambiente e o acesso à justiça.²¹⁹ Vale ressaltar que o *acesso à justiça* é de caráter meramente instrumental.

É oportuno citar exemplos de materialização do mínimo existencial na saúde como as campanhas de vacinação, erradicação de doenças endêmicas, combate às endemias, dentre outros, o que beneficia toda a população.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ver decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello, publicada no **Informativo nº 345 do STF**, assim como no Diário da Justiça da União, de 04.05.2004. O exame da garantia do mínimo existencial também foi confrontado com o princípio da reserva do possível, no que tange a restrições financeiro-orçamentárias.

²¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 42, jul./set., 1990, p. 69-70.

²¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit. p. 248 e 252-253.

²¹⁹ De igual modo, Ingo Sarlet exemplifica os seguintes direitos ligados ao mínimo existencial: “direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantia [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit. p. 322).

Ricardo Lobo Torres defende o conteúdo positivo do mínimo existencial aos direitos à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), à educação, à moradia e à assistência jurídica.²²⁰

De outro lado, Andreas Krell sustenta que o padrão mínimo social incluirá “um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia.”²²¹

Já Eurico Bitencourt Neto expõe que o conteúdo do mínimo existencial é focado nas disposições constitucionais jusfundamentais e na “identificação das necessidades concretas extraídas de um padrão de vida mais ou menos consolidado em dada sociedade.”²²²

Luís Roberto Barroso refere-se ao mínimo existencial como o núcleo no qual a dignidade da pessoa humana atua como regra, havendo um consenso plausível de que esse mínimo corresponde os direitos à renda mínima, saúde, educação fundamental e acesso à justiça.²²³

É de se registrar que a delimitação exata somente será verificada no caso concreto, pois ainda se encontra em aberto o quanto de cada um desses direitos é devido ao titular.

Nesse aspecto, o STF, ao atrelar a dimensão positiva do direito originário à saúde ao mínimo existencial, vem decidindo que o ponto principal é a saúde do paciente, como parâmetro para o mínimo.

Tal situação fica clara pelos decisórios mais recentes dessa Corte, onde foram garantidas diversas prestações que não estão enquadradas no conceito do que seja básico e/ou não são amparadas pelo Sistema Único de Saúde, mas a sua falta poderia advir graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes. Podem ser citados os medicamentos de

²²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 244.

²²¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 63.

²²² BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 121.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. v. III, 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 3-59. p. 52.

custo elevado²²⁴, os tratamentos médicos fora do domicílio com pagamento do transporte, alimentação e hospedagem²²⁵, além de compra de equipamentos excepcionais.²²⁶

Soma-se a isso o posicionamento de Karine da Silva Cordeiro onde chama a atenção para linha divisória tênue existente entre o minimalismo exacerbado e o outro extremo, podendo provocar ameaça à vida, no caso da análise do caso concreto pelo Juiz.²²⁷

Importante dizer que o direito à saúde, aqui tratado como conteúdo de um mínimo existencial, refere-se mais especificamente a um núcleo essencial no campo desse direito, revelando um atendimento condigno, podendo ser exigido do Estado, caso o requerente tenha necessidade, em respeito ao ser humano.

Trata-se, assim, de um patamar de saúde sem o qual se ofenda e se desumaniza o tratamento que se espera para uma pessoa, em sua dignidade.

Por isso, nem todos os pedidos feitos por seus titulares devem ser atendidos, inclusive porque há situações em que os obstáculos não são apenas de ordem financeira.

Cautela e ponderação são o que se exige dos poderes públicos. A dificuldade reside em avaliar o quanto se deve alargar essa concepção de saúde básica para abarcar casos particularizados, uma vez estar, de um lado, a pessoa e, de outro, a realidade da escassez de recursos.

Pode-se entender que a garantia do mínimo existencial no ordenamento jurídico brasileiro é a proteção do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais sociais, intangível, que os poderes públicos não podem vulnerar, passível, assim, de aferição pelo Estado-Juiz.

O Poder Judiciário, de mais a mais, é o detentor da última palavra quanto àquilo que está inserido ou não na seara do mínimo existencial.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. No **SS 3989/PI**, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), julgado em 07/04/2010, publicado em DJe-066, 15/04/2010.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. No **SL 256/TO**, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), julgado em 20/04/2010, publicado em DJe-076, 30/04/2010 e ver também **SS 2998/RN**, Relatora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgado em 29/11/2006, publicado em DJ 12/12/2006.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. No **STA 283/PR**, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), julgado em 07/04/2010, publicado em DJe-066, 15/04/2010.

²²⁷ E assim a autora se manifesta: “[...] A linha divisória é bastante tênue, reconhece-se. Mas, ainda que não seja possível traçá-la de forma precisa, ao menos não em abstrato, o certo é que não se podem excluir, *a priori*, prestações vitais. Outros fatores além das prestações disponíveis devem ser levados em consideração para, na solução do caso concreto, separar aquilo que faz parte da esfera do mínimo existencial e o que, não obstante mantenha o caráter jusfundamental, situa-se numa área mais periférica do direito à saúde e, desse modo, dependente da vontade governamental em instituir políticas públicas.” (CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 136).

Cabe a esse Poder, portanto, ao efetivar esse mínimo e não extrapolando a autoridade que lhe foi conferida pela Carta Magna, cumprir de maneira plena o relevante papel de proteção dos direitos fundamentais e da democracia.

5.2.3 Proibição do retrocesso social

Um dos maiores desafios do Estado brasileiro é a manutenção dos *direitos fundamentais sociais* conquistados no evolover de sua história - termo aqui utilizado como abrangente dos direitos econômicos, sociais e culturais -, protegendo-os dos contratemplos políticos e econômicos.

Muito embora a Constituição Federal de 1988 reconheça os direitos sociais como fundamentais, sendo, portanto, intangíveis diante das chamadas cláusulas pétreas, vários deles são efetivados através da legislação infraconstitucional, circunstância que pode facilitar sua redução ou supressão por meio de *quorum* parlamentar reduzido, levando, em alguns casos, se assim ocorrer, ao esvaziamento do mandamento constitucional a eles relacionado.

Trata-se de princípio imanente (não expresso, implícito) ao texto constitucional, cujo âmbito e significado, conforme Luís Roberto Barroso, é que “se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.”²²⁸

O autor asseverou que a vedação refere-se ao retrocesso arbitrário. O que se deve concordar com essa assertiva.

Defende-se, com efeito, que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional, com índole retrospectiva, na medida em que tem por fim a manutenção de algumas conquistas sociais, econômicas e culturais, indo contra a sua restrição ou supressão arbitrárias.

Essa garantia serve para concretizar os direitos sociais, de forma a impedir a arbitrária eliminação do grau de efetivação legislativa já conseguida e, por consequência, manter e melhorar o nível de bem-estar do povo possibilitado pela atuação do governo.

Destarte, é tema que se emerge no campo da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 158-159.

Nesse sentido, colaciona-se aqui lição de Canotilho e Vital Moreira, no sentido de que as normas da Constituição que conferem direitos sociais de caráter positivo redundam numa proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.”²²⁹

José Carlos Vieira de Andrade sustenta uma posição relativamente cautelosa e restritiva nessa matéria, argumentando que a proibição de retrocesso social não pode ser vista como uma regra geral e absoluta, sob pena de influenciar negativamente a autonomia do Legislativo, uma vez que este não pode ser órgão de mera execução dos mandamentos constitucionais.²³⁰

A dinâmica das relações sociais e econômicas, especialmente no que se refere às demandas de prestações sociais garantidas pelo poder público, já torna inviável defender uma absoluta vedação de retrocesso em matéria de direitos sociais, porquanto os direitos fundamentais em geral não se qualificam como absolutos.

Ingo Sarlet, no campo do direito constitucional brasileiro, sugere que o princípio da vedação ao retrocesso seja extraído dos seguintes princípios e argumentos de matriz constitucional, a saber: a) do princípio do Estado democrático e social do Direito, alertando para a exigência de um mínimo de segurança jurídica; b) do princípio da dignidade da pessoa humana, que exige a satisfação através de prestações positivas, de forma a assegurar uma existência digna; c) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, que consta do artigo 5º, parágrafo 1º, da CF/88; d) de manifestações específicas e expressas na Constituição, relacionadas à proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e o ato jurídico perfeito, contra medidas de índole retroativa; e e) do princípio da proteção da confiança, onde se vê esta depositada pelos cidadãos na ordem jurídica como um todo, impondo ao poder público o respeito a isso, como exigência da boa-fé nas relações.²³¹

De fato, retroceder em tema de direitos sociais induz uma natural frustração, uma quebra na relação de confiança no Estado. O retrocesso, além de gerar uma situação de

²²⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 131.

²³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. p. 307-309.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 445-446.

insegurança jurídica (quais direitos teremos amanhã?), atinge também a dignidade dos cidadãos, que passam a não mais confiar no Estado.²³²

No caso, impõe-se que seja utilizada a ponderação de bens pelo aplicador da lei. Significa dizer que, em determinadas situações de fato, reconhecem-se que outros princípios venham a suplantar o princípio da proibição de retrocesso social, desde que preservado o núcleo essencial dele e vedando-se ao legislador a eliminação pura e simples da efetivação do texto constitucional, sem que se criem meios equivalentes ou compensatórios.

Cabe também ao Estado manifestar-se sobre a razoabilidade e necessidade da medida regressiva, tendo o ônus probatório nesse sentido. Afinal, o Estado brasileiro deve agir para alcançar os fins traçados nos incisos do art. 3º da CF/88.²³³

O STF fez o primeiro pronunciamento sobre a matéria através do acórdão proferido na ADI nº 2.065-0-DF, na qual se discutia a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

Conquanto o STF não tenha conhecido da ação, por maioria, pelo entendimento de ter havido somente afronta reflexa à Constituição, destaca-se o voto do relator originário, Ministro Sepúlveda Pertence, que admitia a inconstitucionalidade de lei que apenas revogava lei antecedente necessária à eficácia plena de norma constitucional, reconhecendo uma vedação genérica ao retrocesso social.²³⁴

5.2.4 O argumento da reserva do possível

Considerando que os direitos sociais têm as prestações materiais como objeto, reflete, pois, o seu custo numa dimensão economicamente de relevo.

²³² Nesse sentido, afirma Luigi Ferrajoli: “Enquanto o Estado de direito liberal deve somente não piorar as condições da vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda melhorá-las; deve não somente não ser para eles uma desvantagem, mas, outrossim, ser uma vantagem.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Távora e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 692.

²³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 3º da CF/88 e incisos: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²³⁴ Várias outras decisões do STF trataram da proibição de retrocesso social, como as ADIs nºs 3.105-8-DF e 3.128-7-DF, o MS nº 24.875-1-DF e, mais recentemente, a ADI nº 3.104-DF. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já analisou o tema na Apelação Cível nº 70004480182, que foi objeto do RE nº 617757 para o STJ.

Por outro lado, os direitos de defesa, de um modo geral, são protegidos judicialmente sem afetar por demais as circunstâncias econômicas, porquanto os órgãos estatais encontram-se minimamente organizados.

É notório o fato de que os bens da vida são poucos e as necessidades do ser humano, muitas e infinitas.

Todos os direitos fundamentais, englobando direitos sociais e direitos de liberdade e defesa, possuem, de uma forma ou de outra, um custo financeiro para sua proteção e implementação pelo Estado.

Flávio Galdino, entendendo que os custos não são a única referência ou filtro para as decisões políticas e judiciais, sustenta que eles não podem ficar alheios à discussão sobre direitos fundamentais, nem pode ser alvo de fundamento para a proteção total dos direitos individuais e parcial dos direitos sociais.²³⁵

A efetivação do mínimo existencial não se sujeita à reserva do possível. Ressalva-se, portanto, a impossibilidade material de cumprimento da norma, gerando sua inexigibilidade, quando a escassez for impeditiva à sua efetividade prática, em caso de impossibilidade material.²³⁶

Nesse caso, a reserva do possível, mesmo sendo real, não torna os direitos liminarmente sem eficácia, porém obriga o poder público à alocação e ao conhecimento e análise de seus critérios, com o intuito de melhor concretizá-los.

Note-se, entretanto, que o Estado é uma estrutura prevista constitucionalmente para estar a serviço da coletividade e para proporcionar aos cidadãos as condições materiais mínimas de existência.

Pela CF/88, o homem foi alçado à condição de *fim* e o Estado de *meio*, um instrumento necessário para garantir o bem-estar geral, estando o princípio da dignidade humana como *centro* do sistema político-jurídico-constitucional e objeto de prioridade dos gastos públicos e previsões orçamentárias.

Nesse viés, o argumento da reserva do possível só se justifica na medida em que esse mesmo Estado promova a existência digna de todos, o que não reflete a realidade brasileira, onde se vê uma prestação deficitária de serviços públicos de saúde, de educação, de

²³⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 230.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 78.

assistência social e outros serviços básicos, resultando diariamente, fruto dessa ineficiência ou omissão estatal, uma avalanche de ações judiciais, individuais e coletivas, como meio de acesso a esses serviços públicos.

Os problemas de “caixa” alegados pelos entes federativos não podem ser óbices à concretização dos direitos fundamentais sociais, pois se a efetivação desses direitos dependesse de esperar os “caixas cheios” do Estado, significaria, com isso, restringir a zero a eficácia desses direitos.²³⁷

Concorda-se com Ana Paula de Barcelos, quando afirma que a escassez de recursos existe e é uma contingência que não se pode deixar de lado, e os operadores jurídicos (advogados, defensores, promotores e juízes) devem estar atentos para esse fato, no desempenho de suas funções.

No entanto, continua a autora: “O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”²³⁸

Lênio Luiz Streck assevera que a reserva do possível não induz a ineficácia jurídica dos direitos sociais, assinalando “unicamente a necessidade da sua ponderação.”²³⁹

A denominada *reserva do possível* é uma teoria desenvolvida na Alemanha, em um contexto histórico e social diferente em muito do retrato brasileiro, onde aqui se revela marcado pela extrema desigualdade social, ruins condições de vida para parte da população, má gestão das verbas públicas, corrupção, além de milhares de pessoas que não são providas das condições necessárias para uma existência digna.

Tal teoria (*Bundesverfassungsgericht*) respalda a tese de que o reconhecimento judicial dos direitos subjetivos a prestações ficam na dependência de existência de recursos financeiros para implementar políticas públicas nas áreas da saúde, educação, assistência, dentre outras.

Isso é o que acontece lá, que parte da doutrina pátria quer importar para a realidade brasileira, o que pode inviabilizar, assim, um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais.

²³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 315-325.

²³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit. p. 245-246.

²³⁹ STRECK, Lênio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-fundamentais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 204.

Merece, pois, este tema, uma cautela maior por todos os envolvidos, não perdendo de vista que, acima de tudo, o ser humano está em primeiro lugar.

Andreas J. Krell, preocupado com essa situação de exclusão e a favor da intervenção judicial nesses casos, assevera: “as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira, sem as devidas adaptações.”²⁴⁰

De outro ângulo e paradoxalmente, não tem como não atrelar a efetivação dos direitos fundamentais sociais à necessidade de recursos financeiros para provê-los, sejam eles públicos ou privados.

É certo também que esses mesmos direitos não podem ficar reféns de obstáculos do tipo *reserva do possível*.

Segundo Paulo Roberto Lyrio Pimenta²⁴¹, essa atuação jurisdicional para determinar a concretização de prestações sociais não pode ser realizada ilimitadamente, haja vista existir um custo financeiro para essa implementação, esbarrando-se, muitas vezes, em obstáculo financeiro-orçamentário para a outorga do direito almejado em juízo.

Mais adiante, Paulo Pimenta afirma que a teoria da reserva do possível não pode ser objeto de mero pretexto pelo Estado para se esvaziar o conteúdo do direito postulado. O Estado-réu tem o ônus da prova com relação à impossibilidade financeira de arcar com o pedido. O juiz deve decidir se a pretensão é razoável e proporcional, com a máxima cautela.

O que se tem observado, na praxe forense, é uma banalização do discurso por parte do poder público, quando faz sua defesa em juízo, não apresentando elementos concretos e fortes a respeito de não poder cumprir materialmente o decisório judicial. A alegada escassez deve ser provada, não devendo ser presumida.

O argumento da reserva do possível apenas deve ser acolhido pelo juiz se o Estado demonstrar concretamente que a decisão causará mais prejuízos do que vantagens à efetivação desses direitos.

²⁴⁰ KRELL, Andreas J. Op. cit. p. 107.

²⁴¹ Ele alerta, ainda, que o juiz não deve deferir pedido que não se mostre adequado e necessário, como por exemplo, ele, o juiz, determinar o fornecimento de um determinado medicamento que se mostre inadequado para o tratamento da doença do autor e, por consequência, para proteger o direito à vida. (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Op. cit. p. 95-96).

Observando a realidade pátria, constata-se que, em sua maior parte, os direitos sociais dependem de regulamentação por meio de políticas públicas, dependendo sua implementação dos cofres da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município.

No Estado brasileiro, a atividade financeira é planejada por meio de um *orçamento*, o qual se revela como instrumento de atuação estatal, que estabelece os fins a serem alcançados, cabendo ao Poder Legislativo, no primeiro momento, a decisão sobre a destinação e aplicação dos recursos orçamentários.

Todavia, registre-se que essa competência é relativa, encontrando-se relacionada às normas da Constituição, de onde se extrai a liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários.

Essa liberdade do legislador tem limite e deve estar vinculada à observância do padrão mínimo necessário de qualidade de vida para o indivíduo.

Como observado por Regis Fernandes de Oliveira, orçamento é a “lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do agente público.”²⁴²

O orçamento público é positivado como uma lei que contém a previsão de receita e afixação de despesas para um determinado período (art. 165, parágrafo 8º, da CF/88).

O orçamento é também a via através da qual é permitido realizar políticas públicas. Nesse caso, há uma clara conexão entre direitos sociais e orçamento.

Nesse desiderato, Jorge Hage acentua que as decisões sobre o que é prioritário na utilização e destinação de recursos públicos “deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário.”²⁴³

Vê-se, por isso, que a reserva de competência orçamentária do legislador não pode servir de obstáculo à intervenção judicial.

Mais uma vez traz-se aqui a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, do STF, na ADPF 45 MC, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004, que com relação ao tema *reserva do possível*, advertiu naquele julgado que o Estado não pode socorrer dela, à

²⁴² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 318.

²⁴³ HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direitos subjetivos**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 56-57.

exceção de ocorrência de justo motivo provado, com a finalidade de se eximir de cumprir as 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.”²⁴⁴

A questão dos custos, a escassez de recursos e as escolhas orçamentárias têm influência direta na efetivação dos direitos sociais.

Para Gustavo Amaral, é viável o controle das escolhas orçamentárias pelo Poder Judiciário, na medida em que existindo uma violação potencial ao direito cabe ao magistrado, então, “questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.”²⁴⁵

Assim, cabe ao Judiciário fazer o controle do discurso e das condutas adotadas pelos agentes dos demais poderes públicos, na análise da pretensão positiva.

Na seara jurídica, a tese da *escassez dos recursos* utilizada na defesa do poder público para inibir o reconhecimento judicial dos direitos é chamada genericamente como *cláusula da reserva do possível*.

Na avaliação de Ingo Sarlet, a reserva do possível apresenta-se com uma tríplice dimensão, a saber: “a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e c) o problema da proporcionalidade da prestação, no que tange principalmente à sua exigibilidade e razoabilidade.”²⁴⁶

Todos os aspectos acima referidos interpenetram-se entre si e com outros princípios constitucionais, devendo ser levados em consideração no momento do julgamento do pleito.

Cumpra anotar que Ana Carolina Lopes Olsen reporta-se à *escassez* como uma circunstância artificial, sendo resultado da construção do ser humano, uma vez que não tem como satisfazer todas as necessidades e desejos em nível de excelência, motivo pelo qual a reserva do possível deve ser entendida como sendo “uma espécie de condição da realidade, a

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conferir, em igual sentido, **RTJ**, **171/326-327**, Rel. Min. Ilmar Galvão – **AI 462.563/RS**, Rel. Min. Carlos Veloso – **AI 532.687/MG**, Rel. Min. Eros Grau e **RE 393.175/RS**, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁴⁵ AMARAL, Gustavo. Op. cit. p. 115.

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 287.

exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.”²⁴⁷

Sendo assim, cabe questionar, por exemplo, se é possível falar em escassez de recursos para a saúde quando existem, na mesma peça orçamentária, recursos com propaganda governamental.

Essa discussão é oportuna e necessária, a fim de que os direitos fundamentais sociais tenham prioridade na alocação dos recursos por parte dos poderes constituídos, forte no princípio da dignidade humana, previsto na CF/88 (art. 1º, inciso III).²⁴⁸

Vê-se também que nada obsta que o juiz determine a inclusão no orçamento para o ano vindouro de verba específica para suprir a lacuna existente, evitando-se, assim, uma tensão maior nos conflitos com outros Poderes, ante a ausência de previsão orçamentária, no cumprimento, por exemplo, de uma decisão judicial.

Isso não impede que uma liminar seja imediatamente cumprida, quando for o caso de deferimento de uma tutela de urgência.²⁴⁹

No caso anterior, trata-se de hipóteses que demandam imediata intervenção do órgão judicial, porque a supressão de direitos fundamentais mínimos afronta de forma irreversível a dignidade humana.²⁵⁰

A prévia previsão da despesa orçamentária não é um fim em si mesmo, não podendo ser óbice para a materialização da essência do texto constitucional.

Assim, a reserva do possível é uma cláusula que deve ser objeto de análise e de sopesamento pelo magistrado, a fim de evitar prejuízos ao erário público e à sociedade como um todo.

²⁴⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 213.

²⁴⁸ Tome-se o exemplo dado por Nagibe de Melo: “[...] por uma grave deficiência no sistema de saúde de um determinado município, verifica-se a falta de leitos nas UTIs para os neonatos, em razão disso, o número de crianças mortas logo após o parto aumenta muito acima da média histórica. Esses fatos são demonstrados pelo autor da ação. O julgador pode conceder uma liminar para que, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, o poder público disponibilize mais 20 (vinte) leitos nas UTIs neonatais do município. Em casos como esse, parece bastante razoável a transferência de recursos orçamentários destinados ao gasto com publicidade para a saúde, por exemplo [...] Seja transferindo verbas da publicidade, seja transferindo verbas do turismo, a decisão será sempre uma decisão do poder público responsável por implementar a política pública.” (JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 151).

²⁴⁹ Nesses casos, argumenta Américo Bedê, “haverá a prevalência da decisão, pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta.” (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit. p. 76).

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O Ag. RE 271.286 é o precedente condutor do STF em matéria de saúde, Rel Min. Celso de Mello, publicado em 24/11/2000.

5.2.5 Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade

O princípio da razoabilidade prescreve a escolha da solução mais acertada para o caso jurídico concreto, observando-se as circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que envolvem a discussão, sem se afastar dos ditames legais.

O princípio da razoabilidade nada mais é do que uma diretriz de senso comum, ou mais especificamente, de bom-senso, que se aplica ao Direito.

A razoabilidade é medida pela utilização do princípio da proporcionalidade, sendo que este último é definido como a procura do justo equilíbrio entre os meios usados e os fins que se quer alcançar.

Há doutrina, porém, que entende que razoabilidade e proporcionalidade não são princípios, e sim postulados, que funcionam diferentemente dos princípios e das regras.

A uma, porque não se situam no mesmo nível, uma vez que os postulados funcionam como normas que orientam a aplicação de outras.

A duas, porque os destinatários são distintos: os princípios e as regras são originalmente dirigidos ao Estado e aos cidadãos, enquanto que os postulados são diretamente dirigidos ao intérprete e ao aplicador da Lei.

Por último, porque os postulados não se interagem da mesma maneira com outras normas, ou seja, orientam a aplicabilidade dos princípios e das regras sem o conflito necessário com outras disposições normativas.²⁵¹

Ademais, concorda-se que a proporcionalidade é um princípio constitucional implícito, derivado da Constituição.

Analisando a terminologia da palavra *proporcionalidade*, vê-se que a mesma significa proporção, adequação, medida justa à necessidade que exige o caso jurídico.

²⁵¹ Para Ávila, a razoabilidade “[...] é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral[...]” Por outro lado, o postulado da proporcionalidade se aplica “apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação [...], o da necessidade [...] e o da proporcionalidade em sentido estrito. [...] Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico. (ÁVILA, Humberto. Op. cit. p.122-162).

Tal princípio tem como objetivo evitar resultados desproporcionais e injustos, com base em valores fundamentais em conflito.

Com a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e utilizando-se dos critérios principiológicos da proporcionalidade e da razoabilidade²⁵², o magistrado deve emitir pronunciamento no sentido de saber se o administrador público ou qualquer responsável pelo ato *sub judice* conduziu-se de conformidade com os interesses supremos do cidadão ou de toda a coletividade, fixados no texto constitucional e na legislação infraconstitucional.

Essa intervenção estatal só poderá ocorrer nos casos que ficar provada a irrazoabilidade do ato questionado.

Sobre o tema, Ingo Sarlet afirma que o princípio da proporcionalidade apresenta-se como um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro e “desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados.”²⁵³

Nenhum ato escapa a esse controle, seja público ou particular, obrigando o Judiciário a intervir, tanto preventiva quanto repressivamente.²⁵⁴

João Batista Lopes leciona que pelo princípio da proporcionalidade, o juiz deve proceder a uma avaliação dos interesses em conflito e dar respaldo àquele que, conforme a ordem jurídica, demonstrar maior relevância e expressão. Não é que deve sacrificar um dos direitos em prol de outros, mas de verificar o que é razoável à luz dos valores proclamados no sistema jurídico.²⁵⁵

²⁵² A título de informação, Luís Roberto Barroso leciona que “O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: I) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e II) do princípio da proporcionalidade do direito alemão.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255).

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 396.

²⁵⁴ É por tal razão, afirma Sarlet, que a doutrina brasileira e também a jurisprudência, em alguns casos, aceitam a ideia de que o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma *dupla face*, agindo simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do campo de proteção de direitos fundamentais, e também controlando a omissão ou atuação estatal insuficiente, no que diz respeito ao cumprimento de seus deveres protetivos. (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 397).

²⁵⁵ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 72-73.

Conforme Celso Antonio Bandeira de Mello, a censura do juiz não pode implicar invasão do mérito do ato administrativo²⁵⁶, quando se discute atividade discricionária.

Destarte, o juiz não apenas pode, como deve, ao analisar um caso concreto, ver se a opção feita pelo administrador público obedeceu aos ditames da lei.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, comporta três elementos (subcritérios ou subprincípios constitutivos, como prefere Gomes Canotilho²⁵⁷): a) princípio da conformidade ou adequação dos meios, induzindo que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, com a ideia de optar pelo meio restritivo menos oneroso para o cidadão e com menor afetação aos direitos fundamentais; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, resultando no equilíbrio ou justa medida entre os meios utilizados e os fins colimados, o que denota a razoabilidade ou justa medida. Meios e fim são objeto de equação através de um juízo de ponderação (procedimento de sopesamento ou hierarquização de bens jurídicos), para se avaliar se o meio usado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

A verificação acerca da proporcionalidade de uma medida limitativa de direitos fundamentais deve perpassar pela exposição do cumprimento desses três elementos ou requisitos, sob pena de ser visto como desproporcional e, portanto, invalidada.

O princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, tendo sentido e conteúdo distintos. Vê-se comumente a utilização indistinta e equivocada desses termos.

Em muitos casos, por não ser utilizada a análise trifásica supra exigida pela proporcionalidade, percebe-se que a ponderação dos bens ocorre principalmente no plano da “mera” razoabilidade, que, apesar de relevante elo em comum (razoabilidade e proporcionalidade em sentido restrito), são categorias jurídicas diferentes.²⁵⁸

Nessa linha de pensamento, Raquel Denize Stumm acrescenta que o princípio da proporcionalidade tem índole de princípio jurídico geral fundamental, que no ordenamento pátrio, apesar de não estar expresso, tem condições de ser aplicado em decorrência de sua

²⁵⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 777.

²⁵⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit. p. 264-265.

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 401.

natureza e de possuir duas funções: uma negativa, quando restringe a atuação do poder estatal e uma positiva, de obediência aos conteúdos constitucionais.²⁵⁹

Wilson Alves de Souza, também denominando o princípio da proporcionalidade de *princípio da proibição do excesso*, associando-os à ideia de limitação ao poder estatal, afirma acertadamente que toda a ação do Estado que redunde em restrições de direitos individuais ou da coletividade ou da liberdade individual, “deve se pautar pela prévia verificação da necessidade da medida e, sendo o caso, da sua aplicação adequada e proporcional (justa medida) em sentido estrito, para os fins de tal atuação.”²⁶⁰

A aplicação desses dois princípios, portanto, inclui qualquer matéria jurídica e obriga/vincula a todos os Poderes da República, no que tange ao controle das políticas públicas, servindo como instrumentos limitadores à intervenção judicial nesse controle.²⁶¹

5.2.6 A separação de poderes na atual concepção do Estado de Direito

É perceptível ver em parte da doutrina o temor de que o controle judicial de políticas públicas influencie na instituição de um superpoder.

Eduardo Appio, fazendo referência à possibilidade de o Poder Judiciário ter esse controle de determinação de receitas, aduz que isso resultaria grave ofensa à ordem democrática, “pois a imposição coercitiva de políticas públicas pelo Poder Judiciário significaria uma verdadeira aristocracia judiciária, incompatível com o sistema representativo (CF/88, art. 1º, parágrafo único).”²⁶²

²⁵⁹ STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995. p. 121.

²⁶⁰ SOUZA, Wilson Alves de. Op. cit., p. 86. Assevera o autor que a Constituição brasileira possui diversos artigos atinentes à restrição de direitos, mas sempre presente o princípio da proibição do excesso, a exemplo do seguinte caso: penetração na casa do indivíduo sem consentimento do morador apenas nos casos de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, inciso XI). Citou outros exemplos constantes do art. 5º, incisos XVI, XXII a XXIV, XXV, XXXIII, XLV e XLVII, LVIII, LX e LXI e dos artigos 34, 35, 136 a 139, todos da CF/88, à guisa de informação. (SOUZA, Wilson Alves de. Op. cit. p. 86-87.

²⁶¹ Trata-se de princípios recorrentes nas decisões dos tribunais brasileiros, conforme se vê na ADIN 1407-2/DF (vinculação do princípio da proporcionalidade à cláusula do *substantive due process of law*), Ministro relator Celso de Mello, julgada em 07/03/1996 e publicada em DJ 24/11/2000, p-86; no RE 17.161/SP (devolução de quotas consorciais ao participante desistente), acórdão publicado no DJU de 14.05.1999; no STF/Habeas Corpus nº 76.060-4/SC (realização compulsória de DNA), Ministro relator Sepúlveda Pertence, julgado em 31.3.98 e Informativo STF nº 106; no STF/Habeas Corpus nº 7216/SP (não configura prova ilícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores), entre outros.

²⁶² APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 156.

A resistência relativa à atuação jurisdicional nessas questões tem por um dos fundamentos o princípio da separação de poderes, argumentando que o Judiciário, no exercício da sindicância acerca de decisões sobre políticas públicas, estaria invadindo competências originalmente reconhecidas a outros órgãos, decidindo os meios, condutas e a implementação dessas políticas.

Do ponto de vista da teoria do direito, Jeremy Waldron²⁶³ tem trazido diversas lições sobre o respeito que deve ser dado à legislação como instrumento de proteção aos direitos, fruto de atuação legislativa, bem como aos programas políticos do Executivo, e que devem ser vistos como prioritários em relação à atuação judicial na defesa de direitos.

Na linha preconizada pelo autor, uma atuação judicial que resulte na realização de políticas públicas representa inversão das funções de poder, visto que não foi dado ao Judiciário atuar politicamente, mas, sim, dentro dos lindes que respeitem a vocação natural dos demais Poderes.

A doutrina de Fernando Átria²⁶⁴ é um bom posicionamento limitador da atuação judicial, visto que, na linha por ele preconizada, o preenchimento do sentido dos direitos sociais feito pelo Judiciário inevitavelmente leva a um atuar político.

Isso porque as normas constitucionais sobre os direitos sociais não poderiam ser consideradas normas no sentido da palavra, uma vez que expressam conceitos e não concepções. Conceito é uma formulação muito abstrata do conteúdo de uma ideia. Como é abstrato, é politicamente incontrovertido, logo, não serve para a resolução de problemas.²⁶⁵

Já a concepção é o posicionamento individual de cada um, de modo que, se um juiz aplica a sua concepção estará inegavelmente realizando uma política destoante da pretendida pelos ramos eleitos.

²⁶³ WALDRON, Jeremy. Legislation and the Rule of Law. **Legisprudence**, v. 1, n. 1, January, 2007; WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford and New York: Oxford University Press, 1999. p. 332; WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Londres: Cambridge University Press, 1999. p. 206.

²⁶⁴ ATRIA, Fernando. El Derecho y la Contingencia de lo Político. **Revista Doxa**, n. 26, 2003; ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales? Edición Digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales**, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, n. 4, p. 99-144. Disponível em: <<http://213.0.4.19/FichaObra.html?Ref=15573>> Acesso em: 25 jan. 2013.

²⁶⁵ ATRIA, Fernando. **El derecho y la contingencia de lo político**. Ibidem, p. 331.

Na linha do citado autor, “se os direitos constitucionais expressam *conceitos*, então eles são efetivamente ‘normas comuns’, porém são normas cuja aplicação não ajuda na solução do conflito.”²⁶⁶

Assim, nessa concepção, a defesa de direitos sociais implica numa solução política e não jurídica. O juiz só consegue resolver conflitos envolvendo esses direitos caso adira a alguma concepção política de resolvê-lo, o que não se entende aceitável.

Com efeito, a sobredita doutrina, em que pese nobre e fundamentada, não pode ser aplicada na realidade brasileira, porque, além de estrangeira, não encontra respaldo na legislação brasileira que rege o tema.

Os aspectos que envolvem o país e a sua legislação permitem que o Judiciário, na omissão dos demais poderes no cumprimento dos seus deveres constitucionais, cumpra na exata medida o seu papel legítimo de defensor da supremacia da Constituição, zelando, da melhor forma, para que os direitos constitucionais sejam efetivados. Tarefa, aliás, que é confiada ao Judiciário pela própria Constituição de 1988.

Estaria então o Judiciário, quando decide na efetivação de direitos sociais, extrapolando seus limites constitucionais, ferindo a separação de poderes? Primeiramente, quanto a isso, aqui se posiciona no sentido de ser incoerente colocar o princípio da separação dos poderes como óbice à concretização de direitos fundamentais, porquanto tal interpretação mitiga a aplicação efetiva desse princípio, nem se entende o Judiciário detentor de superposição de funções, quando se trata de controle judicial de políticas públicas.

Tal entendimento não é um juízo subjetivo qualquer, mas reflete a realidade jurídica que vem diariamente sido aceita pela doutrina e jurisprudência, com vistas à materialização da Constituição e ao fortalecimento da democracia.

A intervenção judicial tem lugar no momento em que os poderes Legislativo e Executivo demonstrarem incapacidade ou se mostrarem totalmente omissos no cumprimento adequado dos direitos fundamentais propalados na Constituição, em afronta direta às suas obrigações constitucionais.

Cabe ao Poder Judiciário, porém, avaliar a necessidade de proteger o campo de atuação de outro Poder, no caso concreto.

²⁶⁶ ATRIA, Fernando. Op. cit. p. 332.

A intervenção do Judiciário manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos.²⁶⁷

Com efeito, como observa Osvaldo Canela Junior, a atuação jurisdicional é, de certa forma, corretiva, fator que garante a unidade do sistema, vez que “[...] não pode o Poder Judiciário, como uma de suas formas de expressão, desviar-se deste compromisso político-institucional, recusando a atividade corretiva que a Constituição lhe outorgou.”²⁶⁸

Esse princípio não pode servir de justificação para a violação dos objetivos do Estado, uma vez que todas as formas de atuação do poder estatal estão vinculadas.²⁶⁹

A doutrina da separação dos poderes do Estado surge a partir das ideias de Montesquieu e de Locke, no Iluminismo, espalhando-se pelo mundo, estratificando as esferas de atividade do Estado em *administrativa, legislativa e jurisdicional*.

Cada função sendo ocupada por órgãos distintos, possibilitando a limitação do poder, anteriormente absoluto.

Foi o filósofo francês Montesquieu que, inspirado em Locke, idealizou as distintas funções do Estado, reunindo-as junto a organismos estatais, sustentando a ideia de poder limitado e de um governo moderado, não absoluto.

Em sua célebre obra intitulada *Espírito das Leis*²⁷⁰, feita em 1747 e publicada em 1748, de filosofia política, discorre-se sobre a liberdade política e o como esta deve ser assegurada, em consonância com o direito, rejeitando o despotismo. A liberdade só seria possível quando dá limites aos poderes governamentais.

²⁶⁷ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

²⁶⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Op. cit. p. 95.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, ver julgamento da **ADPF nº 45/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, onde reconhece que a inação do Poder Judiciário resultaria no comprometimento da integridade eficaz da Constituição. O que também pode ser visto no julgamento pelo STF, por unanimidade, do **RE 436.996-6/SP – AgRg**, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26/10/2005 e publicado no DJ de 07/11/2005. Quanto a este último julgado, traz-se à colação parte daquele decisório: “[...] Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional [...]”

²⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 165-176.

Percebe-se que o referido filósofo deu pouca importância ao Poder Judiciário, com ênfase aos demais poderes, chegando ao ponto daquele ser considerado um poder nulo, sendo necessário um poder regulador para moderar os poderes executivo e legislativo, atividade que poderia ficar a cargo dos nobres do corpo legislativo.

Para ele, os juízes são apenas e nada mais do que a *boca que pronuncia as palavras da lei*.

Ele esquematiza os três Poderes em torno da ideia de lei: O Legislativo é o responsável pela feitura das leis, o Executivo as coloca em prática e o Judiciário a aplica de forma contenciosa.

Essa teoria foi proclamada em momento histórico no qual se almejava o enfraquecimento estatal e a sua restrição na esfera de liberdade particular.²⁷¹

Naquela época, a teoria da separação dos poderes objetivava proteger os direitos fundamentais de primeira dimensão, por meio do controle do poder.

A finalidade dessa teoria era, mas ainda continua da mesma forma hoje, o controle do poder e a redução do poder do Estado.²⁷²

O atual cenário em que se encontra a doutrina jurídica é outro. Essas concepções influenciaram as Constituições liberais, refletindo efeitos profundos nas Constituições promulgadas nos Estados que permitem a implementação do bem-estar social, inclusive no Brasil.²⁷³

Imperioso destacar a diversidade do estágio atual do Estado Democrático de Direito, assim como da Ciência Jurídica, fazendo comparação àquele em que Montesquieu elaborou a clássica separação de poderes.

²⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 216.

²⁷² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos do governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 87.

²⁷³ Interessante registrar o posicionamento de Wilson Alves de Souza, quando diz que o princípio da separação dos poderes tornou-se realidade, e não um mito ou utopia, como querem alguns. E continua: “[...] Destarte, é óbvio que a adoção e aplicação do princípio da separação de poderes ou, como querem outros, divisão de poderes, gera conflitos entre os componentes destes, havendo, em maior ou menor extensão, supremacia de determinado poder sobre outro. É possível, de fato, ocorrer na prática de determinado Estado, hipertrofia de determinado poder, normalmente do executivo, em relação aos demais, e isto a ponto tal que o princípio da separação de poderes se torne uma farsa [...]” (SOUZA, Wilson Alves de. Op. cit. p. 46).

Considerando o leque dos direitos sociais, o novo retrato acerca de hermenêutica jurídica e a imprescindível participação do Estado na concretização de tais direitos, fica clara a relevância de uma nova leitura dessa divisão de funções.²⁷⁴

Menciona-se nesse sentido a lição de Dirley da Cunha Júnior, que em relação à Constituição brasileira, “destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente dirigente da nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-Estar, [...]”²⁷⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da separação dos poderes encontra-se descrito no artigo 2º da CF/88, ao definir que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Essa doutrina da separação de poderes não pode ser encarada como divisão de poder, uma vez que o poder estatal é uno e indivisível, pertencente ao povo, dentro de uma sociedade que se diz democrática.

O que existe é uma divisão de funções, que são conferidos aos órgãos estatais, com autonomia e independência no exercício de suas competências previstas na Constituição, possibilitando maior proteção à liberdade do indivíduo.

Para Dirley da Cunha Júnior, o crescimento do papel do juiz é um reclamo da sociedade contemporânea, exigindo-lhe um aguçado dinamismo ou ativismo na concretização dos mandamentos insertos na Constituição e um posicionamento mais defensivo dos direitos fundamentais, geralmente inviabilizados por omissão dos órgãos públicos ou por políticas públicas insuficientes.²⁷⁶

Essa nova postura do juiz não fere o dogma da separação dos poderes, aqui denominado de divisão de funções, uma vez que a efetivação dos novos direitos perpassa pela alteração nas funções clássicas dos juízes, que hodiernamente tornaram-se, sem sombra de dúvida, corresponsáveis na realização das políticas públicas de outros Poderes.

Nesse sentido, lê-se na ementa do acórdão do STJ, REsp 959.395/RS, que o princípio da separação dos poderes: “[...]6. [...] não é mote – nem pode ser transformado em tal- para o

²⁷⁴ Em sentido similar, manifesta-se Andreas Krell: “Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação de Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.” (KRELL, Andreas J. Op. cit. p. 88).

²⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 325.

²⁷⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 348.

esvaziamento da função judicial de controle da administração pública, sobretudo quando estiverem em jogo a vida e a segurança das pessoas.”²⁷⁷

Evidente que, na prática, não seria possível a separação total e absoluta de poderes, atribuindo a cada um deles sua função específica.

Essa participação de um Poder na função predominante de outro não coloca em perigo a separação das funções estatais, a qual não é absoluta, e sim, relativa.

Não existe entre os Poderes qualquer relação de subordinação no que se refere ao cumprimento de suas funções. São independentes, apesar de a CF/88 ter instituído um mecanismo de controle mútuo, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos, com interferências recíprocas de uma função na outra.²⁷⁸

Claro que o Judiciário não deve intervir no âmbito reservado a outro Poder, substituindo-o em juízos de conveniência e oportunidade, com intuito de controlar as opções orçamentárias do legislador e do administrador, no atendimento às demandas sociais.²⁷⁹

No Estado Democrático de Direito não há lugar para soberanos. Como esclarece Luís Roberto Barroso: “[...] o uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela dos valores como segurança e justiça, além de comprometer a legitimidade democrática da função judicial.”²⁸⁰

O que se espera no constitucionalismo contemporâneo não é a separação, e sim, o equilíbrio entre os poderes.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 959.395/RS**, julgado em 23.04.2009, rel. Min. Herman Benjamin.

²⁷⁸ Dirley da Cunha Júnior exemplifica esse sistema de controle mútuo “[...] pelo poder que tem os órgãos do Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos do poder público [...]; o poder que tem o Executivo de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público [...]; o poder que tem o Legislativo de fiscalizar, através de mecanismos de controle e investigação, os atos dos outros poderes, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários [...]” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 337).

²⁷⁹ Corroborando esse modo de pensar, Dirley da Cunha Júnior dá o seguinte exemplo: “Imaginemos a hipótese do Prefeito de um pequeno Município, carente de mais postos de saúde, comprometer os recursos públicos disponíveis em obras voluptuárias ou de embelezamento da cidade, como a construção de um piscinão ou o asfaltamento das vias principais da urbe. No caso alvitrado, está claro que o poder público adotou uma providência não ideal ou não razoável, porque não atendeu às prioridades locais e ao interesse público mais emergente. Essa atuação do poder público pode ser, sem dúvida, contrastada judicialmente.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 472-473).

²⁸⁰ E continua o autor: “[...] Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 392).

Vê-se, assim, que um comportamento mais ativo do Judiciário introduz possíveis conflitos com as demais funções do Poder. Isso é natural dentro de uma democracia. Defende-se aqui é a supremacia da Constituição e não supremacia de qualquer um dos poderes.

Os tribunais brasileiros têm decidido favoravelmente no controle das políticas públicas de saúde, afirmando em seus julgamentos que não viola o princípio da separação de poderes a interferência do Poder Judiciário para tutelar direito fundamental, constitucionalmente protegido, principalmente diante de sua condição de órgão controlador da atividade administrativa.²⁸¹

Em resumo, torna-se imprescindível entender o princípio da separação de funções, não como um fim em si mesmo, mais como um instrumento de concretização dos fins constitucionais.

5.2.7 A polêmica da legitimidade democrática do controle judicial

É papel dos juízes e tribunais construir o significado das normas jurídicas, principalmente quando se está em discussão a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Nesse contexto, as normas constitucionais passaram a usufruir de aplicabilidade direta e imediata, no labor forense.

Os direitos constitucionais sociais convolveram-se em direitos subjetivos de forma plena, desafiando tutela jurisdicional específica. A intervenção judicial, através de determinações aos demais Poderes para que implementem ou melhorem a política pública de saúde (internações hospitalares, fornecimento de medicamentos, entre outros), tem-se mostrado, aos poucos, cumprindo a prestação do serviço de saúde.²⁸²

A jurisprudência brasileira revela posicionamentos acerca do direito à saúde tornando-se uma força emblemática do que aqui se afirma.

²⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. **Agravo Regimental não provido nº 2600520128030000 AP/TJAP**, Relator: Desembargador Carmo Antônio, Data de Julgamento: 28/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação no DJE n.º 63, de 09/04/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ver também o julgado **STJ/REsp 771.537/RJ**, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 46, p. 49-54, nov./dez., 2007.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou audiência pública²⁸³, afirmando ser possível ao Judiciário atender aos pedidos de medicamentos, muito embora não presentes na lista da ANVISA, mas excepcionais e de vital importância para a sobrevivência do interessado, tendo em vista a alta proteção constitucional dada ao direito à saúde.

Com o posicionamento do STF, atrelado a inúmeras decisões sobre a possibilidade jurídica de proteção judicial dos direitos sociais, aumentou-se consideravelmente o número de demandas envolvendo esta temática.

Luís Roberto Barroso, no entanto, lançou a sua preocupação com essa judicialização excessiva, e com certa razão o autor, arguindo que o sistema judicial começa a manifestar problemas diversos, vítima do excesso de ambição dos postulantes e da ausência de critérios no ajuizamento e decisões de algumas ações.

Tais excessos não são somente problemáticos em si, podendo por em risco o próprio sistema de políticas de saúde pública, tumultuando e desorganizando a atividade administrativa como um todo, ao tempo em que impede a aplicação racional dos escassos recursos.

Alertam alguns que tal controle judicial priva a Administração de sua capacidade de planejamento, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento à população.

É certo que não se pode fechar as portas do Judiciário às demandas individuais ou coletivas, tendo em vista a garantia constitucional do acesso à justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Em muitos casos, por exemplo, o que se mostra é a concessão de vantagens aos indivíduos em ações individuais em detrimento de toda a coletividade, que por vezes não teve a mesma sorte de acessar ao judiciário para requerer os seus direitos, seja pela desconfiança no sistema ou pela própria ignorância de alguns quanto aos seus direitos, enfim.

Privilégios para alguns, enquanto que outros cidadãos, em igual situação, ficam excluídos das políticas universalistas a serem implementadas pelo Poder Público.

²⁸³ Sobre o tema, as falas dos especialistas, as legislações invocadas, os vídeos gravados, ver <http://www.stf.jus.br>.

O próprio casuísmo da jurisprudência brasileira impede que políticas coletivas, relacionadas à promoção da saúde pública, sejam adequadamente direcionadas.²⁸⁴

Concorda-se, em parte, com esse autor. Aliás, desnecessário dizer que realmente toda essa situação, em algumas circunstâncias, representa o desembolso de vultosos recursos, causa imprevisibilidade orçamentária e concorre para a não funcionalidade da prestação jurisdicional.

Para Ana Paula Barcellos, “O controle pelo Poder Judiciário surge, portanto, mais como um paliativo para manter sob controle os sintomas, do que um remédio propriamente dito, capaz de atuar nas causas do problema.”²⁸⁵

O que não se admite é um controle judicial ilimitado. Veda-se ao juiz exercitar preferências políticas através de programas públicos, onde desconsidere a sua falta de legitimidade, a sua clara limitação técnica e as distorções que podem resultar no sistema.

Tome-se como um exemplo de distorção, o juiz, ante a precariedade de hospitais públicos no município, ao invés de determinar que seja feito o atendimento médico-hospitalar, mesmo que na rede particular, autoriza a edificação no local de outra unidade de saúde, não considerando, por ora, a carência de hospitais públicos em outras regiões, que passam por uma situação pior de atendimento, além da exigência de previsão orçamentária, custos, entre outros.

Na situação supra, deve-se preservar o campo de decisão política e a utilização racional dos meios jurídico-financeiros do Estado.

Decerto, através dessa judicialização algumas questões de grande repercussão política ou social estão sendo levadas aos órgãos do Poder Judiciário, ante a omissão ou ineficiência das instâncias políticas tradicionais, ou seja, o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

²⁸⁴ Na esteira desse pensamento, Luís Roberto Barroso assim expõe: “[...] Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade -, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos [...]” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 49-54).

²⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Controle Social, Informação e Estado Federal: a Interpretação das Competências Político-administrativas Comuns. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 627.

Essa é a realidade vista por todos, com grande repercussão na academia jurídica, na doutrina, na população e na mídia, além da transmissão direta dos julgamentos do Plenário do STF pela TV Justiça.

Essa visibilidade resulta numa melhor transparência pública dos atos judiciais e também importante para o controle social e, em última análise, salutar para a democracia como um todo.

Imperioso falar que a *redemocratização* do país foi o vetor primordial para essa judicialização, tendo como carro-chefe a Constituição vigente.

Nesse caminhar, nas últimas décadas, percebeu-se que o Judiciário enriqueceu o seu papel constitucional, transformando-se em um verdadeiro poder político, com a função de efetivar o texto constitucional e as leis, confrontando-se conseqüentemente com os outros Poderes, em determinados momentos.

Por outro lado, reavivou-se a cidadania, com as pessoas tendo um acesso maior à informação, por conta de avanços tecnológicos, como a internet, resultando em uma maior consciência de direitos pelo povo, o qual passou a buscar o amparo de seus interesses perante o Judiciário, de forma significativa.

O problema que se constata é que o Judiciário ainda não se encontra devidamente preparado para enfrentar essas demandas, que crescem a cada dia, seja decorrente de problemas como a alegada falta de recursos financeiros, humanos e tecnológicos, além da ausência do aprimoramento contínuo dos servidores e juízes, os quais ali emprestam a sua mão-de-obra.

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – encontra-se positivada na Constituição, ela é alçada, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser postulada através de uma ação judicial.

Por exemplo: se a Constituição assegura o direito à saúde (art. 6º e 196), traz assim a possibilidade de judicialização desse direito, levando-se ao Judiciário a discussão sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nesse campo de atuação estatal.

Nesse debate jurídico, entra a polêmica da judicialização do direito à saúde, da legitimação do Poder Judiciário, do *status* da norma do art. 196 da CF (programática ou de aplicabilidade imediata), da questão orçamentária, do custo do direito, dos princípios da dignidade humana, proporcionalidade e razoabilidade nas decisões, o dogma da separação de

poderes, a reserva do possível, o mínimo existencial e a proibição do retrocesso social, matérias estas já bastante pontuadas neste estudo.

Os juízes e tribunais, especialmente o STF, devem cumprir as suas funções, de forma apartidária e de acordo com a roupagem constitucional vigente.

No que toca à judicialização dos direitos sociais, Virgílio Afonso da Silva alerta que os juízes, ao analisarem a problemática dos direitos sociais como se fossem questões iguais ou similares àqueles referentes a direitos individuais, “ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem.”²⁸⁶

Exemplifica o referido autor que, ao deferir tratamentos médicos de forma individualizada, não levando em consideração as políticas governamentais no setor, os magistrados podem causar prejuízo a outras políticas públicas de saúde ou de outras áreas, conquanto tenham resolvido alguns casos individualmente. Para cumprir as decisões judiciais, a verba, muitas vezes, tem que ser retirada de outros programas governamentais, a despeito da escassez de recursos.

Como contra-argumento e apenas por amor ao debate, essas intervenções judiciais e pontuais na área da saúde podem também servir de estímulo, no plano mais amplo, ao responsável administrador público para que invista na melhoria do atendimento ao cidadão, especialmente na gestão do SUS, o que conseqüentemente ficará menos oneroso para os cofres públicos do que o cumprimento de ordens judiciais individuais.

De outro norte, a ideia de *ativismo judicial* está relacionada com a participação mais ampla e mais forte do Judiciário na realização dos valores e fins constitucionais, resultando, com isso, naturalmente, numa maior interferência no campo de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em decorrência desse ativismo, tem-se visto muitas decisões judiciais impondo condutas ou determinando abstenções ao Poder Público, especialmente na área de políticas públicas, tendo como exemplo mais visível provavelmente o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias. Essa matéria ainda não foi analisada com profundidade pelo Supremo Tribunal Federal, com exceção de pedidos de suspensão de segurança.

²⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais:** fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 595-596.

Entretanto, nas Justiças estadual e federal em todo o território brasileiro, crescem vertiginosamente decisões liminares condenando a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias não constantes das relações e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais.

Em alguns casos, os tratamentos postulados são experimentais ou que devam ser realizados no exterior.

Exigem-se, pois, cautela por parte dos magistrados nesse momento, diante do caso concreto, correndo o risco com a sua atitude de se produzir em efeitos gravosos, imprevisíveis e indesejados para todo o sistema.²⁸⁷

Os profissionais do Direito, e em especial os juízes, nem sempre dispõem de informações precisas, de tempo e mesmo de conhecimento técnico para avaliar o impacto de certas decisões, prolatadas principalmente em processos individuais, sobre a realidade de um setor econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

O Judiciário deve intervir, repita-se, na medida em que um direito fundamental ou infraconstitucional não for cumprido, notadamente quando for agredido o mínimo existencial de qualquer indivíduo.

O que se mostra, decorrente disso, é que o Judiciário nem sempre pode e nem sempre deve interferir.²⁸⁸

Em ponto contraposto, se o legislador ou o administrador fez ponderações e escolhas válidas nas políticas públicas, observando-se a colisão de direitos e de princípios, o que se espera é que o Poder Judiciário seja diferente para com elas, respeitando-se a democracia, a qual traduz uma soberania popular e um governo de maioria. A intervenção deve ser reprimida, portanto, com a marca da autocontenção.

²⁸⁷ Sobre isso, chama à atenção Rodolfo Mancuso para os possíveis excessos que possam a vir a ser cometidos pelos juízes, principalmente quando a conduta judicial “revela incapacidade de recepcionar e mensurar os elementos que estão de envolta com a questão central, compondo um mesmo universo, ou ainda, quando falte ao juiz uma percepção mais acurada e sensível no tocante ao balanço entre custo e benefício ou mesmo em face dos contingenciamentos financeiro-orçamentários a que estão sujeitos e os órgãos e instâncias indigitadas ao polo passivo.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 83).

²⁸⁸ De igual sentido, cita-se um trecho de Luís Roberto Barroso: “[...] O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos [...]” (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 49-54).

Elival da Silva Ramos posiciona-se contrariamente às práticas ativistas, por conduzirem a uma desnaturação da função típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Afirma, também, que o mais atingido com esse fenômeno é o Poder Legislativo, que pode ter o produto da legislação invalidado de forma irregular por decisório ativista (na seara do controle de constitucionalidade, por exemplo) e ter o seu campo de adequação normativa neutralizado por decisões criativas.²⁸⁹

Harrison Ferreira Leite²⁹⁰, de igual modo, chama atenção para várias decisões do Judiciário, que na ânsia de dar proteção aos direitos fundamentais, fortemente vilipendiados, assume um comportamento ativista, invalidando atos que obstruem o exercício desses direitos, sem se preocupar com as consequências de suas decisões, quanto ao impacto financeiro no orçamento.

Assevera o referido autor que se assiste a um Poder alheio às questões do orçamento e à escassez dos recursos, obrigando o ente público a cumprir gravosas obrigações não previstas na sua despesa estabelecida no orçamento, sendo que a única alternativa é proceder com a alteração deste.

Para ratificar a situação delineada, ele citou algumas decisões de tribunais superiores pátrios, descabidas, como se observa a seguir: “O STF não julga preocupado com os cofres públicos e sim com os fundamentos da Constituição e que não é órgão governamental; custeio de tratamentos caros no exterior, para o paciente e sua família, independentemente do número de dias e de gastos; construção de quase mil escolas em certo período de tempo; duplicação de rodovia federal, entre outros.”

Afirmou que em tais circunstâncias, o Poder Judiciário intervém no orçamento de forma não autorizada pela Constituição, por via oblíqua.

Nesse ponto, a pensar da forma como se entende o referido autor, vê-se que o juiz está adstrito totalmente à peça orçamentária, que tem valor de lei, o que não se pode concordar *data vênia* com isso.

²⁸⁹ Ele explica que, por ativismo judicial, “deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).” (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

²⁹⁰ LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit. p. 137-142.

Nenhuma lei pode excluir da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça de direito. O direito (im)posto pelo Estado na forma de lei orçamentária não poderá afastar essa análise e controle por parte do Judiciário.

A lei orçamentária não é vinculante, de caráter absoluto. Pode sofrer, sim, alterações.

O que vai frustrar a efetivação de um direito subjetivo fundamental não é propriamente a exaustão da capacidade orçamentária, embora não se descarte essa hipótese, e sim a escolha política, justa ou injusta, de não despender recursos com aquele mesmo direito.²⁹¹

A intervenção judicial nas políticas públicas só terá sentido em circunstâncias em que ficar provada a irrazoabilidade do ato discricionário do órgão público, que não atuou bem nas escolhas feitas ou foi omissos no seu dever de concretizar a Carta Magna.

Rodolfo de Camargo Mancuso lança seu olhar crítico à judicialização quando esta passa a configurar-se de maneira incontida, aleatória e desmedida, transbordando os limites da razoabilidade e da própria capacidade institucional do Judiciário, colocando em perigo o equilíbrio com os demais Poderes, avançando a intervenção do Judiciário em seara subsumida à reserva da lei ou em campos restritos às deliberações e condutas discricionárias da Administração Pública.²⁹²

Com razão o autor, pois se assim agisse o Judiciário, ter-se-ia o aniquilamento da credibilidade das funções jurisdicionais.

Para tanto, há de se buscar nas decisões judiciais critérios objetivos da atuação desejável, visto que, em alguns casos, a ausência desses limites leva a decisões que demonstram a inexistência de uma consciência nítida da função da intervenção judicial, seja negando por completo a efetividade de um direito, por inexistência de política pública protetiva, seja assegurando-o na sua plenitude, indo muito além da política pública que lhe alberga.

Por final, não pode o Judiciário manter-se omissos ao desatendimento das premissas constitucionais, no que diz respeito principalmente aos direitos fundamentais, quando

²⁹¹ De forma bem enfática, afirma também: “O Direito pode ser o caminho para conjugar soluções moralmente justificadas e economicamente eficientes. O paradigma da eficiência, iluminado pela Ética, impõe-se então como meio de constituir e informar as escolhas públicas refletidas, responsáveis, moralmente justificadas e coerentes dos cidadãos, maximizando as virtudes do processo democrático. Para isso, sustenta-se uma teoria pragmática do Direito e dos direitos, que promova a adequada análise de custo-benefício das medidas jurídicas, sempre que possível, antes de adotá-las. [...] pois, como já se disse... direitos não nascem em árvores.” (GALDINO, Flávio. Op. cit. p. 235 e 346-347).

²⁹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit. p. 79-80.

violados. Os dispositivos constitucionais obrigam a todos os Poderes, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião maior da Constituição.

5.2.8 Os instrumentos processuais de controle

Os direitos sociais não reclamam necessariamente um meio processual específico para sua defesa em juízo.

Esses direitos podem ser invocados perante qualquer juiz em qualquer processo, a título individual e coletivo.

Conforme adverte Ada Pellegrini Grinover, “qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas.”²⁹³

Nesse assunto, faz-se imprescindível registrar alguns instrumentos jurídicos que estão à disposição do magistrado para o controle dos atos administrativos e cumprimento dos preceitos fundamentais, considerando a sua natureza, que são: o controle concentrado de constitucionalidade (que envolve a ação direta de inconstitucionalidade-Adin, em suas três espécies, entre elas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; a ação declaratória de constitucionalidade- ADC e a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF), o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública.

As Leis 9.868/199 e 9.882/1999 são as responsáveis pela regulação do procedimento do controle concentrado pátrio.

Américo Bedê Freire Júnior traz à tona que, em relação às políticas públicas, o STF, no controle concentrado “tem o caminho aberto para permitir a maior efetividade da Constituição, anulando políticas inconstitucionais ou sancionando a omissão no cumprimento das normas constitucionais.”²⁹⁴

A tutela coletiva tem mais condições de efetivar o controle de políticas públicas, fornecendo à Constituição força suficiente para o amparo dos direitos transindividuais.

²⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 30, p. 29, maio-jun., 2009.

²⁹⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Op. cit. p. 118.

Nessa linha de entendimento, Osvaldo Canela Junior realça: “[...] Ante, pois, a indiscutível indeterminação dos destinatários dos direitos fundamentais sociais, conclui-se que se encontram eles no rol dos interesses e direitos difusos.”²⁹⁵

Considera-se a ação civil pública como o principal instrumento de controle das políticas públicas, regulada pela Lei nº 7.347, de 24.07.1985, alçando o seu *status* constitucional com a CF/88.

Esse mecanismo legal possibilita ao juiz impor ao poder estatal a adoção, ajuste ou mutação dessas políticas.

Segundo Marco Aurélio Romagnoli Tavares, a eficácia dos direitos fundamentais constitucionais está ligada intrinsecamente à sua efetividade. Tal efetividade só acontece socorrendo-se corretamente das ações coletivas, “em especial da ação civil pública, instrumento que exige tratamento diferenciado pela abrangência política, econômica e social das decisões emanadas.”²⁹⁶

Pelo art. 129, inc. III, da Constituição, o Ministério Público tem a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública, com vistas à proteção do patrimônio social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.²⁹⁷

Esse dispositivo constitucional alçou os direitos difusos e coletivos a direitos constitucionalmente exigíveis.

A expressão “direitos coletivos” compreende os direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito.

Os direitos individuais homogêneos, que abrange um número maior de pessoas, são considerados juridicamente coletivos, decorrentes de origem comum, exemplificando o caso de determinada empresa que colocou à venda determinado produto que causou lesão à saúde dos adquirentes.

Os direitos difusos têm maior amplitude, são transindividuais, de natureza indivisível e são pertencentes a pessoas indeterminadas que estejam relacionadas por uma situação de fato, como, por exemplo, o direito ao ar puro, sem poluentes.

²⁹⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Op. cit. p. 141.

²⁹⁶ TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas:** direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. p. 166.

²⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Os direitos coletivos em sentido estrito também se caracterizam pela transindividualidade e indivisibilidade, relacionados a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma relação jurídica base, como, por exemplo, o direito do órgão de classe dos bancários contra uma lei que venha a retirar direitos já adquiridos relativos aos componentes de tal classe.

No ordenamento jurídico brasileiro, essas conceituações se encontram descritas no artigo 81 e parágrafo único, da Lei nº 8078/90, do Código de Defesa do Consumidor.

Vale ressaltar que essas *ações coletivas* relacionam-se sobremaneira com os direitos fundamentais prestacionais, permitindo a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que requisitam prestações sociais (como o direito à saúde, à educação, dentre outros.) e proteção adequada, constituindo, assim, vias vocacionadas a possibilitar ao povo requerer os seus direitos fundamentais materiais.

Percebe-se, com isso, o importante papel do Ministério Público na concretização dos relevantes ditames do Estado Democrático de Direito, através do exercício do direito de ação, notadamente com o objetivo de implantação ou correção das políticas públicas de saúde.²⁹⁸

Vale dizer também que o Ministério Público tem ajuizado ações civis públicas para amparo de direitos individuais indisponíveis, como nos casos de garantia de acesso a medicamentos, com lastro de sua legitimidade no art. 5º da LACP.

O mandado de segurança coletivo, objeto da Lei nº 12.016, de 07/08/2009, com seus legitimados regulados no art. 21 daquele diploma legal, e também previsto no art. 5º, LXIX e LXX, da CF/88, pode ser aviado em se tratando de direito líquido e certo.

Como o controle das políticas públicas reclama uma instrução probatória por vezes tormentosa, pouca utilidade terá esse instrumento jurídico, em princípio, pela sua própria natureza.

O mandado de injunção é utilizado quando a falta de uma norma regulamentadora torna não viável o exercício dos direitos fundamentais, com previsão no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.

²⁹⁸ Nesse sentido, ver jurisprudência onde demonstra o papel do Ministério Público na defesa da saúde: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 124.236**, Primeira Turma, Rel.Min. Garcia Vieira, 31.03.1998, DJU 04.05.1998, p. 84; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AG 1997.01.00.050034-5**, Quarta Turma, Relatora Juíza Eliana Calmon, 04.02.1998, DJU 12.03.1998. p. 125.

Registre-se que o mandado de injunção não é utilizado para qualquer espécie de omissão legislativa, mas apenas para aquela que não promove o pleno exercício dos direitos constitucionais fundamentais.²⁹⁹

Tem-se também a ação popular, instituída pela Lei 4.717, de 29.06.1965 e com previsão constitucional no art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88, com objeto mais restrito que a ação civil pública.

Objetiva-se com essa ação a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe. Trata-se do único caso em que o ordenamento jurídico brasileiro admite a proteção de um interesse difuso por um sujeito individualmente.

De outro ponto, é imperioso considerar que, resistindo a entidade pública ao cumprimento de decisão judicial, seja em caráter liminar ou final, o magistrado poderá valer-se das *astreintes*³⁰⁰ previstas no art. 461, parágrafo 4º, da pena do art. 14 e da condenação em litigância de má fé, prevista no art. 17, todos do Código de Processo Civil.

Caso se trate de agente público, o seu descumprimento configura a prática de ato de improbidade, na forma do art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 02.06.1992.

O não atendimento também pode implicar a aplicação concomitante das sanções penais cabíveis ao caso, por causa da desobediência à ordem judicial.

O descumprimento do mandado judicial sujeita o Estado ou o Município à intervenção político-administrativa, com o fito de corrigir a irregularidade, na forma dos artigos 34, VI e 35, IV, ambos da CF/88.

De outra banda, atento a todo esse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, com atribuição constitucional de zelar pela eficiência do Judiciário, conforme art. 103-B, parágrafo 4º e incisos c/c art. 37, caput, ambos da Constituição Federal, editou a Resolução 70/2009, que dispõe acerca do planejamento e gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário, recomendando que se busquem meios suasórios de resolução de conflitos.

²⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 25. ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 251.

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A esse respeito, ver decisões do STJ aplicando multas diárias ao poder público em casos de tratamento de saúde: **AgRg no REsp 796255/RS**, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. DJ, p. 234, 13.11.2006 e **REsp 775.567/RS**, Relator Min. Teori Albino Zavascki. DJ, 17.10.2005.

Essa Resolução 70/2009, que acabou sendo invocada no corpo da Resolução 125/2010 do CNJ, de 29.11.2010 (DJe 01.12.2010, republicada no DJe 01.03.2011), em que nesta foram fixadas as diretrizes da Política Judiciária Nacional, mostra a preocupação desse órgão com uma menor litigiosidade e com a solução negociada e conciliatória dos conflitos.³⁰¹

Necessário aplaudir essa medida tomada pelo CNJ, que tem o intuito de reduzir a judicialização das demandas e desafogar a Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça, incumbido do controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Resolução nº 107/10) e através da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, publicada no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6, apresentou aos tribunais medidas objetivando subsidiar os juízes e demais operadores do direito, para garantir maior eficiência na resolução das causas judiciais envolvendo saúde.

Somado a isso, o Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) colocou em prática, a partir da segunda semana de março de 2011, o sistema de plantão judiciário, com fins exclusivos para atender às demandas da saúde, principalmente liminares, identificar os principais problemas relacionados à área que afetam as pessoas, permitir um andamento mais célere aos processos e tomadas de decisões mais equilibradas por parte dos magistrados, assim como ajudar na elaboração de políticas públicas para soluções dos conflitos que possam aparecer entre os cidadãos e SUS.

A iniciativa do TJBA foi tomada em conjunto com a Presidência do Tribunal e a Diretoria de Assistência à Saúde (DAS), que está vinculada à Secretaria de Administração do mesmo.³⁰²

A Presidência do Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais que adotem medidas visando subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, a assegurar maior eficiência na solução das

³⁰¹ Atesta-se dentre seus *consideranda*, o seguinte: “[...] CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças [...]” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125/2010, de 29.11.2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 21 jan. 2013).

³⁰² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portal CNJ**. Sistema criado pelo TJBA para demandas de saúde já recebeu mais de 150 atendimentos. Publicado em 04 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13898-sistema-criado-pelo-tjba-para-demandas-de-saude-ja-recebeu-mais-de-150-atendimentos>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar, através da Recomendação nº36, de 12 de julho de 2011, publicada no DJ-e nº 129/2011, em 14.07.2011, p. 3-4.³⁰³

Na prática, observa-se a seguir alguns dados fornecidos pelo Ministério da Saúde (MS), de 2010 a 2011, apresentados pela coordenadora geral de Assuntos Judiciais da Consultoria Jurídica do MS, Alessandra Vanessa Alves, durante o seminário intitulado *Reflexões sobre o SUS*, promovido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT), em Cuiabá, no mês de julho de 2011, recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça, onde se constatou um aumento de 6% no número de ações judiciais contra a União no que diz respeito à garantia do atendimento pelo SUS, gerando uma evolução nos gastos em torno de R\$ 2 milhões somente entre esse período, no que se refere à disputa judicial com a União.³⁰⁴

A proposta desse evento foi levar os participantes a refletir se as ações judiciais estão colaborando para a melhoria do sistema ou se estão promovendo a falta de isonomia no tratamento das pessoas, para, a partir daí, desenvolver ferramentas que possam subsidiar os operadores de direito nas decisões demandadas.

Nessa dimensão, pode-se afirmar que este é um novo panorama jurídico da saúde no Brasil, demonstrando uma parceria que deve existir com o Estado e que pode ser evidenciada pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, tendo como um dos liames o “[...] acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada [...]”³⁰⁵

Interessante registrar aqui a iniciativa louvável do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, fundado em 1999, com sede em São Paulo (SP), uma associação civil, não governamental, sem fins lucrativos, com estudos e pesquisas sobre o sistema judicial brasileiro, o qual vem promovendo seminários e debates envolvendo os operadores jurídicos, a administração pública, especialistas em políticas públicas, entidades públicas e privadas interessadas.

Tais debates têm o objetivo de discutir e propor acerca do anteprojeto de lei intitulado “controle jurisdicional de políticas públicas”, antes de ser encaminhada a sua versão final ao

³⁰³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portal CNJ**. Recomendação nº36 de 12 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/15073-recomendacao-n-36>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

³⁰⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portal CNJ**. Decisões Judiciais sobre saúde aumentaram em 6% no último ano. Publicado em 20 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/15118:decisoes-judiciais-s>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

³⁰⁵ BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 03 jan. 2013.

Congresso Nacional, sob a coordenação dos professores e juristas Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe e com a colaboração dos pesquisadores do Cebepej, dos professores e alunos do Curso de Mestrado em Políticas Públicas da FDV e também apoio do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.³⁰⁶

Esse Anteprojeto de Lei, com sugestão inicial de 29 artigos, institui um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, contendo uma fase administrativa, perpassando pelos meios alternativos de solução de controvérsias e, caso não haja acordo, a continuidade do processo judicial, com a resolução do conflito pelo juiz.

Com o Anteprojeto pretende-se regular o seguinte: diálogo maior entre o Judiciário e a administração; o conhecimento pelo juiz do orçamento e da política pública já existente para o setor; a reunião de processos similares; o diálogo entre os diversos juízes competentes objetivando decisões mais equilibradas; uma diversa atuação em segundo grau e o cumprimento da sentença, o qual pode ser progressivo, sempre em contato com a Administração.

Outro ponto importante nesse documento é a coletivização das ações individuais, que resguarda o princípio da igualdade e permite a universalização da política.

Calmon de Passos já dizia que a estabilidade da sociedade exige sejam postos parâmetros para resolução dos conflitos, “cumprindo ao Direito formalizar modelos decisórios, como expectativas a serem compartilhadas pelos integrantes do grupo, funcionando, também, como limite ao arbítrio do decisor.”³⁰⁷

A partir do momento em que o Estado e todo o seu aparato que serve de amparo aos direitos fundamentais não demonstrarem capacidade de garantir uma vida digna à sua população, é momento, portanto, de repensar a sua própria razão de ser e existir.

³⁰⁶ O inteiro teor da proposta do Anteprojeto de Lei “controle jurisdicional de políticas públicas” encontra-se disponível em: <<http://direitoprocessual.org.br/content/view/143>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

³⁰⁷ CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 142.

6 CONCLUSÕES

De tudo que restou explanado, conclui-se o seguinte:

1. O Poder Judiciário, como poder político que é, tem a obrigação e o compromisso ético de analisar as causas que envolvam ofensa a quaisquer direitos fundamentais;
2. As políticas públicas são os instrumentos necessários para a concretização dos direitos fundamentais;
3. Não havendo o pronto atendimento das metas ditadas pela Constituição, tanto por omissão do Poder Legislativo, quanto por não existir a implementação de políticas públicas ou também pela má aplicação dos recursos públicos, o Poder Judiciário tem a legitimidade para intervir, desde que provocado em juízo, para fazer o controle jurídico desses atos e omissões, em prol da concretização dos direitos fundamentais;
4. A Constituição brasileira revela-se uma Carta social, dirigente e aberta ao futuro. Observou-se a sua importância como instrumento de virada hermenêutica, já que propiciou a efetividade dos direitos fundamentais em grau máximo, na medida em que determinou aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, aqui se incluindo os direitos sociais de saúde;
5. A aplicabilidade imediata, acrescida de uma interpretação principiológica da Constituição, induz a uma força vinculante do texto constitucional;
6. Os direitos fundamentais exercem diferentes funções na realidade jurídica, aí se delineando as suas dimensões, relacionando-os à teoria dos quatro *status* de Jellinek, além da compreensão na dupla perspectiva subjetivo-objetiva desses direitos;
7. A Constituição de 1988 trouxe marcos na concepção dos direitos sociais, elevando-os, como os demais direitos fundamentais, ao patamar das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da Constituição), formando o núcleo material intangível da Constituição;
8. Embora as normas envolvendo o direito à saúde tenham também necessidade de junção política, ponderou-se que a força imanente aos direitos fundamentais tem o condão de tornar normas programáticas em efetivas, de modo que as promessas constitucionais tornem-se, na verdade, verdadeiros direitos, não podendo os argumentos técnicos fraudar a legítima expectativa depositada no texto constitucional;

9. A ideia de acesso à justiça vai muito além do seu significado literal, implicando não apenas o acesso ao Judiciário, em si, mas também o direito a um processo adequado e tempestivo;

10. Reconheceu-se também que o acesso à justiça, em que pese ainda não ser pleno, tem alcançado a sua finalidade, que é promover um novo desenho na separação dos poderes, e, com isso, traçar uma nova moldura na construção de políticas públicas, tornando as decisões judiciais verdadeiros parâmetros para o agir político nos lindes constitucionais;

11. O juiz não é mais a simples boca da lei, e sim o intérprete que vai possibilitar que a Constituição não se torne inoperante nessa realidade instável em que a sociedade vive. A solução mais adequada para o caso fica a depender de uma fundamentação adequada;

12. O processo de interpretação da Constituição não deve ser técnico e o debate sobre a impossibilidade de um comportamento criativo dos juízes constitucionais, em consequência de sua falta de mandato popular, mostra-se ultrapassado, com afronta direta ao princípio do acesso à justiça;

13. O ativismo judicial ou protagonismo judicial é um modo especial de interpretar a Constituição, desvelando o seu significado, com uma maior interferência na esfera de atuação dos demais Poderes da República;

14. A saúde é um direito fundamental, resultante da longa evolução no campo do discurso jurídico dos direitos humanos, ligado ao princípio da dignidade humana, com o reconhecimento de sua aplicabilidade e eficácia imediata, *ex vi* do art. 5º, parágrafo 1º da CF/88;

15. Tem-se visto no Brasil um movimento crescente de judicialização do direito à saúde, referindo-se principalmente a pleitos de atendimento médico, medicamentos e de procedimentos diagnósticos, além de várias ações ajuizadas por usuários de seguro e planos de saúde;

16. Com essa judicialização, verificou-se uma crescente transferência de poder para juízes e tribunais, que, com as suas decisões sobre essas questões, têm-se presenciado alterações importantes na linguagem, na argumentação e na maneira de participação da sociedade;

17. Conquanto não seja judicialmente exigível que se esgote a via administrativa, deve-se estimular a tentativa de prévia solução administrativa do caso, a fim de evitar lides desnecessárias, inclusive utilizando-se dos meios alternativos de solução de controvérsias, como a mediação e a arbitragem;

18. A dignidade humana é princípio primordial, estruturado e dirigente, com concretização através das demais normas que compõem o sistema e rotula como inconstitucionais as regras e condutas que com ele não se unem. Não se trata de um princípio absoluto, sujeitando-se a ponderações no caso concreto;

19. O princípio imanente da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser haurido do texto constitucional;

20. Trata-se o mínimo existencial de um arcabouço básico de direitos considerados necessários e imprescindíveis para o ser humano viver dignamente;

21. Viu-se que a vedação ao retrocesso tem possibilidade de ser sindicada judicialmente, porquanto tal dever impede o legislador ou o poder regulamentador derrogar ou mitigar o nível dos direitos de segunda dimensão de que usufruem os cidadãos. Esse princípio não tem valor absoluto, devendo ser observada a ponderação de bens no caso *sub judice*;

22. A “reserva do possível” é inevitavelmente um limite de fato, com inúmeras necessidades humanas não satisfeitas por conta da escassez dos recursos. Porém não pode ser considerado um empecilho jurídico absoluto à apreciação judicial de um conteúdo mínimo dos direitos sociais, uma vez que o atendimento destes tem predominância em relação a outros gastos do Estado;

23. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade servem de parâmetros para limitar a intervenção do juiz em políticas públicas, uma vez que almejam o justo equilíbrio entre os meios utilizados e os fins a serem alcançados, preservando os valores constitucionais;

24. Há relação estreita entre a teoria dos princípios, o critério da ponderação e o princípio da proporcionalidade;

25. A transição do Estado liberal para o Estado social resultou em grande alteração na concepção da teoria da separação de poderes, onde o Estado assume compromisso de realização social;

26. Uma doutrina separacionista, que proclama uma divisão absoluta e não flexível das funções, certamente não alcançará o cumprimento dos fins do Estado e não se coaduna com o Estado Constitucional Social e Democrático de Direito;

27. O princípio da separação de poderes não pode servir de invocação para não se efetivar os direitos fundamentais sociais, uma vez que o Judiciário age exclusivamente através da jurisdição, não invadindo a competência dos demais Poderes, delineada na Constituição;

28. Cerrar as portas da via judiciária às questões de grande impacto social, como o direito à saúde, por exemplo, com fundamento de que é matéria insindicável, é mesmo que

negar a força normativa e dirigente do texto constitucional, aspecto tão relevante ao constitucionalismo hodierno;

29. O orçamento serve de instrumento para que se afirme a igualdade, a liberdade e a garantia de concretização dos direitos fundamentais. Não tem caráter absoluto, podendo sofrer alterações, com cautela e transparência, com vistas a não mitigar a legitimidade dessa peça orçamentária;

30. Quaisquer instrumentos processuais, com previsão ou não no texto constitucional, são meios legítimos para o controle judicial das políticas públicas de saúde, tais como as ações do controle concentrado de constitucionalidade, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, o mandado de injunção, as ações ordinárias e cautelares e a ação civil pública;

31. O sistema judiciário, a despeito dos esforços dos órgãos constituídos e competentes, não vem acompanhando as mudanças sociais, com a presteza e efetividade que o país espera;

32. Ficou claro que não cabe ao Judiciário dar soluções prontas, acabadas, devendo construí-las em conjunto com os demais Poderes públicos e os representantes da sociedade, em um espaço racional e democrático, obrigando a todos que se efetive a solução encontrada.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki. **Las reglas en serio**. La Normatividad del Derecho. Barcelona: Gedisa Edidorial, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha** – Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

ATRIA, Fernando. El derecho y la contingencia de lo político. **Revista Doxa**, n. 26, 2003.

_____. **¿Existen Derechos Sociales? Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales**, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, n. 4, p. 99-144. Disponível em: <<http://213.0.4.19/FichaObra.html?Ref=15573>> Acesso em: 25 jan. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Controle Social, Informação e Estado Federal: a Interpretação das Competências Político-administrativas Comuns. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 46, p. 49-54, nov./dez., 2007.

_____. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, nº 4, jan.-fev., 2009, OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

_____. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. v. III, 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOAS, Marcos de Aguiar Villas. A Interpretação, a Aplicação e a Argumentação Jurídica. **Metodologia da pesquisa em direito da UFBA**, Salvador, v. II.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portal CNJ**. Decisões Judiciais sobre saúde aumentaram em 6% no último ano. Publicado em 20 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/15118:decisoes-judiciais-s>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

_____. **Recomendação nº36 de 12 de julho de 2011**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/15073-recomendacao-n-36>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

_____. **Sistema criado pelo TJBA para demandas de saúde já recebeu mais de 150 atendimentos**. Publicado em 04 abr. 2011. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13898-sistema-criado-pelo-tjba-para-demandas-de-saude-ja-recebeu-mais-de-150-atendimentos>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125/2010, de 29.11.2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Portal da Saúde SUS**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/area/313/legislacao.html>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 03 jan. 2013.

_____. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 04 jan. 2013.

_____. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 06 jan. 2013.

_____. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 25 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 796255/RS**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13/11/2006.

_____. **REsp 124.236**, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJU04/05/1998.

_____. **REsp 771.537/RJ**, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3/10/2005.

_____. **REsp 775.567/RS**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 17/10/2005.

_____. **REsp 959.395/RS**, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJ 24/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3768**, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJE 25/10/2007.

_____. **ADPF 45 MC**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 04/05/2004.

_____. **Ag. RE 271.286**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 24/11/2000.

_____. **AI 462.563/RS**, Rel. Ministro Carlos Veloso, DJ 02/02/2005.

_____. **AI 532.687/MG**, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 13/04/2005.

_____. **AI 583.136**, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJE 24/11/2008.

_____. **Audiência pública no STF – Saúde**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2013.

_____. **HC 106.435/SP**, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 24/05/2011.

_____. **Informativo do STF n. 345, de 26 a 30 de abril de 2004**.

_____. **Informativo do STF n. 515, de 11 a 15 de agosto de 2008**.

_____. **Informativo do STF n. 531, de 1 a 5 de dezembro de 2008**.

_____. **RE. n. 158.655-9/PA** –Rel. Ministro Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 02/05/1997.

_____. **RE 393.175/RS**, Rel. Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02/02/2007.

_____. **RE 436.996-6/SP – AgRg**, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 07/11/2005.

_____. **RTJ, 171/326-327**, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ 07/11/2005.

_____. **SL 256/TO**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe-076, 30/04/2010.

_____. **SS 2998/RN**, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 12/12/2006.

_____. **SS 3989/PI**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe-066, 15/04/2010.

_____. **STA 175 AgR**, voto do Ministro Celso de Melo, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-076, 29/04/2010.

_____. **STA 283/PR**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe-066, 15/04/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. **Agravo Regimental não provido nº 2600520128030000 AP/TJAP**, Relator: Desembargador Carmo Antônio, Tribunal Pleno, DJE n.º 63, de 09/04/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AG 1997.01.00.050034-5**, Quarta Turma, Relatora Juíza Eliana Calmon, DJU 12.03.1998.

BRAUNER, Arcênio. O Ativismo Judicial e sua Relevância na Tutela da Vida. In: Fellet, André Luiz Fernandes. PAULA, Daniel Giotti de. NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O Conceito de Política Pública em Direito. In: **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. revista e atualizada. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____.; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

_____. O Acesso à Justiça como Aparato e Programa de Reformas e Método de Pensamento. In: ZANETI JR, Hermes (org). **Teoria geral do processo civil constitucionalizado**. Vitória: Heliograf Ltda, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, v. 4, n. 2, p. 15-31, jul., 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Fundamentos jurídicos da incidência.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 691, p. 41, maio/1993.

CNBB. **Manual da Campanha da Fraternidade 2012.** Brasília: Edições CNBB, 2011.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Fundamento dos Direitos Humanos. In MARCÍLIO, Maria Luiza e outro (Coord.). **Cultura dos direitos humanos.** São Paulo: LTr, 1998.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n. 5, jan./jun., 2010, p. 23-38.

_____. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Método, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** 7. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2012.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTADOS UNIDOS. **Pacto internacional dos direitos sociais e econômicos.** Nova York, EUA, 19 dez. 1966. Disponível em:
<<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>> Acesso: em 04 jan. 2013.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías:** la ley del más débil. 3. ed. Madrid: Editorial Trota, 2002.

_____. **Direito e razão:** teoria do garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Távora e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1990.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, FR, 10 dez. de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 03 jan. 2013.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: RT, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais:** a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. Procedimento Jurídico do Estado Intervencionista. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 7, p. 19-32, 1975.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 30, p. 8-30, maio-jun., 2009.

_____. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Madrid: Ediciones Catedra, 1994.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direitos subjetivos**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why Liberty depends on Taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

HUMENHUK, Hewerstton. O Direito à Saúde no Brasil e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 227, p. 33, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

_____. **Qu`est-ce que les Lumières?** Paris: Flammarion, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?:** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL JUNIOR, João Carlos; SHIMAMURA, Emilim. Sobre Procedimentalismo e Substancialismo na Promoção de Políticas Públicas na Área da Saúde. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 12-22, jan./mar., 2011.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquemático**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça:** condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. **Saúde:** um direito fundamental social individual. Disponível em: <<http://fernandomanica.com.br/wp-content/uploads/2010/08/Sa%C3%BAde-um-direito-fundamental-social-individual.pdf>> Acesso em: 04 jan. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil:** teoria geral do processo. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ives Gandra. Lei Positiva e Lei Natural. **Caderno de Direito Natural**, Pará, n. 1, p. 27, 1985.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 25. ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. “Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social”. **Revista de Direito Público**, n. 57-58, p. 235, 1981.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões.” **Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Saúde: Direito, Dever ou Valor? **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 25-29, jul./set., 2010.

MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, v. 9, n. 30, 1998, p. 23-34.

_____. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

MITIDIERO, Daniel Francisco. “Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual): uma Resposta a Guilherme Rizzo Amaral”. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Genesis, 2004, n. 34, p. 690.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 304, out./dez., 1988, p. 151-155.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ORGANIZACION PANAMERICANA DE SALUD. **La salud pública en las Américas**. Washington: OPS, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos do Governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A Efetivação de Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Judiciário: Cabimento e Limites. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: n. 108, mar., 2012, p. 89-10.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Tratado de direito privado**. v. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONTES FILHO, Valmir. **O controle das políticas públicas: cadernos de soluções constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira da. A Eficácia do Direito à Saúde como Condição para uma Existência Digna. Limites e Possibilidades à Luz do Sentimento Constitucional Fraternal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2174, 14 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12985/a-eficacia-do-direito-a-saude-como-condicao-para-uma-existencia-digna/1>> Acesso em: 05 jan. 2013.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. “O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais”. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 16, p. 42, 1996.

_____. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, ano 1, n. 4, out./dez., São Paulo, Notadez, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-constitucional Necessária e Possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, ano I, n. 1, p. 171-231, out./dez., 2007.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-jurídicos. In: ARRUDA, Paula (Coord.). **Direitos humanos**: questões em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Ubiquidade Constitucional: os Dois Lados da Moeda. In: SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Deonísio da. **De onde vêm as palavras**. Origens e curiosidades da língua portuguesa. 14. ed. São Paulo: A Girafa, 2004.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 125-145, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVEIRA NETO, Antonio. Limites da Tutela Antecipada em face dos Direitos Humanos. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, v. 29, n. 3, p. 35-54, maio 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

_____. **Sentença civil imotivada**: caracterização da Sentença Civil Imotivada no Direito Brasileiro. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Dois de Julho, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direitos Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**: direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho**. 7. ed. México: Editorial Porrúa, 1977.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang, et al. **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set., 1989.

_____. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 42, jul./set., 1990, p. 69-70.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford and New York: Oxford University Press, 1999.

_____. Legislation and the Rule of Law. **Legisprudence**, v. 1, n. 1, Jan., 2007.

_____. **The dignity of legislation**. Londres: Cambridge University Press, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.