

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

**SÃO PAULO-SP
2013**

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

**O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada como exigência
para obtenção do Título de Mestre em
Direito ao Programa de Pós-Graduação da
Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Orientadora: Profa. Dra. Samantha Ribeiro
Meyer-Pflug

**SÃO PAULO
2013**

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA GARANTIA
DO DIREITO À SAUDE

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

Data da aprovação ____/____/____

Banca examinadora

Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Orientadora

Uninove

Prof. Dr. Newton de Lucca

USP/Uninove

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto

Universidade Presbiteriana Mackenzie

São Paulo-SP
2013

Dedico este trabalho àquele que me salvou
e redimiu: Jesus Cristo!

Aos meus familiares pelo apoio
incondicional. Papai e Mamãe: valeu! Em
especial à minha esposa Dayane pelo
carinho, compreensão, amizade,
companheirismo e suporte em oração.
Obrigado Pequena!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Professora Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, minha orientadora, pelos ensinamentos em sala de aula e sobretudo, por compartilhar sua experiência, vivência e amizade. Eternamente grato!

Ainda, meu agradecimento a Professora Dra. Mônica Bonetti Couto, não apenas pelo dom de ensinar, mas também pela amizade e oportunidade que um dia me proporcionou.

Aos amigos, companheiros de luta no programa de mestrado. Obrigado a todos sem exceção!

A todos os professores e funcionários da Universidade Nove de Julho pela competência e simpatia que fizeram menos árdua nossa caminhada.

**Ora, se alguém de vós tem falta de
sabedoria, peça-a a Deus, que a todos dá
liberalmente, e não censura, e ser-lhe-á
dada.**

Tiago 1:5

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, contempla um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, sendo denominada de “Constituição Cidadã”. Os direitos sociais possuem um capítulo próprio e o direito à saúde, constitui-se um direito de todos e um dever do Estado e da sociedade. Ao tratar do direito à saúde no âmbito constitucional, possibilita o Texto Constitucional que eventual violação ou restrição a esse direito seja apreciada pelo Poder Judiciário. Trata-se da judicialização da política. Nesse sentido, analisa-se o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, precipuamente, do Supremo Tribunal Federal na efetivação do direito à saúde, tendo em vista suas recentes decisões que exigem do Poder Público a formulação e concretização de políticas públicas na área da saúde. Trata-se do fenômeno denominado de ativismo judicial. Nesse contexto, examina-se com acuidade em que medida o Poder Judiciário, especialmente, o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para adentrar no mérito das políticas públicas do Estado para dar maior efetividade ao direito à saúde. De igual modo, analisa-se se essa nova postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal não violaria a separação dos poderes constitucionalmente assegurada.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política; políticas públicas; ativismo judicial.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution contemplates a large list of fundamental rights and guarantees, being named "Citizen Constitution ". Social rights have its own chapter and the right to health constitutes a right of all and a duty of the state and society. When dealing with the right to health within the constitutional framework, enables the constitutional text that any violation or restriction of this right is enjoyed by the judiciary. This is the legalization of politics. Accordingly, we analyze the role played by the judiciary ones, mostly, the Supreme Court in the realization of the right to health , in light of their recent decisions requiring the Government to the formulation and implementation of public policies in health care . This is the phenomenon called judicial activism. In this context , we examine accurately the extent to which the judiciary , especially the Supreme Court is entitled to enter the merits of the public policy of the State to give greater effectiveness to the right to health . Similarly examines whether this new stance adopted by the Supreme Court does not violate the separation of powers constitutionally guaranteed.

KEYWORDS: Legalization of policy, public policy, judicial activism.

Sumário

<i>RESUMO</i>	<i>7</i>
<i>INTRODUÇÃO</i>	<i>10</i>
<i>CAPÍTULO 1 – A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO</i>	<i>13</i>
<i>1.1 – A Força Normativa da Constituição.....</i>	<i>24</i>
<i>1.2 – As cláusulas gerais constitucionais</i>	<i>29</i>
<i>1.3 – A força dos princípios constitucionais.....</i>	<i>37</i>
<i>CAPÍTULO 2 – O DIREITO À SAÚDE.....</i>	<i>47</i>
<i>2.1 – A dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais.....</i>	<i>47</i>
<i>2.2 – Os direitos sociais.....</i>	<i>53</i>
<i>2.3 – O direito à saúde na Constituição de 1988</i>	<i>65</i>
<i>2.4 – O direito à saúde enquanto direito subjetivo.....</i>	<i>74</i>
<i>CAPÍTULO 3 – O ATIVISMO JUDICIAL.....</i>	<i>78</i>
<i>3.1 – O ativismo judicial nos Estados Unidos</i>	<i>78</i>
<i>3.2 – O Ativismo judicial na Alemanha</i>	<i>80</i>
<i>3.3 – O ativismo judicial no Brasil</i>	<i>81</i>
<i>CAPÍTULO 4 – O DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</i>	<i>85</i>
<i>4.1 – O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.....</i>	<i>85</i>
<i>4.2 – A separação dos poderes</i>	<i>89</i>
<i>4.3 – Da efetividade do direito à saúde</i>	<i>95</i>
<i>4.4 – O Supremo Tribunal Federal e as políticas públicas de saúde.....</i>	<i>101</i>
<i>CONCLUSÃO</i>	<i>111</i>
<i>REFERÊNCIAS.....</i>	<i>115</i>

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, além de representar a volta da democracia no País, contempla um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, sendo denominada de “Constituição Cidadã”. Os direitos sociais possuem um capítulo próprio e o direito à saúde constitui-se um direito de todos e um dever do Estado e da sociedade.

O texto constitucional ao contemplar o direito à saúde como um direito fundamental expressamente previsto, acabou por permitir que qualquer cidadão que se sinta lesado por eventual violação ou restrição desse direito ingresse com uma ação no Poder Judiciário.

O direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão ou geração, ou seja, são direitos que suscitam ações positivas do Estado, que implicam na necessidade do Estado em investir em políticas públicas para que eles sejam alcançados. Em outras palavras, o ente estatal deve criar todas as condições necessárias para que o indivíduo possa fruir desse direito, como por exemplo, criar hospitais, contratar médicos, enfermeiras e comprar medicamentos.

Referida matéria tem um nítido caráter político, pois demanda do Estado a necessidade de formulação e execução de políticas públicas, que implicam na existência de recursos orçamentários para tanto. Constata-se, a existência no ordenamento jurídico pátrio de um processo de judicialização das mais diversas questões da vida em sociedade, o que reforça o vínculo existente entre Política e Direito.

Essa relação é mais visível no Texto Constitucional, que além de ser uma norma jurídica, trata de matéria política sendo considerado como estatuto jurídico político.

A judicialização implica em uma transferência de poder para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e, principalmente, no modo de participação da sociedade. Trata-se de um fenômeno identificável em várias das democracias atuais, e decorrente, na grande maioria das vezes, do próprio texto Constitucional.

O cidadão, como afirmado anteriormente, ao ingressar com uma ação no Poder Judiciário por violação ao direito à saúde, pleiteia um resultado rápido e eficaz, consistente na obtenção das condições necessárias para fruir desse direito.

De outra parte, o Poder Judiciário ao apreciar essa matéria, tinha uma jurisprudência bastante conservadora, consistente na aplicação da “teoria da reserva do economicamente possível”, consistente no reconhecimento do direito do autor, mas condicionando o seu exercício aos limites orçamentários do Estado.

No entanto, após a “Reforma do Poder Judiciário” (Emenda à Constituição n. 45/04) o Poder Judiciário, precipuamente, o Supremo Tribunal Federal alterou a sua jurisprudência na matéria e passou a adotar a “teoria do mínimo existencial”. Ela consiste no fato de que o Estado não pode negar as condições mínimas necessárias para o indivíduo se desenvolver. Passou então o Poder Judiciário a adentrar no mérito das políticas públicas para conferir efetividade ao direito à saúde. Essa atuação do Poder Judiciário tem sido denominada de “ativismo judicial”, e deve ser examinada em toda a sua abrangência.

Em síntese, a questão que se discute nessa matéria é, primeiramente, a legitimidade do Poder em questão para adentrar em matéria de política pública do Estado, e também, os limites de sua atuação dentro de um Estado Democrático de Direito, e em face do princípio da separação dos poderes.

Objetiva-se, inicialmente, demonstrar o novo paradigma de efetividade do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, pautado no Pós Positivismo ou Neoconstitucionalismo.

Tem-se por finalidade, igualmente, analisar a sua legitimidade para adentrar no mérito das políticas públicas estatais em matéria de direito à saúde. De igual modo, objetiva-se observar os motivos que levaram a alteração recente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao excluir a aplicação da “teoria da reserva do economicamente possível” e adotar a “teoria do mínimo existencial” em matéria de saúde.

Essa postura mais ativa do Poder Judiciário em dar maior efetividade ao direito à saúde, também deve ser examinada à luz do princípio da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito, para verificar se essa conduta se coaduna com esses princípios constitucionais.

O método de abordagem adotado no desenvolvimento da pesquisa é o indutivo, em uma perspectiva histórica, crítica e comparativa.

Realiza-se uma pesquisa bibliográfica sobre a legislação existente em matéria de saúde, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante às políticas públicas de direito à saúde, no período de 1988 a 2011.

Em um primeiro momento, é feita uma delimitação teórico-bibliográfica do tema objeto da pesquisa, identificando-se as referências bibliográficas que, servem como marco teórico da pesquisa. Depois é realizado um mapeamento do Estado da arte, objeto da pesquisa sob o ponto de vista da produção bibliográfica existente.

Constata-se que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do advento da Emenda à Constituição n° 45/04, o Poder Judiciário passou a adotar uma postura mais ativa no tocante à proteção e efetividade dos direitos sociais, principalmente, do direito à saúde.

Isso representou uma alteração significativa na sua jurisprudência que, durante anos, aplicava a “teoria da reserva do economicamente possível” em matéria de direito à saúde. Passou, o Poder Judiciário, adotar uma nova teoria, qual seja a do “mínimo existencial”, consistente no fato de que o Estado não pode se furtar do dever de oferecer as condições mínimas, para que o indivíduo se desenvolva sem sua plenitude como, saúde, educação, alimentação e moradia.

Essa nova postura, no entanto, acaba por adentrar em matéria política, qual seja, no exame dos critérios adotados pelo Estado para levar a efeito políticas públicas. Passa-se, em suas decisões, a conferir a fruição imediata desses direitos ao indivíduo, na maioria das vezes, formulando ele próprio políticas públicas.

Tal circunstância pode levar a uma violação do princípio da separação dos poderes, pois, em um Estado Democrático de Direito a formulação e execução de políticas públicas cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Em síntese, cumpre analisar com acuidade se, a atuação do Poder Judiciário, se mostra legítima e em conformidade com os ditames constitucionais ao conferir efetividade aos direitos sociais.

CAPÍTULO 1 – A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A judicialização da política, por si só, suscita debates e provoca acalorados posicionamentos doutrinários por muitas vezes recheados de ideologias que, se desviam do cerne do debate jurídico.

Portanto, para se alcançar este mister, utilizar-se-á alguns questionamentos que serão de extrema importância para o desenvolvimento do capítulo.

Desta forma, pergunta-se: o que se entende por judicialização da política? Como conceituar tal manifestação? Por que se vincula necessariamente com o Supremo Tribunal Federal? Os ministros do Supremo Tribunal Federal agem de forma coerente ou querem implantar uma ditadura do Poder Judiciário no Brasil?

Inicialmente observa-se que o tema suscita opiniões desprovidas de caráter científico, mas dotadas de forte caráter pessoal e ideológico. Esclarece Patrícia Carvalho Ribeiro quando afirma que:

Essa última expressão foi introduzida por Tate e Vallinder nos EUA, em 1995, quando passou a compor o repertório da Ciência Social e do Direito. Esses autores definiram, em linhas gerais, a judicialização da política como os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. É um fenômeno que ocorre em escala mundial a partir da combinação das tradições constitucionais e dos arranjos políticos de cada país. Os autores ressaltam que a judicialização da política ocorre em sistemas democráticos e requer um Poder Judiciário forte.¹

Da simples leitura da citação supracitada observa-se que, a judicialização da política ocorre em sistemas democráticos e em face de um Poder Judiciário forte. Mas

¹ RIBEIRO, Patrícia Carvalho. *Judicialização da Política – Estudos de casos*. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5828/judicializacao_politica_ribeiro.pdf?sequence=1. Acesso em 07/07/2013.

porque em um Poder Judiciário forte? Porque sua independência garante a efetivação dos preceitos constitucionais.

Nem sempre foi assim. A sociedade brasileira viveu momentos de exceção durante os duros anos da ditadura militar (1964-1985), conhecida também como anos de chumbo. Durante esse período os direitos e garantias individuais foram suspensos por meio da edição dos Atos Institucionais oriundos do governo militar.

Na contramão do que ocorria no mundo, principalmente na Europa nos anos pós-segunda guerra, principalmente após meados da década de 1960, o Brasil enfrentou momento histórico que veio em rota de colisão com o reconhecimento dos direitos inerentes ao ser humano. Enquanto que na maioria dos países ocidentais ocorriam as declarações relacionadas à proteção da dignidade humana, suas garantias e direitos fundamentais, aqui encontrava-se sob a égide do regime militar.

Todavia, a partir da abertura democrática no País e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma nova era no direito nacional, pois inúmeros direitos e garantias passaram a ser garantidos ao cidadão expressamente no texto Constitucional. Dentre esses direitos, pode-se destacar principalmente a preocupação em assegurar os direitos e garantias individuais que foram esquecidos e renegados durante o período do regime militar. No entanto, cumpre registrar que a Constituição de 1988 assegurou os Direitos Fundamentais em todas as suas dimensões, quais sejam: a liberdade, igualdade e fraternidade.

Contudo, tendo em vista a preocupação com possível volta de um regime de exceção e a constante preocupação de garantir os direitos fundamentais, verifica-se que foi incluída no corpo da Carta Magna uma série de direitos que poderiam ter sido tratados por leis infraconstitucionais. Nota-se que o momento histórico forçou tal situação.

A ânsia pela abertura democrática e a tentativa de recuperar, ao menos no que tange a proteção às liberdades constitucionais (vide que o Brasil naquele momento encontrava-se atrasado em relação aos países ocidentais) fez com que o legislador originário elencasse no bojo constitucional direitos relacionados à política e ao social. Esses foram tratados, em determinadas situações como normas programáticas, gerando uma obrigação futura do poder público no que diz respeito a sua implantação e efetivação.

Tanto é que, observa-se da transcrição abaixo que a declaração da Constituição de 1988 possuía teor claramente programático, ou seja, visava sua

efetividade no futuro. O Deputado Ulisses Guimarães, Presidente da Assembleia Constituinte, em seu inflamado discurso declara:

Declaro promulgada! O documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil! Que Deus nos ajude para que isso se cumpra! Com esta frase, proferida em 5 de outubro de 1988, o deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil. ²

O texto constitucional de 1988 encontra-se repleto de matérias políticas, o que acaba por deixar sua efetividade a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, tem-se que a efetivação das normas constitucionais não ocorreu e não ocorre na sua totalidade.

O artigo 6º e 7º da Constituição Federal trata dos Direitos Sociais. Trazem direitos e garantias aos cidadãos no tocante à saúde, educação, moradia, lazer, dentre outros. Contudo, para que haja real efetivo cumprimento dos direitos esculpidos nos artigos acima citados, necessário é que o Poder Público institua políticas públicas no sentido de dar cumprimento a estes ditames. Há verdadeira necessidade de atitudes positivas por parte do Estado para que haja as devidas concretizações e consequentemente, o respeito à Lei Maior.

Destarte, ainda que a efetivação dos direitos sociais contidos na Constituição de 1988 demandem políticas públicas por parte do Estado para serem implementados, tem-se que eles constam expressamente do texto constitucional e assim sendo, são direitos e garantias dos cidadãos brasileiros e devem ser assegurados. Nesse contexto, questiona-se: não há nenhum movimento por parte dos Poderes Legislativo e Executivo com vistas a sua concretização?

Na prática, verifica-se que os direitos sociais carecem de políticas públicas para serem efetivados. As poucas políticas existentes são insuficientes para atender as demandas existentes. Mas, em se tratando de direitos fundamentais, o cidadão brasileiro, legitimamente, em face da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo e no afã de buscar seus direitos, recorre ao Poder Judiciário para ver a sua concretude.

² Trecho extraído do Jornal do Senado – *Especial Constituição – 20 anos*. Disponível em http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/Encarte_constitui%C3%A7%C3%A3o_20_anos.pdf. Acesso em 16/06/2013.

Nesse contexto, urge definir o que vem a ser judicialização da política. Preleciona Ernani Rodrigues que a “judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição”.³

A judicialização da política, além de encontrar-se diante da politização da Carta Magna, enfrenta outra situação, qual seja a provocação de um terceiro para a concretização dos valores políticos contidos na Constituição. E como já dito, se estão presentes na Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal é competente para fazer valer o respeito deste conteúdo. Importante ressaltar que o Artigo 102 da Carta determina ao *Pretório Excelso* a incumbência de guardião da Constituição, tendo como missão a sua proteção e efetivação de seus preceitos.

O motivo que leva o cidadão a buscar a providência do Poder Judiciário reside no despreparo e descrédito dos demais poderes. Ainda, por estarem tais direitos previstos na Constituição, cumulado ao fato de o Supremo Tribunal Federal ser o guardião da mesma, a Corte Suprema é chamada para se manifestar e proferir julgamento. Preleciona Antoine Garapon:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.⁴

Nitidamente, reforçando o entendimento, a judicialização da política e a busca da sociedade na efetivação de seus direitos se dão propriamente pela extensão do texto Constitucional. Assim assevera Carlos Bastide Horbach quando diz: “que a Constituição de 1988 é muito abrangente, dispõe sobre tudo, muito já se falou.”⁵

³ CARVALHO, Ernani Rodrigues. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. “Ver. Sociol. Polít.” [online]. Nov. 2004, nº 23, p. 127.

⁴ GUARAPON, Antonie. *O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Editora Renavam, 1999. p. 48.

⁵ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Coord. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291-302.

Certo de que temas políticos estão presentes na Carta Magna, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem o dever de proteger e garantir esses direitos, daí o surgimento da denominada “judicialização da política”. O Poder Judiciário está cada vez mais provocado a se manifestar sobre estes temas, sendo sua obrigatoriedade trazer uma decisão para o que lhe foi proposto.

Entretanto, o tema encontra bastante resistência na doutrina enfrentando inúmeras críticas. Estas decorrem principalmente da possibilidade de se violar a tripartição dos poderes, bem como do surgimento do chamado ativismo judicial. Conforme Daniel Giotti de Paula:

As políticas públicas, com efeito, passam a ser repartidas, desproporcionalmente, entre o Judiciário e os demais Poderes e é este o elemento primordial a ser analisado pela doutrina. Ainda que sobre a perspectiva econômica, o problema que se coloca, aqui é o de legitimação, passando pela possibilidade de os custos do financiamento das despesas serem impostos, a toda sociedade, de forma contramajoritária, ou seja, sem que os contribuintes, atuais ou futuros, tenham concordado com isso.⁶

As críticas se concentram na suposta falta de legitimidade que o Poder Judiciário possui para determinar a imposição de políticas públicas e efetivação de direitos fundamentais.

A constitucionalização do direito e a judicialização da política são conceitos distintos, embora semelhantes. Nesse sentido, relevante se faz conceituar o que vem a ser constitucionalização, tendo em vista que apesar de semelhantes esses dois conceitos não devem ser confundidos.

A constitucionalização do direito surge através de outro fenômeno, qual seja o Neoconstitucionalismo. Sua diferenciação no tocante à judicialização da política se faz necessária não apenas para evitar confusões conceituais, mas acima de tudo, enriquecer o debate e os estudos, e poder, com a maior pontualidade possível, retirar dessa diferenciação as peculiaridades de cada construção conceitual. Para que se possa entender, ainda que sucintamente o que representa o Neoconstitucionalismo, importante tratar do processo de evolução do que hoje é denominado Estado Democrático de Direito.

⁶ DE PAULA, Daniel Giotti. *Uma leitura crítica entre ativismo e Judicialização da Política*. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 27.

Interessante notar que sua origem confunde-se, referencialmente ao momento histórico e fenomenológico, com o próprio aparecimento das cartas constitucionais modernas.

Podemos considerar que a primeira constituição escrita se deu no ano de 1215, na questão da revolta dos Lordes contra o Rei João Sem Terra, ainda que seu bojo tivesse tratamento quase que exclusivamente tributário. Contudo, ainda que se tratasse do constitucionalismo antigo, foi um marco na proteção de alguns direitos.⁷

Os proprietários de terras Bretanhas do Século XII, no anseio pela busca por respeito de seus direitos mínimos, relacionados mais precisamente à liberdade, a propriedade e a proibição ao autoritarismo no tocante ao recolhimento de tributos, lutaram pela declaração destes direitos com caráter formal por parte do governante.

Na oportunidade, o Rei João Sem Terra, ainda que relutante, assina a Magna Carta instituindo estes direitos com a finalidade de unir os Lordes, fortalecendo assim o reino.

Contudo, o momento de maior relevância para a formação do Estado de Direito, se deu na Revolução Francesa, com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade e, sobretudo com a instituição da separação dos poderes e a defesa dos direitos individuais. Nota-se que, nos últimos cinco séculos, o desenvolvimento da forma de estruturação estatal, preservação de direitos e coibições ao poder do governante serve para desenvolver o que hoje entende-se por Estado Democrático de Direito.⁸

Porém, o início do surgimento histórico do Estado Constitucional de Direito, se dá com o surgimento do Estado Pré-Moderno, que segundo Luis Roberto Barroso, o Estado Pré Moderno, anterior à consagração da legalidade, “caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jus naturalista e sua fundamentação.”⁹

⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32: Nota: “Um dos marcos simbólicos da história constitucional, a Magna Charta foi, originalmente, um documento que resguardava os direitos feudais dos Barões, relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosa. A amplitude de seus termos, todavia, permitiu que, ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades públicas.”

⁸ Sobre o tema v. Luigi Ferrajoli, *Passado y futuro del Estado de Derecho*, In Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003 e Gustavo Zagrebelsky, *El derecho Ductil: , Ley derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 266.

Nesta época, não havia centralização do direito no ordenamento positivado. Várias eram as fontes como, por exemplo, os conselhos dos pensadores e juristas, as ordenações do Rei ou Imperador. Tamanha gama de fontes normativas deixava a desejar no que se refere a segurança jurídica abrindo campos contrários de interpretação.

Em um segundo momento, nasceu o Estado Legislativo de Direito, sendo que: “por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal de produção jurídica e sobre o princípio da legalidade.”¹⁰

Esta fase, também denominada de positivismo, trouxe a concentração de produção jurídica na questão estrita da lei escrita ou positivada. O que fugisse do que a lei determinava, era considerado ilegal. Dessa forma engessou a interpretação legal, devendo o magistrado usar de critérios lógicos de subsunção de lei, sendo considerada a criação ou extensão interpretativa fora dos padrões do positivismo.¹¹ Por fim, nasce o Estado Constitucional de Direito. Luís Roberto Barroso define este momento nos seguintes termos:

O Estado Constitucional de Direito desenvolveu-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais, se reconhece a imperatividade típica do Direito.¹²

E ainda discorre sobre os efeitos que essa nova fase acarretou às Ciências Jurídicas:

Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhe determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.¹³

Nota-se que nesta nova fase do Estado Constitucional ou de Direito, a lei infraconstitucional, está intimamente ligada aos preceitos e mandamentos da carta magna.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto *op. cit.* p. 266.

¹¹ Para melhor compreensão do tema v. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

¹² BARROSO, Luís Roberto *op. cit.* p. 266.

¹³ BARROSO, Luís Roberto *op. cit.* p. 266-267.

Fala-se, portanto, em vinculação criativa e interpretativa aos mandamentos e princípios da Constituição.

Há uma religação do direito com a moral. A análise dos princípios constitucionais fundamenta decisões, influencia a doutrina e nos traz uma nova realidade hermenêutica no país. Passa a coexistir, no mesmo ordenamento, o positivismo e os valores, e princípios, sendo que a questão axiológica tem fundamental importância na atividade dos tribunais. Transcreve-se esse fenômeno utilizando os ensinamentos de Ricardo Lobos Torres:

De uns trinta anos pra cá, assiste-se o retorno aos valores como caminho para a superação do positivismo. A partir de que se convencionou chamar de “virada Kantiana” (Kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico.
14

Desta forma, após o período histórico que compreende o fim da segunda grande guerra, a humanidade ainda chocada com as atrocidades deste imenso confronto bélico, busca a religação do direito com a moral. No Brasil, este fenômeno se dá com a promulgação da Constituição de 1988, na qual em seu texto, além da politização do direito, o legislador constituinte optou por incluir cláusulas abertas, deixando a cargo dos julgadores a interpretação pertinente, principalmente fundamentando nos valores e princípios constitucionais. Assim afirma Daniel Sarmento:

Nasce desta forma, e no nosso caso, no Brasil o neoconstitucionalismo, que segundo Daniel Sarmento nos remete a questões humanistas e valorativas: Por outro lado, o neoconstitucionalismo alenta um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação pela via jurídica, através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional.¹⁵

Os direitos fundamentais alcançam *status* outrora jamais imaginado nessa nova fase sendo considerados a base da estrutura lógica e de coerência das Constituições. Segundo Daniel Sarmento:

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

¹⁵ SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011, p 84.

Trata-se, portanto, de uma teoria otimista – ou naïve, diriam os seus críticos – que também não se compadece com o desencanto pós-moderno, profundamente descrente em relação à razão. Enquanto os pós-modernos criticam as “metanarrativas”, e buscam desconstruir as elaborações abstratas sobre as quais se fundou o Direito moderno – direitos humanos, liberdade, igualdade etc – os neoconstitucionalistas insistem no aprofundamento do projeto político da Modernidade, de emancipação pelo uso da razão, através dos instrumentos do Direito Constitucional, sobretudo os direitos fundamentais.¹⁶

E possuindo os princípios a importância que hoje possuem, passam a influenciar o ordenamento jurídico pátrio. E por representarem as Constituições modernas, instrumentos que possuem carga valorativa em alta densidade e lembrando ainda que, representam o topo da pirâmide do ordenamento jurídico, estes valores passam então a influenciar a legislação infraconstitucional.

Mas o que seria então a constitucionalização do direito? Nesse sentido elucidada Luís Roberto Barroso:

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando.¹⁷

A constitucionalização do direito pode ser representada como o triunfo do Direito Constitucional em relação aos outros ramos do Direito. Os princípios contidos na carta magna influenciam o processo legislativo e também a interpretação judicial.

Os princípios constitucionais influenciam os outros ramos do direito, formando um efeito cascata, passando a valer também no âmbito dos outros Poderes e até na relação entre os particulares. Luís Roberto Barroso assevera:

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p.85.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 06/07/ 2013.

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações inclusive com os particulares.¹⁸

Tanto é que seus preceitos não devem ser desrespeitados, pois a Constituição, estando no topo, é a lei maior de um Estado. Influencia todos os ramos do direito até temas pequenos, conforme ensina Barroso:

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.¹⁹

Tem-se, pois, que a constitucionalização do direito é o fenômeno que faz com que os princípios e valores da Constituição influenciem todo o sistema normativo infraconstitucional. A influência de princípios constitucionais que ultrapassam o Direito Constitucional e atinge outros ramos do direito. A Carta Magna passa a ter a supremacia sobre os demais ramos e, desta forma, trazendo compatibilidade e unicidade ao ordenamento jurídico.

A Supremacia Constitucional traz a ideia de uma lei superior que possui força tamanha que vincula seus valores no tocante ao controle de validade de normas abaixo de sua hierarquia. Cristianne Rozicki nos mostra que:

A Constituição Consiste a lei superior que rege a vida e existência de necessária, ante toda a legislação ordinária e cuja força valorativa subordina

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, jul./dez. 2006.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, jul./dez. 2006.

necessariamente toda legislação ordinária, ou melhor, toda a legislação infraconstitucional, às suas disposições.²⁰

A Constituição é a norma suprema de validade fazendo que todo o sistema normativo se vincule aos seus preceitos e respeite seus mandamentos. Assim explica André Ramos Tavares:

A noção de uma Constituição como fundamento último de validade jurídica, à qual deverão todas as demais normas do ordenamento jurídico conformar-se, apresenta supina importância na noção de controle da constitucionalidade das leis, realizado pelo Poder Judiciário.²¹

Pertinente, por fim, mais uma vez, o pensamento de Luís Roberto Barroso:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.²²

Necessário se faz então compreender que judicialização da política, advém da busca do Poder Judiciário pela sociedade para ver satisfeitos os direitos constitucionalmente consagrados pois ainda que, matérias de cunho político constam expressamente do texto constitucional.

Já a Constitucionalização do Direito representa a supremacia da Constituição sobre matéria infraconstitucional. É a influência de seus princípios sobre o ordenamento jurídico, mais precisamente no que tange à produção legislativa e à hermenêutica judicial.

Em síntese tem-se que os dois fenômenos supramencionados, quais sejam: a judicialização da política e a constitucionalização do direito, ainda que não se confundem, cooperam com seus fundamentos para que haja a concretização da Constituição Federal de 1988.

²⁰ ROZICKI, Cristianne. *Supremacia da Vontade Popular e Alterações ao Texto da Constituição da República*. Caderno Goiano de Doutrina, Goiânia, 06/03/1999. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/010601/2a032.htm>>. Acesso em: 08/07/2013.

²¹ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1998, p. 56.

²² BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, jul./dez. 2006.

Esses dois fenômenos são as molas propulsoras para o ativismo judicial no Brasil, o que doravante será analisado.

1.1 – A Força Normativa da Constituição

Entende-se por Força Normativa da Constituição, o fenômeno no qual possibilita a aplicação direta das normas constitucionais sem a necessidade de regulamentação legislativa ou atuação do Poder Executivo.

Importante se faz analisar a concepção desse fenômeno na visão de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse.²³ Apesar de terem vivido em épocas diferentes, contribuíram de forma sucessiva no desenvolvimento da força normativa da constituição.

A força normativa pressupõe que a Constituição não seja mais considerada como uma mera Carta de Interesses, não possuidora de efetividade e que apenas, mostra os rumos ao qual o legislador e administrador público devem seguir.

Konrad Hesse em sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, no ano de 1959, mostra ao mundo seu pensamento. Ferdinand Lassalle em conferência em Berlim, no ano de 1862, discorre sobre a essência da Constituição e inova ao pensar sobre a ideia de constituição diferenciando-a, sobretudo, em duas acepções distintas. Para Ferdinand Lassalle, existem dois modos de se externar uma Constituição: a Real e a Jurídica. Contudo, para o autor, questões constitucionais não são questões jurídicas e sim políticas, pois a Constituição de um país expressa os poderes e suas relações ali dominantes como o poder militar, social, econômica e intelectual.²⁴

Desta forma, a constituição real é aquela que espelha os poderes de um estado e a necessidade de seu povo. Para que haja concretude, a constituição deve estar respaldada na realidade fática e não constar texto escrito que contenha apenas suposições. Chamou esta de constituição jurídica.²⁵

²³ Cf. LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002 e HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

²⁴ Cf. LASSALLE, Ferdinand..*op. cit.*

²⁵ Cf. LASSALLE, Ferdinand. *op. cit.*

Contudo, Ferdinand Lassalle afirma que se uma constituição jurídica não corresponder a constituição real, ainda que estiver vigente, não alcançará sua eficácia concreta. Afirma ainda que quando a constituição de um país é em essência a soma dos fatores reais de poder que o regem, considera-se esta a constituição real e efetiva. Se a constituição escrita não se coadunar com os fatores reais de poder não passará de uma folha de papel.

Segundo sua concepção, se não houver a devida junção entre o real e o texto escrito, a constituição não terá validade alguma. Continua afirmando que:

Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles, atentará contra a lei e será castigado.²⁶

Temos então que para Ferdinand Lassalle uma constituição jurídica, que nesse caso representa-se de forma escrita só logra efeitos, concretude e favor à sociedade quando corresponder a constituição real, ou seja, quando refletir os elementos efetivos do poder. Assim, resume que “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder”²⁷

Passados alguns anos, com o intuito de contrapor o posicionamento de Lassalle, o autor Konrad Hesse firma as bases de sua teoria que denomina de Força Normativa da Constituição.

Ainda que Konrad Hesse não faça uma contestação ao fato de que a constituição jurídica, para que alcance efetividade, deva-se reportar aos ditames da constituição real, o autor modifica as bases dessa junção, afirmando não somente que apenas o poder deve subjugar a constituição escrita.²⁸

Se sustentasse a teoria de Ferdinand Lassalle, estaria por negar toda a história do constitucionalismo, a força das conquistas do passado. Assim, a constituição jurídica não teria nenhuma validade na busca de transformar uma sociedade em um cenário jamais justo e sim na função de legitimar os poderes daqueles que os detém.

²⁶ LASSALLE, Ferdinand. *op. cit.* p. 37.

²⁷ LASSALLE, Ferdinand. *op.cit.* p. 68.

²⁸ Cf. HESSE, Konrad, *op. cit.*

Assim, a teoria da força normativa da Constituição vem fundada no fato de que não só a influência dos poderes políticos e sociais tem condão de efetivar a Constituição. Outros fatores cooperam para tanto, quais sejam: O condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica, e por fim, os pressupostos de eficácia da Constituição.²⁹

No tocante ao condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, alguns aspectos devem ser considerados. Não podemos falar em uma análise apenas de um ponto isolado, mas também, na sua reciprocidade.

Uma situação não exclui a outra. Deve-se considerar que a validade jurídica sem a realidade político-social não gera a eficácia necessária para a constituição. E por outro lado, apenas a realidade político-social, sem a validade jurídica, poderia acarretar a legitimação do uso do poder por aqueles que o dominam. Em sua teoria, Konrad Hesse elucida tal entendimento quando afirma que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face de sua realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais.³⁰

Continua ainda o autor a desenvolver seu pensamento acerca da validade da norma jurídica que neste caso é a norma constitucional:

A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de se ver, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrão axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.³¹

Temos que elencar que as forças que condicionam a efetividade da constituição, que podemos denominar de realidade e normatividade, são diferentes e

²⁹ Cf. HESSE, Konrad, *op. cit.*

³⁰ HESSE, Konrad, *op. cit.* p. 14-15.

³¹ HESSE, Konrad, *op. cit.* p. 14-15.

ocupam seu espaço próprio. Contudo, para a concretude da força normativa, estas forças jamais poderão agir separadamente, buscando a interação destes fatores.

Somente uma constituição que represente a história e os anseios de um determinado Estado obtém o êxito em seu desenvolvimento. A Constituição não deve inovar e sim espelhar a realidade de determinado estado. Assim assevera Konrad Hesse:

Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade. Não se trata, à evidência, de revelação nova. Ela permanece uma obviedade para a Teoria o Estado do Constitucionalismo, para a qual uma separação entre a Constituição jurídica e o Todo da realidade estatal ainda se afigure estranha.³²

A Constituição não pode apenas se ater à adaptação da realidade, trazendo esta vontade para seu texto, há também, a necessidade de impor tarefas para que seja concretizada no futuro. Se houver a concretização das tarefas nela contida, certamente haverá a concretização de sua força normativa.

E para que haja a concretização destas tarefas, a Constituição deve ser incluída na consciência geral do Estado como fonte de regramento do Estado e de que a ordem democrática só subsistirá partir de que todos entendam a real necessidade de respeito à Carta. Assim nos ensina Konrad Hesse:

Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade do poder (Wille zur macht), mas também a vontade da constituição (Wille zur Verfassung).³³

Encontra-se aqui o ponto de dissonância de Konrad Hesse em relação à Ferdinand Lassalle. Enquanto este acreditava ser a Constituição apenas um pedaço de papel e que apenas a realidade poderia exercer força normativa, aquele fincou sua teoria na base de que a Constituição deveria sim espelhar os poderes da realidade. Contudo, este mesmo documento devera traçar tarefas que devem ser respeitadas. E este respeito advém da consciência de que a Constituição é a lei maior. É o respeito à vontade da Constituição.

E a vontade da Constituição reside em três fatores: a compreensão de que uma ordem constitucional deve ser considerada inquebrável para evitar os arbítrios do poder;

³² HESSE, Konrad, *op. cit* p.16.

³³ HESSE, Konrad, *op. cit.* p. 19.

que esta ordem constitucional é uma ordem legitimada e que a constituição não será eficaz sem o concurso da vontade humana.

Percebe-se que, ao buscar a força normativa, devem-se comungar dois fatores especiais: a relação da carta com a realidade e a vontade dos poderes de respeitar as tarefas contidas no texto constitucional.

Portanto, dois pressupostos devem existir para cooperar com a busca da força normativa no que se refere ao conteúdo da Constituição e da *práxis* constitucional.

Sobre o conteúdo da Constituição, Konrad Hesse afirma que “quanto mais o conteúdo de uma Constituição logra corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento da força normativa.”³⁴

Mas a força normativa não é alcançada apenas com o conteúdo, mas também com a *práxis* no desenvolvimento da já mencionada vontade da constituição. Ainda afirma Konrad Hesse:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada de vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é considerada fundamental, considerada global ou singularmente.³⁵

Quanto maior for a *práxis*, o que podemos denominar de prática, vontade de fazer valer o que eu está escrito, chegar-se-á à força normativa da Constituição. E não só, quanto maior a representação da realidade corroborará no alcance deste efeito. É certo que “quanto mais intensa for a vontade da Constituição, menos significativas hão de ser suas restrições e os limites impostos à Força Normativa da Constituição.”³⁶

Destarte, de certo é que não se deve separar a Constituição real (realidade) da Constituição jurídica (texto Constitucional). A Constituição não será apenas um pedaço de papel (conforme afirmou Ferdinand Lassalle) se houver a junção da realidade com os ditames do texto Constitucional.

Deve-se levar em consideração que a vontade da constituição é legítima e representa as vontades dos poderes e as vontades populares. É necessário entender que,

³⁴ HESSE, Konrad, *op. cit.* p. 20.

³⁵ HESSE, Konrad, *op. cit.* p. 21.

³⁶ HESSE, Konrad, *op. cit.* p. 24.

se espelhada na realidade de um Estado, a Constituição possuirá vontade, cabendo a todos, indistintamente, respeitar esta vontade, concretizando seus mandamentos e assim, vislumbrar a Força Normativa da Constituição.

1.2 – As cláusulas gerais constitucionais

Finda a análise da Força Normativa da Constituição, percebe-se que os textos constitucionais contemporâneos possuem caráter normativo e que também os fatores que colaboram para a busca desta condição, passaram a considerar outras situações presentes no texto constitucional, ou seja, além de uma postura normativa, existe também uma nova forma de se proceder a sua interpretação.

Passa-se então a tratar das cláusulas gerais. Estas, já de antemão, corroboram com a busca da vontade da Constituição por representarem mecanismos que trazem ao interprete a possibilidade de resolver casos concretos difíceis, os denominados *hard cases*. Nem sempre a própria norma resolve todos os casos que se apresentam na vida em sociedade.

A mera subsunção da norma ao fato, ainda que reservada seu papel na hermenêutica jurídica não é totalmente eficiente para delimitar as soluções de casos que, por vezes, a lógica jurídica não permite um desfecho suficiente.

O processo tradicional de interpretação constitucional, ainda que referente à legislação infraconstitucional no sistema de controle de constitucionalidade, para sua melhor compreensão e inteligência, elencou alguns princípios que além de preservar a força normativa da Constituição como lei maior do sistema jurídico, trouxe ainda unicidade a este mesmo sistema.

Pode-se então citar os princípios da Supremacia, da Presunção de Constitucionalidade, da Interpretação conforme a Constituição, da Unidade, da Proporcionalidade e da Efetividade, sendo estes considerados como instrumentais para a tradicional interpretação constitucional.³⁷

³⁷ Sobre o tema ver LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006 e BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

Passa-se agora a analisar os princípios interpretativos constitucionais assim designados por grande parte da doutrina, dentre eles, Konrad Hesse,³⁸ José Joaquim Gomes Canotilho³⁹ e Willis Santiago Guerra Filho.⁴⁰ São eles: o da unidade da Constituição, efeito integrador, máxima efetividade, conformidade funcional ou justeza, harmonização e da força normativa da Constituição. Nota-se que estes princípios instrumentais não se encontram expressamente contidos no texto constitucional, porém são vislumbrados no contexto, servindo como base para o intérprete na solução de casos concretos. São condições para se levar a efeito a interpretação da Constituição, sem as quais essa atividade restaria vazia de conteúdo.

Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da supremacia é o *status* alcançado pela Constituição em relação à legislação inferior. Com a sua promulgação pelo Poder Constituinte,⁴¹ a soberania popular se transfere para a carta Política, se tornando então a vontade do povo.

Com este feito a Constituição se coloca no topo do ordenamento jurídico. Toda lei infraconstitucional não poderá ser compatível com a Constituição se houver disparidades, acarretando a invalidade ou inconstitucionalidade destas normas inferiores. Assim, traz-se um sentido a todo o ordenamento jurídico vigente.

Já no tocante à Presunção de Constitucionalidade, afirma-se que toda lei infraconstitucional por participar do processo democrático de elaboração legislativa já se encontra alinhada com os ditames constitucionais.

A Constitucionalidade de leis e atos normativos é presumível. Desta forma, por óbvio, não se pode presumir a inconstitucionalidade, até porque, pela separação dos poderes, entende-se que as leis nascem com o pressuposto de validade, tendo o Poder Judiciário o dever mínimo de intervenção e controle.

Se acaso houver inconstitucionalidade, a mesma deverá ser reclamada por outros intérpretes, no caso o cidadão ou as instituições. Contudo, deverá ser provada por

³⁸ HESSE, Konrad. *op. cit.*, p. 45-48.

³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 232-235.

⁴⁰ Note-se que Willis Santiago elenca os seguintes princípios constitucionais em sua obra: unidade da constituição, efeito integrador, máxima efetividade, força normativa da constituição, conformidade funcional, interpretação conforme a Constituição e concordância prática ou harmonização. *In Processo Constitucional e Direito Fundamentais*, São Paulo: RCS, 2007, p.59- 61.

⁴¹ Segundo Pedro Lenza, Poder Constituinte “é o poder de elaborar ou atualizar uma Constituição, através da supressão, modificação ou acréscimo de normas constitucionais”. *In LENZA, Pedro. op. cit.*, p. 50.

quem a alegou. A presunção faz entender que a inconstitucionalidade só deverá ser declarada se evidente, flagrante e bem demonstrada.

Continuando a explanação sobre os princípios constitucionais instrumentais fala-se da interpretação conforme a Constituição. Este princípio nos remete a uma ideia de proteção às leis e atos normativos que se apresentam, de certa forma, contrários ao texto constitucional. Por meio deste princípio, o intérprete tem o condão de interpretar a lei da forma que mais se compatibilizar com os ditames Constitucionais.

Este princípio não representa apenas um método de interpretação mas também, um tipo de controle constitucional. Como método de interpretação, o intérprete deverá encontrar a solução que mais se amolda com os preceitos e ditames contidos na Carta Magna. Em caso de mais de uma possibilidade interpretativa, deverá escolher a que mais se relaciona aos valores e preceitos constitucionais.

Já no que se refere ao princípio da Interpretação, conforme a constituição como tipo de controle constitucional, vê-se que se traz o contrário do que representa o método de interpretação. O intérprete, ou no caso o Tribunal Constitucional, declara uma lei inconstitucional quando a mesma se encontra incompatível com o texto. Contudo, em uma segunda oportunidade, poderá declarar constitucional lei em razão de uma interpretação mais favorável à Carta Constitucional.

Na visão de José Joaquim Gomes Canotilho, a interpretação conforme à Constituição só se tem por legítima quando a norma comporta o que ele denomina de um espaço de decisão, no qual são admitidas uma pluralidade de interpretações.⁴²

O princípio da Unidade traz à tona uma problemática que se depara o intérprete quando falamos em choque de normas e preceitos constitucionais. Diferentemente da legislação infraconstitucional que ao encontrar incompatibilidade entre si, utiliza os critérios da hierarquia, especialização e cronológico, a Constituição, por sua peculiaridade, não permite a utilização destes métodos.

As normas constitucionais, em regra, possuem a mesma ordem cronológica de promulgação, o mesmo nível hierárquico e a mesma especificidade. Desta forma, o interprete, em caso de conflito, deverá harmonizar esta relação, trazendo a unidade do

⁴² Gomes Canotilho ensina que: “a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (espaço de interpretação) em que são admissíveis várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela.” in CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p.236.

corpo constitucional, não declarando uma norma constitucional revogada e sim, sopesar os valores contidos naquelas regras e princípios.

Ainda, o princípio da Proporcionalidade, geralmente ligado ao Direito Administrativo, traz a possibilidade ao intérprete juiz de invalidar atos do Poder Público que, em razão de sua discricionariedade, exceda os limites do ponderado, não respeitando a necessidade da sociedade e agindo principalmente em desacordo com o princípio administrativo da moralidade.

Já o princípio da Efetividade determina que o interprete constitucional busque a máxima realização do direito no plano real, fazendo prevalecer o respeito aos seus valores por todos da sociedade.

O interprete da constituição tem o dever de trazer, sempre que possível, por meio de sua interpretação para o mundo dos fatos, a vontade que está contida no texto constitucional.

Contudo, estes princípios não se aplicam exclusivamente à interpretação constitucional. Eles também podem e devem ser utilizados no processo de elaboração das leis e atos normativos, bem como na aplicação das mesmas nos casos concretos.

Desta forma, o intérprete conquistou na hermenêutica constitucional discricionariedade que vai de encontro com a necessidade representada no amoldamento das cláusulas gerais aos fatos concretos. Ainda que os princípios instrumentais da interpretação constitucional por si só valessem neste processo, muitas questões poderiam ser deixadas de lado no tocante à proteção constitucional visto a amplitude de possibilidades de cobertura, daí a importância destas cláusulas. Assim, busca-se uma maior incidência de proteção pelo texto constitucional.

A lei não reserva a possibilidade de regular todos os pormenores que a realidade fática impõe. A sociedade está em constante desenvolvimento e mutação, e nem sempre as leis conseguem acompanhar essas alterações da sociedade. Desta forma Barbosa Moreira afirma que:

Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que

descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.⁴³

E não encontrando possibilidade da lei pormenorizar todas as situações fáticas encontradas no mundo, vê-se na cláusula geral a oportunidade de alcançar o máximo de possibilidades no que atine a proteção constitucional e a subjunção de suas normas aos fatos concretos.

Mas então, no que consiste a cláusula geral? Em síntese, pode-se entender que estes tipos de clausula são do tipo “abertas”, proporcionando ao intérprete a junção dos preceitos constitucionais com a realidade fática. Elas são mais abstratas e genéricas que as normas comuns. Em razão da carência de conteúdo que estas cláusulas possuem, poderão as mesmas ser utilizadas como valores e aplicadas na formação judicante da norma em relação ao caso prático. Assim nos explica, André Pinto da Rocha Osório Godinho:

Deve-se entender por cláusula geral um tipo especial de norma jurídica que, por sua natureza, encontra-se carecida de preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado com valorações provenientes de seu aplicador, ou seja, a cláusula geral não fornece critérios necessários para a sua concreção, podendo estes, fundamentalmente, serem determinados apenas com a consideração do caso concreto. A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas “standing points” ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto.⁴⁴

Assim pode-se dizer que as cláusulas gerais venceram a ideia imposta pelo positivismo, que em regra vinculava a letra da lei ao fato concreto. Miguel Reale comenta sobre a disposição da generalidade das normas:

Na ciência jurídica do século passado e das primeiras décadas do atual, prevalecia a tese de que as regras ou normas jurídicas deveriam ter sempre a característica da “generalidade”, como, por exemplo, as das leis ou dos regulamentos.⁴⁵

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 62.

⁴⁴ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: v. 2, jan-mar. 2000, p. 05.

⁴⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 137.

É relevante trazer à baila o fato de que as cláusulas gerais se externam de dois modos na constituição: a primeira na forma de conceitos jurídicos indeterminados e a segunda na forma de princípios. Os princípios se distinguem dos conceitos jurídicos indeterminados na medida que veiculam valores.

O termo cláusula geral é gênero, sendo que suas espécies se subdividem, como dito alhures, em conceitos jurídicos indeterminados e princípios, os quais serão tratados a seguir.

Conceito jurídico indeterminado é a expressão aberta e vaga que será devidamente preenchida pelo intérprete ao passo que princípio tem valor axiológico que serve principalmente para embasar decisões e interpretações. Desta forma, pode-se dizer:

A rigor, a expressão cláusula geral designa o gênero, do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Conceito jurídico indeterminado identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma ideia de valor, um conteúdo axiológico. Por esta razão, calamidade pública é um conceito jurídico indeterminado; solidariedade é um princípio.⁴⁶

Vale frisar que estes tipos de normas (conceitos jurídicos indeterminados) são intencionalmente criadas com este teor vago, para que haja por parte do intérprete o preenchimento destes espaços buscando assim a vontade da constituição. Por outro lado, temos nos princípios, que são diretrizes traçadas, um mecanismo interpretativo com o fim de preencher os espaços vagos deixados pelo primeiro e principalmente unificar a interpretação em todo o sistema jurídico vigente.

Como já dito, são nessas hipóteses que se vislumbra efetivamente as cláusulas gerais, independente se forem apresentadas de uma ou de outra forma. São molduras que necessitam para fins de interpretação em casos concretos do preenchimento por parte do artista, que neste momento denomina-se de intérprete. Assim ensina Judith Martins Costa:

Estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “Conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas ao seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza aos seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeira ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *op.cit.* p. 333.

atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.⁴⁷

Como já mencionado acima, as normas gerais proporcionam ao legislador a possibilidade de deixar ao intérprete tratar de pontos que não seriam alcançados caso houvesse a tentativa de normatizar todas as possibilidades que as relações sociais criam no dia a dia.

E para que haja o complemento dessas lacunas que propositalmente foram deixadas, o intérprete necessita buscar nos valores sociais e constitucionais, na vontade da constituição e nos princípios, para efetivar e preencher estas normas abertas. Judith Martins Costas é clara:

Do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas, de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de decisão, vinculada à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta.⁴⁸

Com o fito de que haja maior compreensão do tema aqui desenvolvido, retorna-se ao seguinte raciocínio: as cláusulas gerais representam o gênero enquanto que os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios, as espécies. Esclarece Rodrigo Reis Mazzei que:

Os pontos de diferença e convergência entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados permitem que igual expressão vaga possa funcionar de ambas as formas, ou até mesmo como princípio, dependendo nas duas primeiras hipóteses da delimitação fixada e da função que o conceito vago irá ter. Portanto, a mesma expressão abstrata dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral do direito (v.g. princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g. boa-fé para a aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária – cc. 1.238 e 1.260) ou cláusula geral (boa-fé nos contratos - cc. 422).⁴⁹

⁴⁷ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora RT - Revista dos Tribunais, 1998, p. 04.

⁴⁸ COSTA, Judith Martins. *op.cit.*, p. 32.

⁴⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda e ALVIM; Thereza (Coord). *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83.

Entretanto, vale destacar que os princípios encontram sua peculiaridade na carga axiológica que possuem e na forma de solucionar suas colisões. Convém esclarecer que guardar-se-á ao tópico posterior o momento de uma análise mais aprofundada sobre este tema. Por hora, cumpre conceituar os conceitos jurídicos indeterminados ainda que de forma sucinta, o que se passa a fazer.

Sua razão se encontra diante do processo legislativo. O legislador utilizando desta cláusula geral institui normas que singularizam liquidez em seus conceitos. Isso se dá como mecanismo para evitar (ainda que sabedores da impossibilidade) a tentativa de esvaziar todas as possibilidades de regulamentação em relação aos casos concretos, trazendo à norma um vazio que possibilite o intérprete amoldar seus traços gerais em variadas situações de fato.

Mas também, é de se destacar que o intérprete, mesmo diante da possibilidade de utilizar deste espaço deixado pela norma e exercer a discricionariedade para preencher os espaços vazios, encontra objeções e limites a essa possibilidade, geralmente impostas pelos princípios que sustentam e unificam o sistema jurídico.

Assim, nesta forma e com este intuito, nascem os conceitos jurídicos indeterminados, conceituado por Luís Roberto Barroso:

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por esta razão, socorre-se de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.⁵⁰

As cláusulas gerais possuem suma importância no que se atina à hermenêutica constitucional, permitindo um maior alcance da norma aos fatos concretos que se manifestam e deixando a cargo do intérprete essa junção de normas vagas e questões fáticas que se apresentam. E ao final, para consagrar a importância deste gênero de norma, serve para tanto a transcrição de Judith Martins Costa, que segue:

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 336.

Cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida”, ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu corpo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.⁵¹

Por fim, passará agora a análise detida dos conceitos e funções dos princípios constitucionais.

1.3 – A força dos princípios constitucionais

No tópico anterior foi tratado sobre as cláusulas gerais e sua devida importância. Também foi tratada sobre a existência de uma divisão entre estas cláusulas, que são as os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Ainda naquela oportunidade, fora informado que passaria a estudar os princípios com maior profundidade, o que se passa a fazer.

Vivemos uma época dentro da ciência do direito representada pela superação do positivismo⁵², afirmando sem maiores dificuldades, que valores encontraram seu lugar na ciência do Direito, especialmente no tocante à Hermenêutica. O que parecia improvável na fase de dominação do positivismo jurídico aconteceu: quebrou-se um paradigma havendo a reaproximação dos valores com o direito.

Os valores ganham a forma de princípios e ao constitucionalizá-los, tornaram-se a base e todo o sistema jurídico normativo.

E o trajeto que os valores (podemos chamá-los de princípios) percorreram para que pudessem ser considerados como espécie de normas, possuía inúmeros obstáculos, como o fato de deixarem de serem considerados apenas como programas

⁵¹ COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema de construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da Informação Legislativa*, 135:5, 1998, p.8

⁵² “Ele consiste fundamentalmente na identificação do ‘direito’ com o ‘direito positivo’. Direito natural, princípios de justiça e conceitos semelhantes estão fora do campo da ciência do direito” in MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 24 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 252

contidos no texto constitucional. Assim, trazemos à baila os ensinamentos de Paulo Bonavides quando afirma que:

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente dos anais do constitucionalismo. De princípios gerais, já transformaram, em princípios constitucionais.⁵³

Os valores deixaram de ser chamados de normas programáticas passando a serem denominados de princípios constitucionais. Desta forma, encontraram um novo significado para sua existência, alcançando a importante missão de unificar o sistema normativo.

Depara-se, portanto, frente a um novo paradigma. Este representado no fato dos princípios constitucionais alcançarem caráter normativo, sendo considerado como espécie de norma. Sua importância é tamanha que, passam a ser considerados como a “chave de todo sistema normativo.”⁵⁴

Isso ocorre porque aos princípios é dada a missão de trazer sua integralização com as regras, trazendo por esse encontro o que denominamos de Direito. A função dos princípios é a de unir todo o ordenamento, gravitando as regras em torno de seus valores. Pode-se dizer então que nasce a força normativa dos princípios constitucionais. Assim, traz-se à baila o ensinamento de Lênio Luiz Streck para explicar a questão:

Esse ‘processo’ implica máxima força dos princípios, em que, por vezes, a coerência soçobra diante da integridade, até porque a integridade – que também é um princípio – exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade).⁵⁵

Dá-se uma nova fase no campo do direito, uma nova forma de produção legislativa e interpretação do direito como visto anteriormente. Os valores morais passam

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 268.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 267.

⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229.

a serem cobrados constitucionalmente através de seus princípios. Mudou-se o que se entendia por princípios constitucionais. Para tanto, eis os ensinamentos de Ronald Dworkin:

De repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria ‘progressista’. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas.⁵⁶

O modelo que pautava a validade do direito simplesmente ao fato do mesmo ter passado pelo devido processo legislativo, sucumbiu a esta nova fase de se encarar e ver o direito. Ainda, a interpretação judicial que era vinculada, apenas, à letra fria da lei deixa de ter seu espaço preponderante, perdendo sua força para este novo modelo, especialmente no Direito Constitucional, fazendo com que os princípios passem a ter papel principal nesta peça.

Lênio Luiz Streck afirma que “a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração do direito, porque, através dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático.”⁵⁷

Pode-se afirmar, portanto, que o sistema jurídico brasileiro, sobretudo no que se atina ao Direito Constitucional, constitui-se não só de regras, mas também de princípios. Barroso afirma que:

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.⁵⁸

A Constituição deixou de ser instrumento limitado e apenas definidor dos Poderes do Estado passando a ter maior influência e força. Por outro lado, positivou os valores fundamentais do ser humano e da sociedade, trazendo maior conformidade com

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 112.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. *op. cit.*, p. 272-273.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330.

os ditames de que a Constituição é a representação da vontade popular. Assim ensina Ernst-Wolfgang Böckenförde:

A Constituição já não se limita a fixar os limites do poder do Estado, por meio da liberdade civil, e a organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positividade jurídica dos ‘valores fundamentais’ da ordem da vida em comum.⁵⁹

E para o entendimento do tema, passa-se a conceituar os princípios. Importante lembrar que caso estes princípios forem inclusos no texto constitucional, passam a serem denominados princípios constitucionais. Desta forma, Vezio Crisafulli diz:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direção mais particular (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam pois, estas efetivamente postas, sejam ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.⁶⁰

Nagib Slaibi Filho também corrobora com a conceituação de princípios quando afirma que:

Toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral eu a contém... os princípios estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o consequente.⁶¹

Ainda, para que se possa conceituar os princípios, lança-se o ensinamento de Robert Alexy, onde mostra que “os princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz à possibilidade jurídica, quanto à possibilidade fática, são, nestes termos, mandamentos de otimização.”⁶²

⁵⁹ BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG. *Escrito sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p.40.

⁶⁰ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Giuffrè, 1952, p. 15.

⁶¹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 65-66.

⁶² ALEXY, Robert. CF. MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *OS Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*. In. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 85.

Define-se mandamentos de otimização como a medida determinante, para que ocorra dentro do possível, a realização das possibilidades jurídicas que podem representar uma norma. Ou seja, princípios são para o autor, mandamentos que tendem a potencializar a realização de determinada norma.⁶³

Encontra-se aqui o ponto de diferenciação entre regras e princípios onde não são consideradas apenas diferenças hierárquicas ou de grau. Deve-se sim considerar a diferença entre regras e princípios na questão qualitativa ou valorativa.⁶⁴

Enquanto as regras tendem a solucionar casos fáceis, com a subsunção de seus ordenamentos aos casos concretos, os princípios deparam com uma missão muito mais nobre: otimizar, através de seus preceitos, os valores contidos no ordenamento jurídico, principalmente em questão constitucional, para que haja potencialização axiológico de seus mandamentos na solução de casos difíceis.

Passa-se a tratar sobre a diferença entre regras e princípios. Para tanto, será apresentado nesta oportunidade, alguns autores que buscaram explicar a temática e assim, lograram êxito em suas explicações acerca desta diferenciação.⁶⁵

Contudo, necessário se faz recordar que nem sempre os princípios foram considerados mandamentos com carga valorativa. Para Norberto Bobbio os princípios são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.”⁶⁶

Para o Bobbio, princípios se aproximavam ao conceito de cláusulas gerais quando identifica sua generalidade. Entretanto, não trata o autor sobre a carga de valores que possuem, fato este que fazem dos mesmos mandamentos que potencializam a interpretação jurídica.

Ainda neste sentido, Paulo Bonavides⁶⁷ citando Riccardo Guastini mostra seis concepções sobre os princípios. Importante citar que, assim como Bobbio, o autor não reconhece questões valorativas nos princípios.

Guastini afirma que os princípios exprimem um alto grau de generalidade. Ainda afirma que este tipo de norma possui um alto grau de indeterminação, necessitando

⁶³Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p.90.

⁶⁴Cf. ALEXY, Robert. *op. cit.* p.91.

⁶⁵ Conforme os pensamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, J.J. Gomes Canotilho, entre outros.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2003, p. 81.

⁶⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *op.cit.* p. 266-267.

de interpretação jurisdicional para que seus mandamentos possam se enquadrar nos casos concretos.

Permanece afirmando Guastini que, os princípios possuem caráter programático, sendo diretrizes, as quais os poderes público e legislativo devam caminhar em suas direções.

Afirma ainda que, os princípios possuem hierarquia elevada, sendo superiores no momento de colocados em fase de interpretação. Diz que os princípios, assumem papel de unificador do sistema jurídico, através de seus pilares. Por fim, afirma que princípios são normas dirigidas aos órgãos de interpretação com a finalidade de cooperar na escolha das normas que deverão ser utilizadas nos diferentes casos concretos.

Podemos ainda citar, a doutrina formulada por José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁸, acerca da diferença entre regras e princípios. Para o professor português, cinco critérios distinguem as duas espécies normativas. Citamos inicialmente o grau de abstração, onde princípios possuem grau de abstração elevado, enquanto que as regras, grau de abstração reduzido.

Outro critério elencado por Canotilho é a determinabilidade, pois os princípios são vagos e indeterminados enquanto as regras são sucessíveis de aplicação direta. Cita ainda a fundamentabilidade, onde os princípios tem prevalência sobre as regras no sistema normativo. Também, fala sobre a proximidade da ideia de direito, onde as regras seriam meramente funcionais enquanto que os princípios representam a ideia da Justiça. Por fim, os princípios, segundo Canotilho, são fundamentos das regras onde estas são decorrentes dos ditames contidos naqueles.⁶⁹

Mas em momento algum, é imputados aos princípios, especialmente no tocante às diferenças existentes em relação às regras, o reconhecimento de sua carga de valores. Assim pensavam Bobbio, Canotilho e Guastini, expostos através de seus estudos.

Segue-se a proposta feita por Robert Alexy, contrariando as teorias acima apresentadas ao afirmar sobre a diferença entre regras e princípios. O autor Alemão expõe três pensamentos a este respeito. O primeiro afirma que não há como dividir regras de princípios. Já um segundo pensamento, afirma que estas espécies normativas se diferenciam apenas em questões de grau. Já uma terceira corrente, alega que as regras e

⁶⁸ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *op. cit* p. 1086-1087.

⁶⁹ Ver também SLAIBI FILHO, Nagib. *op.cit.*

princípios se diferenciam não apenas no grau, mas também na questão qualitativa. Este é o pensamento correto segundo o mestre germânico.

Interessante notar que o pensamento de Alexy tem seu ponto de partida nas ideias trazidas por Dworkin. Para o autor norte americano:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁷⁰

O que Dworkin apresenta, é o fato de que regras devem se amoldar necessariamente a um caso, representando a validade ou a invalidade do mesmo. As regras sempre satisfazem ou não o caso concreto.

Por sua vez, Alexy afirma que, princípios se diferem das regras por se tratarem de mandamento de otimização conforme já tratado alhures. A diferença de seu pensamento acerca dos princípios em relação ao de Dworkin necessariamente se encontra no fato de que estes “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”⁷¹

Ainda, pode-se citar como elemento discriminante entre regras e princípios as soluções tomadas no caso de colisão entre estas duas espécies normativas. Humberto Ávila diz que:

Na medida em que os princípios colidentes apenas tem sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia.⁷²

Pois bem, sendo as formas de solução de colisões fatores que distinguem regras e princípios, passa-se a ver a forma de solução de colisão de regras. Já de antemão,

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 39.

⁷¹ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 90.

⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 30.

usa-se as palavras de Luis Prieto Sanchís, que afirma que os critérios tradicionais para a solução são “o hierárquico, segundo o qual lei superior derroga a lei inferior; o cronológico, pelo qual a lei posterior derroga lei anterior; e o da especialidade, que ordena a derrogação da lei geral pela lei especial.”⁷³

Sanchís usa dos critérios tradicionais. Já Dworkin desenvolve sua teoria acerca da solução dos conflitos de regras agregando ao seu pensamento o fato de que não há nas regras considerações em si mesmas para solucionar a colisão: Assim afirmou:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.⁷⁴

Impende considerar que no caso de colisão, a solução do conflito normalmente gera a validade da regra hierarquicamente superior, posterior ou especial. Mas nem sempre isto ocorre. Não podemos ter como absoluto o fato de que a solução do conflito de regras necessariamente encerre na validade de uma delas.

Segundo Ávila,⁷⁵ pode-se em alguns casos utilizar de forma diversa com o fim de solucionar conflitos de regras. Elenca as hipóteses de se utilizar as exceções da regra ou quando tiver que delimitar conceitos jurídicos políticos. Ocorrendo desta maneira não haverá a declaração de invalidade de uma das regras.

Já no que toca aos conflitos de princípios, diferentemente do das regras, nunca se chegará ao ponto de se declarar a invalidade de um deles. Nestes casos, ocorre o que se denomina de ponderação. Assim, Alexy afirma:

Quem efetua ponderação no direito pressupõe que as normas entre as quais é ponderado, tem a estrutura de princípios e que classifica normas como princípios deve chegar em ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.⁷⁶

⁷³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 176.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

⁷⁵ Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.*, p. 44.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 p.64.

A ponderação é o método de solução de colisão que não gera a invalidade de nenhum dos princípios em choque, diferente com que acontece com as regras. “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”⁷⁷, afirma Alexy sendo esta a lei da ponderação.

Desta forma, a ponderação se atina, primeiramente, a análise do não cumprimento ou prejuízo do princípio. Analisa-se, em uma segunda fase, a necessidade de comprovar a importância do princípio que se opõe. Por fim, deve-se analisar se o cumprimento do princípio que se opõe, justifica o sacrifício pelo não cumprimento do outro princípio. Assim se dá, o processo de solução em casos que ocorram choques de princípios, sobretudo os princípios constitucionais.

Vê-se o árido caminho percorrido pelos princípios constitucionais para que alcançassem seu *status* e fossem admitidos como normas. Passou-se a reconhecer, após a positivação dos valores encontrados na sociedade, a força normativa aos princípios. Estes vinculam tanto, o legislador no momento da elaboração legislativa, devendo influenciar este processo com os valores dos princípios, quanto o intérprete que, na sua atuação de hermenêutica, traz os mesmos valores para o caso concreto com o fim de elucidar a demanda que se apresenta. Barroso nos diz:

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou que indicam fins públicos específicos a serem realizados por diferentes meios.⁷⁸

Ronald Dworkin, por sua vez, afirma que os princípios podem ser tratados como regras, externando o efeito de normatização. Estes deixam de ser apenas norteadores do sistema jurídico, passando a ser fator de interpretação e de influência em julgamentos e processos legislativos. O desrespeito aos ditames dos valores dos princípios constitucionais gera a inconstitucionalidade da lei infraconstitucional:

Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, balancing na rationality*. Ratio Juris, v.16, n.2, 2003, p.136

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p.. 334

obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.⁷⁹

Em razão de todos os fatores acima tratados, nota-se que a força dos princípios constitucionais é efeito real e presente no ordenamento jurídico, tendo em vista a importância que alcançaram. Não são mais consideradas apenas diretrizes, mas sim mandamentos que possuem carga valorativa e vinculante. Tanto é, que possuem grau superior em relação às regras quando do momento em que ocorrem colisões.

Os princípios constitucionais passam a possuir força normativa, devendo ser levados à efeito de eficácia pelos intérpretes, utilizando seus preceitos para a solução de *hard cases*. Possuem ainda força para serem requeridos pelo cidadão e não apenas tratado como fator de interpretação.

E com o Neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais influenciam também a legislação infraconstitucional, tanto na interpretação como no processo legislativo, externando assim, o que podemos chamar de a força dos princípios constitucionais.

Pelo exposto no tópico presente, nota-se que os princípios alcançam então uma tripla função. Estas funções se dão visto a força que os mesmos alcançaram no Ordenamento Jurídico.

Segundo Paulo Bonavides⁸⁰, os princípios são fundamentadores de normas, vetores de interpretação e unificador do ordenamento jurídico. Já para Canotilho,⁸¹ os princípios tem função de vetores de valores a serem alcançados pelos interpretes e legisladores, amoldando-se aos novos valores que a sociedade impõe, sendo este processo denominado de mutação silenciosa.

Por estes fatores, pode-se afirmar que, os princípios constitucionais alcançaram força normativa, mudando a forma de interpretar a norma e trazendo uma nova experiência para o Direito Constitucional.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *op. cit.* p. 46-47.

⁸⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 254-255.

⁸¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, p. 1091.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO À SAÚDE

2.1 – A dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais

Para se buscar maior entendimento do capítulo proposto, no qual desenvolverão à *posteriori* tópicos referentes aos Direitos Fundamentais e, mais precisamente, sobre o Direito à Saúde, necessário se faz partir da premissa que embasa, não só a criação história destes, mas também representa o vetor que direciona toda a criação legislativa e interpretativa do já denominado Neoconstitucionalismo que é a Dignidade da Pessoa Humana.

Deve-se rememorar que este valor nasce de questões principalmente religiosas, mais precisamente dentro da cultura ocidental cristã.

Segundo os escritos cristãos, o homem é criado imagem e semelhança de Deus. Nota-se então que toda a grandiosidade referente à divindade criadora é projetada também em sua criação.

Dentro da filosofia cristã pode-se ainda citar a regra do respeito ao seu semelhante e o amor ao próximo. Já a dimensão filosófica, que se socorre muitas das vezes no pensamento religioso, busca explicar a dignidade como sendo a busca pela superação da ideia de que o homem não tem representatividade individual, sendo parte apenas de um todo e que, sua individualidade não tem prevalência sobre as funções e desejos coletivos.

Immanuel Kant tratou em seu pensamento sobre o homem enquanto indivíduo, não podendo ser tratado como coisa, e sim como pessoa, como indivíduo que possui necessidades e desejos. Através de seus estudos, apresenta o imperativo categórico trazendo a ideia de que o homem possui fim em si mesmo.⁸²

Contudo, os valores acerca da natureza humana, só tiveram uma reaproximação com o direito após a Segunda Guerra Mundial. Passada todas as

⁸² Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.

atrocidades contra a humanidade ocorridas durante o conflito, o mundo e seus governantes entenderam que o homem deve ter sua dignidade respeitada.

Assim, na oportunidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi tratado acerca da proteção da dignidade da pessoa humana.⁸³ Através da Declaração Universal e a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, várias constituições ocidentais sofreram a sua influência e também positivaram em seus textos este valor.

A Carta Constitucional Brasileira de 1988 também sofreu esta influência, tanto é que consta em seu artigo 1º, III, que é fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Assim, no ordenamento jurídico pátrio, esta proteção incide tanto na influência de elaboração legislativa quanto nas interpretações judiciais.

Nota-se a influência que a conscientização acerca da necessidade desta proteção alcançou na esfera mundial. Jorge Miranda, dada esta importância afirma:

A consciência universal do valor dos direitos fundamentais ou, pelo menos, de um núcleo essencial de direitos ligados ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana constitui um dos fenômenos políticos e culturais de significado mais profundo do nosso século.⁸⁴

Com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, determinado grupo de direitos passam a garantir este princípio. Este fenômeno foi um dos mais significativos no que se relaciona aos direitos do homem no Séc. XX. E este grupo de direitos, que protegem a dignidade, está intimamente ligado ao que se denomina de mínimo existencial.⁸⁵ Importante frisar que, posteriormente, será tratada sobre esta teoria no Capítulo IV do presente trabalho.

Mas quando se fala em dignidade da pessoa humana, o que pode trazer como conceito? Este se tornou um grande tema nas pesquisas acadêmicas brasileiras, na

⁸³ Nos tópicos posteriores será falado com maior propriedade sobre o tema.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Princípia Editora, 2006. p. 103.

⁸⁵ Nota de informação: A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado de atributos pertinentes à própria condição humana. In FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

tentativa de preencher seu conteúdo por vezes vazio, e assim buscar maior efetividade a este importante princípio, Ingo Wolfgang Sarlet diz que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁸⁶

A dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada com o respeito ao indivíduo no que tange a sua singularidade. É a garantia mínima de resguardo de direitos, tanto pelo Estado, quanto pelo seu semelhante e, de elementos mínimos para o bem estar individual. É a garantia de liberdade, igualdade, paz e desenvolvimento, não podendo ser apenas citados nesta oportunidade ações positivas do Estado, como a efetivação de direitos, mas também, sua atuação de abstenção no tocante a tratamentos que geram situações degradantes em relação ao indivíduo. Alexandre de Moraes corrobora com este pensamento:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.⁸⁷

É salutar afirmar que, a dignidade humana também está intimamente ligada ao desenvolvimento do homem. É o que afirma, além de outros apontamentos, Adilson Pereira de Farias:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88-89.

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 129.

várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual [...] a sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa, no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada, quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.⁸⁸

E como o homem possui fim em si mesmo, nada mais coerente do que o ordenamento jurídico, que tem um de seus fundamentos, a proteção ao indivíduo, se alinhar com o princípio da dignidade da pessoa humana. E neste compasso, os direitos fundamentais, em sua essência, são desdobramentos deste importante princípio. Kildare Gonçalves Carvalho afirma:

A dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados.⁸⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana ganhou este *status*: o de fundamentador de todo o sistema jurídico. Seus preceitos devem ser refletidos em todo o conjunto legal para trazer a unidade a todo o ordenamento e, deste modo, seus preceitos não entrarão em choque com a proteção dos direitos humanos.

Assim, deixou de ser apenas questões reservadas à filosofia e a religião, sendo que após a segunda grande guerra ganhou seu espaço nos textos constitucionais através de sua positivação, influenciando com sua alta carga axiológica, gerando não só a criação, mas também a efetivação dos direitos fundamentais. Assim nos explica, Paulo Bonavides:

A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.⁹⁰

⁸⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 47.

⁸⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231.

A dignidade da pessoa humana passa então a ser considerada como condição fundamental de vida dos indivíduos devendo ser respeitada pelo direito. Seus valores se espalham no ordenamento jurídico e são protegidos pelos direitos fundamentais. Todas as dimensões de direitos se relacionam à proteção da dignidade humana.

Tendo como base a experiência constitucional brasileira e acaso os direitos fundamentais não estivessem positivados em seu bojo, certamente o ordenamento jurídico pátrio estaria virando suas costas para a concretização da proteção da dignidade humana. Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. 91

Não há como negar que o princípio da dignidade da pessoa humana é a base e fundamento de todo o sistema constitucional. Sua importância se externa quando se percebe que, através deste princípio, fora construído todo o pensamento sobre os Direitos Humanos e sua positivação nas constituições ocidentais através dos direitos fundamentais. A questão constitucional brasileira não é diferente.

A dignidade da pessoa humana é vetor axiológico, devendo ser considerado *prima facie* quando de interpretações dos textos legais, constitucionais e no que se refere ao choque de seus princípios.

Também, possui o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo a devida junção com o fenômeno da constitucionalização do direito, um fator de influência na legislação infraconstitucional. Pode-se assim dizer que a dignidade da humana é vetor de “contaminação” dos direitos fundamentais e também das normas que estão hierarquicamente abaixo da *Lex Major*.

E esta “contaminação” se dá por intermédio de seus valores que através de um efeito cascata influencia a criação legislativa e a interpretação das normas em todas as instancias judiciais. Isso se dá pois a nova visão do direito se relaciona intimamente com o bem estar do indivíduo.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, 2007. p. 62.

Vale lembrar ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana também é fator de influência no tocante ao controle de constitucionalidade. Leis que contradizem os valores esculpidos pelo princípio em comento, são consideradas contrárias à Constituição.

Assim, considera-se o Princípio da dignidade da pessoa humana como o principal direito fundamental e como Supraprincípio. É o que se pode extrair do pensamento de Rizzato Nunes quando afirma:

Contudo, no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço de guarida dos direitos individuais. (...) É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. [...] E esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional.⁹²

Conforme se vê, o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos fundamentais em qualquer de suas dimensões. É o princípio maior da Constituição, servindo assim de influência para todo o ordenamento jurídico. Assim nos ensina José Carlos Vieira de Andrade:

O princípio da dignidade humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.⁹³

Seguindo este entendimento, Daniel Sarmento completa quando sustenta que, além de ser o princípio da dignidade da pessoa humana o epicentro axiológico do sistema constitucional, afirma que estes valores irradiam por toda ordem jurídica, senão vejamos:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações

⁹² NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 95, p. 119-135, dez. 2007.

⁹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 102.

de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.⁹⁴

É certo que o princípio da dignidade da pessoa humana possui valor inestimável para o Estado Democrático de Direito. Seus valores são a base da ordem constitucional, irradiando seus preceitos em todo o sistema normativo.

Os valores da dignidade humana influenciam não só as relações estatais mas também, as relações de mercado e civis. O princípio da dignidade humana é o núcleo dos direitos fundamentais em razão de sua colocação como o supraprincípio e pela irradiação constatada no fenômeno do neoconstitucionalismo.

Assim, após este estudo, passa-se a desenvolver sobre os direitos sociais que são direitos fundamentais de segunda geração.

2.2 – Os direitos sociais

Em razão do estudo acerca dos direitos sociais, falará-se-á nesta oportunidade, em primeiro lugar, sobre os direitos fundamentais. Importa dizer que aquela classe de direitos, que doravante serão tratados, englobam a classe dos direitos constitucionalmente consagrados no que tange a segunda dimensão.

Para tanto, inicia o estudo com a construção histórica dos direitos fundamentais, passando por suas dimensões até a conclusão, que tratará do conceitos de direito sociais.

Intrigante e fascinante é o estudo sobre os direitos fundamentais, sobretudo no tocante ao seu processo histórico de criação. Várias formas de se abordar o tema foram propostas por inúmeros estudiosos pois a temática é bastante extensa e divide opiniões, conforme veremos abaixo.

O mestre alemão Klaus Stern destaca três etapas na formação histórica dos direitos fundamentais, quais são: a) uma pré-histórica, que se estende até o Século XVI; b) uma intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59-60.

e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados Americanos⁹⁵.

Notamos que estamos falando de um período medieval, destacando o período das trevas e dominação pelo Estado-Rei, do período denominado Iluminista, com suas ideais de liberdade e por fim, uma fase que inicia o processo de inclusão destes direitos-liberdades, arduamente conquistado pelo homem em documentos políticos e também, as constituições.

Contudo, percebe-se que todo o desenrolar do processo de criação dos direitos fundamentais desemboca em um fenômeno claramente visualizado: a inclusão nas cartas políticas.

Mesmo em se tratando das etapas acima transcritas, impende afirmar, como alhures mencionado, que nos interessa a abordagem firmada de que a evolução dos direitos fundamentais se finda na sua concretização constitucional. Seguindo este entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

Impende considerar ainda, no que tange à abordagem dos direitos fundamentais em sua perspectiva histórica e no que concerne à sua dimensão espacial, que o nosso enfoque se limita ao surgimento do Estado constitucional de matriz europeia e americana, limitando-se, além disso, a alguns aspectos e exemplos pinçados entre o vasto material que se encontra à disposição do estudioso da história dos direitos fundamentais.⁹⁶

A consequência da evolução dos direitos fundamentais termina claramente com sua positivação nas constituições modernas. Até para que sua eficácia fosse externada objetivamente, foi pertinente e necessário que se constasse tais liberdades no ordenamento jurídico.

Mas como já falado acima, para chegar na já afirmada positivação, necessário se fez a caminhada de um longo e árduo processo, recheado de lutas e renúncias, sendo que dentre o desenrolar histórico podemos citar o Bill of Rights e o Habeas Corpus Act,

⁹⁵ STERN, Klaus, Staatsrecht III/I, p 56 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.37.

as declarações protestantes, a Declaração dos Direitos dos povos da Virgínia e, por fim a Revolução Francesa.

Devemos dar, por motivos cronológicos, maior importância para as últimas: a declaração dos direitos dos povos da Virgínia e a Revolução Francesa pelos seus importantes papéis na formação, do que se conhece hoje por direitos fundamentais.

Objetivamente, cabe citar o ensino de Martin Kriele quando afirma que:

De forma sintética e marcante, traduz a relevância de ambas as declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos.⁹⁷

Em razão do processo acima transcrito, estas declarações passam a incorporar ao constitucionalismo, tendo assim os preceitos e direitos fundamentais lugares reservados nas constituições e seus valores passam a ser cobrados e exercidos de forma efetiva.

Antonio E. Pérez Luño nos diz que “a partir de entonces las declaraciones de derechos se incorporan a la historia del constitucionalismo”.⁹⁸

Através da constitucionalização, notamos que a construção dos direitos fundamentais passa por diferentes momentos que podemos denominar de dimensões. Estas dimensões estão, de certo modo, ligadas ao lema da Revolução Francesa, qual seja: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Todo este processo é determinante para que haja a conquista de direitos e garantias em três órbitas, as quais serão tratadas adiante.

A primeira geração dos direitos fundamentais se desenvolveram no sentido de suprir o grande mal que assolava a humanidade: o desrespeito à liberdade. Na Idade Média, e mais precisamente no continente europeu, o homem vivia sobre a égide de um Estado Monárquico Totalitário e assistia, impotente, ao desrespeito de seus direitos de cunho individuais.

⁹⁷ KRIELE, Martin, in: FS fur Scupin, p. 190-191 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *op.cit.*, 2012.

⁹⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Eduardo. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 33.

Desta forma, nascem os direitos fundamentais de primeira dimensão com o intuito de coibir os abusos do Estado em desfavor do indivíduo. São os chamados direitos de liberdade ou civis.

Em seu posicionamento, Luiz Carlos Forghieri Guimarães nos ensina que:

Em outro dizer, são direitos políticos que correspondem ao ideal da liberdade, teriam surgido os direitos civis, de não sermos molestados pelo Estado, direito de termos nossa integridade, nossa propriedade, além da já citada liberdade, a salvo das investidas arbitrárias do Estado.⁹⁹

Ainda nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma:

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerências do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas. Os direitos de defesa vedam interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto constituem normas de competência negativas para poderes públicos. Proíbem que o Estado impeça a ação do indivíduo. E o aspecto do direito ao não impedimento das ações. O Estado estaria jungindo a não estorvar o exercício da liberdade do indivíduo, quer material, quer juridicamente. Desse modo, ao Estado estaria vedado criar censura prévia para manifestação artística, ou proibir a instrução de religiões ou criar pressupostos desmesurados para o exercício de uma profissão.¹⁰⁰

Já no segundo momento, consolidam-se os direitos fundamentais de segunda dimensão, possuindo estes, o fim de trazer igualdade. São direitos que, diferentemente dos primeiros, necessitam de uma atuação positiva do Estado (aqueles demandam omissão do Estado) no cumprimento e entrega de determinados benefícios relacionados principalmente com os direitos sociais.

Para atender ao princípio da igualdade, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão. Podemos considera-los direitos de cunho social, econômicos e culturais, marcando o Estado Social. Luiz Carlos Forghieri Guimarães qualifica esta dimensão de direitos quando afirma que:

São chamados de direitos sociais ou direitos econômicos, sociais e culturais ou ainda direitos a prestação. Foram consagrados mais de um século após os

⁹⁹ GUIMARAES, Luiz Carlos Forghieri. *Direitos Fundamentais e relações desiguais*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2008, p. 33.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 140-141.

movimentos liberais, no florescer do século XX, com a passagem do Estado liberal de direito (marcadamente individualista) para o Estado Social de Direito.¹⁰¹

Nota-se que a diferença da primeira dimensão de direitos fundamentais para a segunda, é a atuação que o Estado deve ter em relação à efetivação dos mesmos. No primeiro momento o Estado dever abster-se de determinadas práticas. Já no segundo momento, agir para que a concretização dos direitos fundamentais seja considerada realidade.

Neste aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet demonstra a necessidade da atuação estatal para a concretização dos direitos de segunda dimensão quando afirma que:

A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar m” direito do bem estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1828 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.¹⁰²

Por fim, dando seguimento deste processo criação, nascem os direitos fundamentais de terceira dimensão, visando a fraternidade, principalmente no que toca à proteção do meio ambiente. Já se pronunciam ainda, acerca das quarta e quinta dimensões de direitos, contudo, pelas suas imprecisões terminológicas e até mesmo no que tange à concretude, não serão mencionados aqui por não fazerem parte do objeto de estudos do presente trabalho.

Por outro lado, os direitos de terceira dimensão podem ser definidos como os direitos relacionados com a coletividade, expressando a solidariedade e fraternidade como suas principais bandeiras. Luiz Carlos Forghieri Guimarães mais uma vez diz:

¹⁰¹ GUIMARAES, Luiz Carlos Forghieri. *op. cit.* p. 35.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 47.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, que são os direitos de solidariedade à fraternidade, não se destinam especificamente proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Ao contrário, tem por destinatário o gênero humano, a coletividade, os chamados interesses difusos de grupos indeterminados ou mesmo determinados de pessoas.¹⁰³

Continua ainda a ensinar que:

O alicerce dos direitos fundamentais de terceira dimensão é o fato de expressar a ideia de direitos de direitos de fraternidade e solidariedade, destina-se, à proteção dos grupos humanos (família, nação, povo) e, logo, pode-se dizer que atende à proteção de titularidade difusa ou coletiva, como o direito ao meio ambiente saudável, direito ao desenvolvimento, direito ao patrimônio público e social, direito à proteção das relações de consumo, direito à paz, a autodeterminação dos povos.¹⁰⁴

E para finalizarmos a definição dos direitos fundamentais de terceira geração, Paulo Bonavides, por sua vez, define o seu alcance quando assevera que:

“estes direitos tem por destinatário o próprio gênero humano e sublinha cinco exemplos de direito de fraternidade, quais sejam: ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito a comunicação”.¹⁰⁵

Insta salientar que alguns autores utilizam a expressão geração de direitos fundamentais enquanto que outros, já usam a terminologia dimensão. É alegado pelos que usam da expressão dimensão que, geração passaria a ideia de que não permaneceria em razão da sucessão da próxima, o que é incompatível com os direitos fundamentais, onde uma dimensão mesmo posterior a outra não tem o condão de deixar de existir a anterior.

Com a análise da formação história dos direitos fundamentais e as suas dimensões, passa-se a conceitua-los, para que a sistemática do trabalho seja devidamente compreendida.

Após encarada a missão de situar o processo histórico da formação dos direitos fundamentais, resta agora, com o intuito de manter a coerência do presente estudo, conceituar o real significado de direitos fundamentais.

¹⁰³ GUIMARAES, Luiz Carlos Forghieri. *op. cit.* p. 46.

¹⁰⁴ GUIMARAES, Luiz Carlos Forghieri. *op. cit.* p. 46.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, 2011. p. 569.

Contudo, é importante levantar a confusão terminológica que, a maioria dos estudiosos do direito promovem, ao relacionar direitos fundamentais e direitos humanos. E para que tais dúvidas e confusões sejam de certa forma solucionadas, passa-se, sucintamente, diferenciar os termos aqui em evidência.

Já de antemão, afirma-se que aqui foi feita a opção por adotar a terminologia “Direitos Fundamentais”, pois esse termo abrange todas as demais espécies de direitos. Neste sentido, a expressão direitos fundamentais é a mais precisa.

Ocorre que, os direitos humanos são construídos através da luta dos povos que se encontravam em situação de afrontamento por tiranias e desrespeitos aos seus direitos. Nasceram de pleitos, por vezes armados, com o intuito de garantir a dignidade de cada um no que refere a sua natureza humana. Assim nos explica Perez Luño:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como um conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, La libertad y igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos humanos se tiende a aludir aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en La mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.¹⁰⁶

Podemos ainda dizer que direitos humanos são direitos valores que incentivam e influenciam com sua carga axiológica, a positivação destes preceitos em constituições escritas. Assim, pode-se apontar a diferenciação destes para os direitos fundamentais, qual seja, a necessidade de positivação.

Considera-se que os direitos humanos servem de inspiração para a positivação dos direitos fundamentais. Então, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados. E tais inspirações de direitos humanos estão condensadas nos tratados internacionais.

Flávia Piovesan chama a atenção para a inspiração dos direitos humanos enquanto tratados internacionais na positivação dos direitos fundamentais, quando afirma que:

¹⁰⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *op. cit.* p 46.

Diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas sim garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos.¹⁰⁷

Nota-se que realmente os direitos humanos representados por seus tratados internacionais, inspiram a positivação dos direitos fundamentais.

Porém, em se tratando de um direito que inspira a criação de outro, existe uma ligação de valores de gênese que é a dignidade da pessoa humana. Tanto os direitos humanos, quanto os direitos fundamentais, têm em sua essência a busca pela proteção da dignidade da pessoa humana. Não se tratam do mesmo instituto mas, nascem com o mesmo destino axiológico.

E para a compreensão da diferenciação que aqui se apresenta, mister se faz a citação de Marcelo Benacchio e Samyra Haydée Dal Farra Naspoli Sanches quando ensinam que:

Portanto, tanto os Direitos Humanos quanto os Direitos Fundamentais destinam-se a conferir dignidade à existência humana, porém não podem ser compreendidos como sinônimos, pois possuem âmbitos de aplicação diferenciados. Os Direitos Humanos, a partir dos espaços de luta, foram sendo normatizados em Tratados Internacionais e pretendem a característica da universalidade. Por outro lado, os Direitos Fundamentais são direitos essenciais à pessoa humana, definidos na constituição de um Estado, contextualizados conforme a política do país, ou seja, os Direitos Humanos são Direitos Humanos constitucionalizados.¹⁰⁸

Desta feita, nota-se a diferença entre as duas terminologias. Contudo, tratará-se de conceituar os direitos fundamentais por serem este um dos objetos desse estudo.

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. A própria Constituição da República de 1988, apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰⁸ SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspoli; BENACCHIO, Marcelo. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. In: Baez, Narciso Leandro Xavier; Branco, Gerson Luis e Porciuncula, Marcelo. *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e na Europa*. Joaçaba: Unoesc, 2012. p 384.

liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Continuando a conceituação, José Afonso da Silva ensina que:

Os direitos fundamentais não são a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem.¹⁰⁹

Ainda pode-se afirmar, com o conceito exarado por Luiz Alberto David Araújo e Vital Serrano Nunes Junior, que:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).¹¹⁰

Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.¹¹¹

Assim percebe-se que os direitos fundamentais são inspirados nos direitos humanos, sendo positivados nas constituições modernas. Tem o escopo de proibir os abusos do Estado em relação ao indivíduo e ainda, cobrar atuações do mesmo para promover o bem estar comum.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 178.

¹¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op, cit.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 70.

E para terminar a conceituação dos direitos fundamentais com a honra que o instituto merece, usaremos o conceito de Jorge Miranda quando afirma que:

Os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar.¹¹²

Após ser tratado sobre o processo histórico de formação e a conceituação dos Direitos Fundamentais, passa-se então a conceituar os direitos sociais. De antemão, *mister* se faz tecer algumas colocações de extrema pertinência.

Os direitos sociais pertencem à segunda dimensão de direitos fundamentais¹¹³, gerando ao Estado uma obrigação de prestação positiva no tocante à efetivação de tais garantias. E para que haja esta efetivação, é necessário, que se tenha o desprendimento financeiro para que o cidadão realmente possa gozar de educação, saúde, entre outros.

Desta forma, pode-se pensar que os direitos sociais são normas programáticas que possuem a simples função de estimular no Poder Executivo a implementação de políticas públicas. Paulo Bonavides ensina que:

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; um vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.¹¹⁴

Tem-se então que os direitos sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão) se diferem dos outros direitos fundamentais, principalmente no que se refere aos de primeira dimensão pelo fato de que estes exigem a abstenção dos Poderes Públicos.

¹¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 09.

¹¹³ “Não obstante isso, pode-se definir que os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles recorrentes da necessidade de direitos sociais ou de prestações positivas do Estado em relação ao cidadão, v.g., o direito à saúde, educação, moradia, previdência social, segurança, trabalho, assistência social etc., logo, privilegiam os direitos sociais, culturais, econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. *op. cit.* p. 36.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 582.

Já os direitos sociais requerem uma postura ativa dos Poderes Públicos. Determinam a condução ao *status positivus* de Jellinek¹¹⁵, determinando uma postura atuante do Estado com o fim de colocar à disposição da sociedade a efetivação desses direitos.¹¹⁶

Paulo Gustavo Gonet Branco, traça interessante pensamento sobre a questão prestacional dos direitos sociais quando afirma que:

Os direitos a prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar o indivíduo das necessidades. (...) São direitos que se realizam por intermédio do Estado. Os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivos dessas liberdades. Os direitos à prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os poderes públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil. O traço característico dos direitos a prestação está em que se referem a uma exigência de prestação positiva, de um comportamento ativo, e, não, de uma omissão. Na relação jurídica, ao direito prestacional corresponde uma obrigação de fazer ou de dar.¹¹⁷

Contudo, visto a judicialização da política e a omissão dos demais poderes no que concerne à efetivação de direitos sociais, nos Tribunais Brasileiros, principalmente no Supremo Tribunal Federal, as interpretações são dadas para serem solucionadas. Quando colocado nas mãos do Poder Judiciário, com o fulcro de efetivação em favor de qualquer cidadão, demanda uma análise apurada e pautada em alguns critérios. Robert Alexy conclui desta forma quando ministra que:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõe de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tantos os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo, é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são proposições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. De outro lado estão os princípios formais de competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de

¹¹⁵ Sobre a teoria dos quatro *status* ver G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. It., Milano: Giuffrè, 1912, p. 244.

¹¹⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 185-186.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.*, p. 143.

terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e de interesse coletivo.¹¹⁸

Não se deve apenas aos legisladores a tarefa de efetivar os direitos sociais. Em casos de julgamento pelo Poder Judiciário, ponderações devem ser procedidas entre diretrizes políticas e o direito do indivíduo. Em relação a problemas de ordem fática, Gilmar Ferreira Mendes afirma:

De toda forma, parece sensato concluir que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolvem. Juízos de ponderação são inevitáveis neste contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.¹¹⁹

Qual seria então a importância dos direitos sociais? Para Paulo Bonavides, estes direitos tem o condão de buscar uma sociedade mais justa e igual:

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais a ‘sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais do nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII e do sobredito art. 3º.¹²⁰

Por fim é importante notar que os direitos sociais encontram-se na Constituição de 1988, em sede de seu artigo 6º. Desta forma, tem-se no próximo tópico o desenvolvimento sobre o Direito Social à Saúde, sua construção história, conceitos e desdobramentos.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 511-512.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 679.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p.641.

2.3 – O direito à saúde na Constituição de 1988

Adentrar-se-á em um dos principais pontos deste estudo, qual seja o direito à saúde na Constituição de 1988. Será tratado para o bom entendimento do tema proposto sobre o processo histórico de formação deste direito fundamental social, colimando em sua positivação na Constituição Federal de 1988. Será tratado ainda, o direito a saúde enquanto direito subjetivo.

E para que haja o entendimento do proposto, é necessário uma breve explicação acerca da criação dos direitos humanos, a criação das Organizações das Nações Unidas e a internacionalização do direito à saúde.

Deve-se também esclarecer sobre as influências que as declarações sobre direitos humanos tiveram na positivação do direito à saúde nas Constituições ocidentais, em especial, na Carta Política Brasileira.

Mesmo com a evolução da tecnologia, do avanço industrial e da ciência como um todo, o homem se viu interpelado com a indagação acerca do que representaria o seu semelhante e se haveria algum tipo de distinção em razão de sua raça, cor, sexo ou credo.

Passou-se a pensar em igualdade, fundamentada na dignidade da pessoa humana. O homem não poderia ser classificado por preço e que todos, indistintamente, teriam um núcleo interior de direitos em razão de sua natureza. Fabio Konder Comparato afirma que “todos somos iguais em dignidade e ninguém pode se proclamar superior aos outros.”¹²¹

Partindo desta ideia, visualiza-se que na história houveram vários autores que expuseram suas ideias sobre a criação dos direitos humanos, sem olvidar que, sempre foram embasados na ideia de que a natureza humana não sofre distinções.

Uma primeira classe de autores afirma que, os direitos humanos surgiram da luta contra os desmandos e arbitrariedades de governos déspotas. Pode-se citar os autores James Otis e Samuel Adams como defensores dessa corrente. Entretanto, existe outra classe de autores que afirmam que os direitos humanos têm caráter religioso e que pregava a separação do Estado e da Igreja, ideais advindos da Reforma Protestante.

¹²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 01.

Cita-se como integrantes desta corrente de pensamento os nomes de Jellinek e Welzek.¹²² Contudo, independente da sua origem histórica, os direitos humanos passam a ser conhecidos como mecanismos criados pelo homem, para sanar os conflitos originados pela dominação do poder.

Desta forma, observa-se que os direitos do homem surgem com o fulcro de proteger o indivíduo contra as arbitrariedades dos governante detentores do poder. Passa por diversas fases até concretizar sua universalidade. Segundo Norberto Bobbio:

Los derechos humanos surgen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares y hoy alcanzan una cierta plenitud como derechos positivos universales.¹²³

É de se notar que, para que os Direitos Humanos ganhasse a notoriedade, respeito e eficácia que hoje presenciamos, um processo histórico foi determinante para que esse fenômeno alcançasse as raízes que hoje se apresenta. De simples pensamentos filosóficos, acerca de sua natureza e dignidade, estas garantias passaram a incorporar instrumentos que trouxeram maior efetividade.

E dentre os variados instrumentos que tiveram sua importância dentro do sistema de proteção do direito humanos é o chamando “*writ of habeas corpus*” onde se encontrou implícito, dentre os direitos públicos subjetivos do texto, os referentes aos direitos do homem. Conforme Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano as garantias acima citadas representam a liberdade do indivíduo em relação ao poder do estado.¹²⁴ Naquela época a grande luta se externava na cobrança excessiva de impostos e arbitrariedades do Rei, onde apresenta-se, como exemplo de instrumento de proteção ao direitos humanos, principalmente no âmbito Tributário, a Magna Carta de 1215.

Outros importantes instrumentos que corroboraram com o processo de criação dos direitos humanos são o “*writ of habeas corpus*”, “*Bill of Rights*” “*Habeas Corpus Act*”, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração da Virgínia.

¹²² Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos, conceito, significado e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101

¹²³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68

¹²⁴ Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. *op. cit.* p. 101

Entretanto, após a traumática experiência das duas grandes guerras, o mundo percebeu a necessidade de se universalizar tais direitos. Assim ensina Ernani Contipelli e Vladimir Oliveira da Silveira quando obtemperam que:

Desta forma, os Direitos Humanos nascem e se modificam obedecendo a um núcleo formado pelo sentimento axiológico da sociedade, o qual a partir de um dado fato se adere a um determinado valor, que, por sua vez, passa a ser normatizado tanto internacionalmente como nacionalmente pelos Estados, com indispensável fundamento na ideia de dignidade da pessoa humana.¹²⁵

O processo histórico de formação dos direitos humanos, pautado na dignidade da pessoa humana, culmina na normatização no âmbito internacional e gera seus efeitos no âmbito interno.

Assim, através da criação da ONU (Organização das Nações Unidas) são criadas as Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos e os consequentes efeitos que, tais documentos de cunho axiológicos, produziram nos ordenamentos internos dos Países.

A positivação de um direito fundamental à saúde na órbita internacional, através das declarações, trouxe em âmbito interno dos países, a positivação destes valores. Mas o referido processo está intimamente ligado à criação dos direitos humanos e suas Declarações.

O mundo, após presenciar as atrocidades cometidas pela segunda guerra mundial, se viu na necessidade de reunir-se para tratar de temas que envolviam a dignidade da pessoa humana, com o intuito de preservar os povos de todos os tormentos sofridos durante aquele conflito bélico.

Ainda que os direitos inerentes à simples condição do ser, em conter a natureza humano, já encontravam sua guarida desde os pensamentos de Immanuel Kant, é no período de guerra que há violenta ruptura aos direitos humanos sendo que, em contrapartida, é o pós guerra que que impulsiona sua reconstrução e positivação em esfera internacional.

¹²⁵ CONTIPELLI, Enani, SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral*. Trabalho publicado nos anais do XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI realizado em Salvador nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2008 *apud* SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. *op. cit.*, p. 110.

Desta forma, Thomas Buergenthal classificou estes dois momentos em transcrição que segue:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno de pós-guerra. Seu desenvolvimento é atribuído às monstruosas violações dos direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.¹²⁶

Como bem declarado, ainda que a humanidade entendesse o ser humano como fim em si mesmo, não havia no momento Guerra normatização que coibisse certas atrocidades e que pudesse, com a força internacional, exigir seu encerramento. Immanuel Kant levanta o conceito de dignidade quando diz:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.¹²⁷

O imperialismo e a busca de poderes cumulada com a soberania nacional deixaram de ser o valor considerado pelas nações, passando a encontrar como referencial de princípios norteadores de valoração dos países, todos os outros atinentes à dignidade da pessoal humana e, por consequência, o bem estar da humanidade.

O Estado não teria mais significado se continuasse buscando o fim em si mesmo, sendo que sua razão de ser, passou a ser a perseguição pelo cuidado e pelo bem dos povos. Este entendimento remete Cançado Trindade quando afirma que: “Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se a reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.”¹²⁸

Canotilho mostra esta mudança paradigmática quando explica que:

¹²⁶ BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 31.

¹²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p.65.

¹²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e VENTURA ROBLES, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p. 2006.

Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de ‘Estados de Direitos Democráticos, Sociais e Ambientais’, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do Direito Constitucional com o Direito Internacional. (...) Os Direitos Humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressupostos inalienável de todos os constitucionalismos.¹²⁹

E continua:

Por isso, o Poder Constituintes dos Estados e, consequentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de Direito Internacional. É como se o direito Internacional fosse transformado e parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno de soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e Direito Internacional tendencialmente informador do Direito interno.¹³⁰

Chocados pelos horrores, principalmente do Holocausto, entendeu-se a necessidade da criação de um sistema internacional de proteção de direitos, tendo em vista a falibilidade de se deixar a cargo da soberania nacional dos países, cuidar de direitos, principalmente dos homens, partindo para o desenvolvimento de uma sistemática supra nacional que alcançasse a unificação desta proteção. Os direitos humanos, por seu caráter universal, por obviedade faz parte desse rol de direitos internacionalmente protegidos.

E para tanto, transcreve-se o magistério de Andrew Hurrell, *in verbis*:

O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na ideia de que as relações entre governantes e governados, estado e cidadãos, passa a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus tratos a cidadãos e a existência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade

¹²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *op. cit.* p. 1217.

¹³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *op. cit.* p. 1217.

internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas.¹³¹

O Direito Internacional passa a influenciar as constituições com um novo sistema axiológico: o Estado deve se atentar para o bem estar do homem. Em razão desse fenômeno, percebendo a real necessidade da criação de um órgão que tivesse a função de elaborar e monitorar um sistema internacional, que alcançasse o condão de ordenar e proteger os direitos da humanidade, em 26 de junho de 1945, é fundada a ONU (Organização das Nações Unidas).

Os líderes mundiais, naquela época, entenderam que para evitar todas as atrocidades que os povos experimentaram durante a segunda grande guerra, deveriam se organizar no sentido de proteger os direitos dos homens, criando, como dito alhures, a Organização das Nações Unidas.

Conforme expressa Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano:

A ONU pode ser conceituada como uma associação voluntária de sujeitos de direito internacional público, constituída mediante ato internacional de caráter relativamente permanente, dotada de regulamento e órgãos de administração próprios, cuja finalidade é atingir os objetivos comuns determinados por seus membros constituintes. Tais objetivos incluem evitar a eclosão de uma Terceira Guerra Mundial, promover a paz entre as nações e disseminar o respeito pelos direitos humanos – esforço para o qual cooperam inúmeras organizações afiliadas, conhecida como Sistema das Nações Unidas.¹³²

Conforme bem explicitado, a ONU fora criada com o intuito de coibir a violência contra a humanidade, promovendo dentre outros fatores, a proteção pelos Direitos Humanos. Criou-se um sistema mundial com o fulcro de unir forças em prol deste objetivo. Theodor Meron afirma:

As Nações Unidas tem contribuído de forma significativa para a promoção e proteção dos direitos humanos; tem adotado convenções e declarações disciplinando a maior parte dos aspectos da relação entre Governos e governados; tem estabelecidos importantes procedimentos para a implementação e supervisão de normas constantes desses instrumentos; e tem

¹³¹ HURRELL, Andrew. Power. Principles and Prudence: Protecting Human Rights In a deeply divided world. In: *Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, Human Rights in global politics*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 277.

¹³² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *op. cit.* p. 152.

ainda encorajado o princípio da international accountability, relativamente à forma pela qual os Governos tratam grupos e indivíduos¹³³

E para contribuir com a promoção desta importante proteção do bem estar da humanidade, a ONU adota instrumentos de cooperação e declarações que visam a uniformização destes direitos em âmbito mundial. A mais importante, é a Declaração Universal dos Direitos dos Humanos.

E como é de razoável percepção, o direito à saúde engloba a proteção proposta pelas Declarações, por se tratar de direitos fundamentais oriundos dos Direitos Humanos. Neste momento, passa-se a falar sobre as Declarações de âmbito mundial e regionais e, onde o direito a saúde se encontra nestes instrumentos.

Com a criação da ONU, os governantes mundiais não mediram esforços no sentido de editarem uma Declaração de cunho Universal que trouxesse em seu bojo, uma carga axiológica que tinha como norte a proteção dos direitos humanos e que pudesse influenciar os ordenamentos jurídicos internos dos países que se relacionassem com tal declaração.

Assim, no ano de 1948, em Paris, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Vale frisar que tal declaração, ainda que motivada em sua época por questões políticas, foi influenciada pela declaração francesa, trazendo assim, como estandarte axiológico, a liberdade, igualdade e fraternidade.

Contudo, em se voltando para o escopo do presente trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi pioneira em constar de forma expressa o direito à saúde. Vale ressaltar que a saúde também é direito que se realiza na natureza humana, visando a sua dignidade.

Assim, observa-se o artigo XXII da Declaração Universal que assim diz:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

¹³³ MERON, Theodor. *Human Rights Law-making in the United Nations* apud PIOVESAN, Flávia. Código internacional dos Direitos Humanos anotado. Coordenação Geral Flávia Piovesan. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 12.

E o fundamento axiológico sobre o direito à saúde na Declaração Universal dos Direitos Humanos permanece em seu artigo 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, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

A Declaração de 1948 foi a pioneira em trazer direitos referentes à saúde em seu bojo. Tratou de forma clara e concisa, movendo valores que deveriam ser irradiados nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Assim, objetivou e conseguiu trazer uma unicidade axiológica para os ordenamentos jurídicos e até para outras declarações de cunho regional. Há de se notar então que, paralelamente ao sistema normativo global, surgem sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, como exemplo, na Europa, África e América.

Interessante é o fato de que, o efeito influenciado da Declaração Universal, ocorre nos sistemas regionais e também, influenciam os sistemas domésticos, como veremos adiante. Esse fenômeno é explicado por Flávia Piovesan quando afirma:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam somando-se aos sistemas nacionais de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e proteção dos direitos fundamentais.¹³⁴

Destarte, ainda em 1948, em Bogotá, é criada a OEA (Organização dos Estados Americanos) e em 1969, entrando em vigor em 1978 é promulgada a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. *op. cit.* 2008, p. 12.

O sistema americano, como visto acima, segue a questão axiológica da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e também consta em seu bojo o direito à saúde, principalmente em seu artigo primeiro, que é tratado do direito à vida.

Ademais, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), em seu artigo 10, também trata do direito à saúde quando afirma: “Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.”

Insta salientar que, este mesmo artigo, traz ainda em seu corpo, políticas as quais os Estados deverão observar e proceder no que tange à saúde em seus territórios.

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por influência das Declarações de Direito Humanos em âmbito internacional, foi positivado o direito à saúde na carta Brasileira.

E por se tratar o direito à saúde de direitos fundamentais sociais, representa sua existência com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que é o fator nuclear destes direitos.

O direito à saúde é tratado na Constituição Federal de 1988 em sede de seus artigos 6º e 196. Felipe Dutra Asensi traz, em poucas palavras, porém, sem perder a profundidade que o tema requer, a representação destes dois artigos constitucionais quando afirma:

Ao disciplinar a matéria, a Constituição de 1988 afirma, em seu artigo 6º, que são “*direitos sociais a educação, a saúde, [...] na forma desta constituição*” (Brasil, 1988) e, posteriormente especifica, em seu artigo 196, que a “*saúde é direito de todos e dever do estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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*”.¹³⁵

Assim, foi analisado o processo internacional que culminou na positivação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Nota-se que em relação à este direito houve sua constitucionalização, fato que gerou inúmeros efeitos.

¹³⁵ ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à Saúde: Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 150.

Destarte, passa-se a desenvolver, no tópico posterior, o debate acerca destes efeitos, mais notadamente sobre a subjetividade que alcançou o direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico nacional.

2.4 – O direito à saúde enquanto direito subjetivo

Para tratar sobre o direito à saúde enquanto direito subjetivo é necessário, em primeiro lugar, falar sobre o conceito de direito objetivo e subjetivo para, ao final, entender a sobre a incidência que alcançou os direitos sociais.

O ordenamento jurídico é o conjunto de normas que tem o condão de regular a vida em sociedade. Elas autorizam, no tempo de sua vigência, as condutas que os cidadãos podem ter ou não. Para José Cretella Junior, o direito objetivo é “o conjunto de regras jurídicas obrigatórias, em vigor no país, numa dada época.”¹³⁶

Direito objetivo é a norma posta que deve ser seguida em razão de sua obrigatoriedade. Não atinge subjetivamente seu destinatário e representa o “dever ser”, ou seja, uma situação que se cria a partir do amoldamento de um ato ou fato em uma prescrição posto pelo direito objetivo. E esta prescrição se dá com a legislatura do ordenamento jurídico de um determinado país. Lembrando-se que há a necessidade de que este ordenamento esteja vigente, e para que possa produzir seus efeitos.

Contudo, com a vigência do ordenamento jurídico, suas prescrições colocadas de modo geral, atinge a o agente quando este, por fato ou ato, se enquadrar nas prescrições do direito objetivo. Pode-se dizer que direito objetivo é posto de forma geral, mas sua obrigatoriedade alcança o particular a partir do momento que este, a partir de um fato ou ato, ingresse nas disposições do ordenamento.

Desta forma nasce o direito subjetivo. O sujeito adquire a faculdade de impor ou cobrar o direito com o intuito de satisfazê-lo legitimamente o que foi primeiramente dito pelo direito objetivo.

O direito subjetivo é um direito intrínseco e personalizado em relação ao sujeito desse mesmo direito. Gera ao seu detentor a possibilidade de requisitá-lo, de quem

¹³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 83

quer que seja, pelo fato da sua subjetividade. Os dizeres da norma, alcançam a relação jurídica em que este sujeito se encontra. Goffredo Telles Junior afirma que “o termo direito subjetivo designa uma permissão. Designa uma permissão para o uso das faculdades humanas. Mas é uma permissão específica, estritamente qualificada [...]”¹³⁷ Tem-se, portanto, que direito subjetivo é uma permissão. E como estas são dadas através das normas jurídicas, conclui-se que são permissões jurídicas.

E estas permissões refletem na possibilidade ou faculdade do agente pleitear e cobrar pelos direitos postos a partir do momento que incidem no campo de sua relação jurídica. Seria o mesmo que afirmar que se uma norma jurídica possibilita ao sujeito a cobrança ou pleito daquilo que foi descrito na norma, legítimo estará em fazer este requerimento por possuir a faculdade para tanto.

Porém, uma questão se apresenta: o direito à saúde, consagrado na Constituição Federal de 1988 é direito subjetivo? Através da teoria da Força Normativa da Constituição, desenvolvida por Konrad Hesse, pode-se responder a questão aqui levantada. Contudo, imperioso dizer que no tocante às normas programáticas,¹³⁸ estas são apenas programas instituídos pelo constituinte originário no texto constitucional visando a implementação de políticas públicas para efetivação futura.

Outrora já fora afirmado no Direito Brasileiro que os direitos sociais eram normas programáticas. Segundo Daniel Sarmento:

Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamentos para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, que via como intromissão indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas voltadas à efetivação de direitos sociais.¹³⁹

E para tanto, apresenta-se o entendimento de Pontes de Miranda para conceituar as normas programáticas:

¹³⁷ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 253.

¹³⁸ Ver CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão: Giuffrè, 1952, p. 103.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais – alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553.

Normas Jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de eficácia, completa apenas, traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a estes ditames, que são como programas dado à sua função.¹⁴⁰

Contudo, afirmar que a Constituição Federal de 1988 possui em seu bojo normas programáticas, seria o mesmo que negar a sua força normativa. Se assim ocorrer, poderia-se-ia dizer perfeitamente que a Carta Brasileira não passa de “pedaço de papel” ou “de carta de boas intenções” conforme afirmou Ferdinand Lassalle.

Não se pode pensar em uma Constituição sem força normativa, onde normas não possuem força vinculante. Se assim fosse, estaria deixando ao arbítrio dos poderes executivo e legislativo, a promoção de direitos que foram legislados de forma única e exclusivamente voltados para o bem estar social.

Deve-se lembrar que a Constituição Federal de 1988 foi a representação da vontade do povo e para ele promulgada. Não se deve entender como programáticos os direitos sociais, deixando de lado a vontade do constituinte originário em buscar o bem estar de toda a sociedade brasileira. Celso de Mello afirma que “é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressa limitação à discricionariedade administrativa”¹⁴¹

E tomando o direito à saúde como social, não se pode tratá-lo como programático, pois feriria a vontade do legislador originário e negaria a força que a Constituição demanda para ver seus preceitos respeitados no que tange ao direito à saúde. Assim, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que:

É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da constituição.¹⁴²

¹⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 126-127.

¹⁴¹ MELLO, Celso de. *Voto no julgamento na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 no Supremo Tribunal Federal*. STF: Brasília, 2010, p. 5.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Brando. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 696.

O direito à saúde, além de ser direito coletivo dependente de políticas públicas para sua implementação, também é considerado direito subjetivo no momento que o indivíduo se vê em uma necessidade de provimento particular para resguardar sua saúde, e consequentemente, o Direito Fundamental à Vida. Assim, pode-se falar em dimensão individual do direito à saúde, tratada pelo Ministro Celso de Mello, em razão do julgamento do AgR-RE nº 271.286-8/RS, sustentando que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde.”¹⁴³

Considera-se o direito à saúde como direito subjetivo prestacional, sendo que por sua natureza essencial à vida humana recebeu pela Carta de 1988 uma força normativa tal que independe, para sua efetivação, de normas ulteriores que venham trazer uma incidência imediata.

A Constituição Federal de 1988, visto sua força normativa, possibilita aos cidadãos brasileiros que seja requerido o direito à saúde de forma subjetiva e individual, ainda que pelo caminho do Poder Judiciário. Ana Paula de Barcellos ensina que: há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição.”¹⁴⁴

E sendo prestações exigíveis pelo cidadão, pode-se afirmar que o direito à saúde é direito subjetivo, sendo possível sua cobrança em face do Poder Judiciário em casos de omissão do Estado, no que se refere ao seu dever prestacional.

¹⁴³ AgR-RE 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-09-2000.

¹⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial, e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.803.

CAPITULO 3 – O ATIVISMO JUDICIAL

3.1 – O ativismo judicial nos Estados Unidos

É reservada a oportunidade para tratar do Ativismo Judicial nos Estados Unidos. Tratar-se-á sobre sua conceituação e sua criação enquanto fenômeno jurídico.

O termo Ativismo Judicial, surgiu nos Estados Unidos, através do artigo intitulado “The Supreme Court:1947” e publicado na revista Fortune, no ano de 1947 de autoria do jornalista Arthur Schlesinger Jr¹⁴⁵.

Na ocasião, o referido jornalista dividiu os juízes da Suprema Corte Americana em “Ativistas” e de “Auto Contenção”. Explicou que os Ativistas propendiam em usar seu poder de julgar para efetivar o que entendia sobre Justiça Social. Já os Juízes de Auto Contenção, preocupavam-se mais com a forma e o conservadorismo que a legislação impunha.

Em reação ao termo criado e utilizado, Craig Green debate Schlesinger, afirmando que o autor da expressão não se embasou em razões sólidas para a classificação e que, seu intento era basicamente o de atacar pessoalmente os Ministros. Parece que o autor não detinha base científica sólida para sua classificação, até porque, estamos tratando de um jornalista e não de jurista.

No sentido de comprovação sobre a veracidade da crítica acima exposta, Elival da Silva Ramos, declara que:

A discussão sobre ativismo, como se constata nos Estados Unidos, desloca-se mais para o plano da filosofia política, sendo a indagação central a legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Para aqueles que pretendem buscar maiores informações sobre a origem histórica, interessante é a leitura do livro *Ativismo ou Altivez?* De Saul Tourinho Leal onde em suas páginas 24 e seguintes explana a origem histórica do termo Ativismo Judicial.

¹⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

Afirma-se que o ativismo judicial nos Estados Unidos representa a interferência do Poder Judiciário às questões puramente ligadas à políticas públicas. Porém, outras questões são levantadas naquele País quando trazida a tentativa de sua conceituação. Richard W. Garnett nos mostra outra hipótese: O termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão.¹⁴⁷

O termo ativismo judicial é utilizado, politicamente, com o fulcro de denegrir decisões emanadas das Cortes as quais contrariam vontades políticas. Vê-se, nesse caso, a sutil ligação entre atividade política e decisões que contrariam essas atividades. Portanto, diz-se de ativismo judicial na América, decisões que invadem a espera de políticas públicas.

A origem se deu nos Estado Unidos conforme visto acima. Contudo, esse fenômeno se expandiu para outras nações, entre elas o Brasil. Ainda assim, a conceituação de ativismo judicial continua gerando calorosos debates acadêmicos pois, como visto, o termo é “vazio de conteúdo”.

Ainda, voltando-se ao ativismo Norte-americano, lembrando que naquele país se trata do Sistema do *Common Law*, Keenan D. Kmiec¹⁴⁸ apresenta suas definições sobre o ativismo judicial. A primeira definição se relaciona com a prática da Suprema Corte em desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes. Ou seja, a Corte não se detém apenas no conservadorismo e na jurisprudência defensiva ou de contenção, desafia atos que tem roupagem constitucional ainda que inconstitucionais.

Entende que o ativismo norte americano é estratégia para a não aplicação dos precedentes, o que choca radicalmente contra o sistema do *Common Law*. Define ainda que o judiciário, em atitudes ativistas, passa a legislar, sendo incoerente com a teoria da tripartição dos poderes.

Também define como um método de afastamento das formas de interpretação usualmente aceitas, trazendo uma visão de interpretação “aberta” e fundamentada em princípios constitucionais.

¹⁴⁷ GARNETT, Richard W. *Debate: judicial activism and its critics*. University of Pennsylvania Law Review, 2006. v 155, p. 112.

¹⁴⁸ KMEIC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial review*. California Law Review, oct. 2004.

Por fim, Kmiec define o ativismo judicial norte americano, mecanismo usado nos julgamentos para atingir fins pré-determinados, sempre voltando para as questões sociais e a ampliação de direitos políticos e civis.

O ativismo judicial nos Estados Unidos foi e é fator de influência nas Cortes Constitucionais do mundo. Contudo, ainda que nascido na América, vários outros países seguem essa linha. Fala-se em especial do caso Alemão e Brasileiro, o que se passa a ver adiante.

3.2 – O Ativismo judicial na Alemanha

Após a segunda guerra mundial, e diante das barbáries que o mundo presenciou neste período, o Tribunal Constitucional Alemão, vencendo o positivismo jurídico, busca a aproximação do direito com a moral, gerando assim um núcleo essencial de direitos fundamentais.

A Corte Constitucional alcança *status* de cooperadora da formação e direção política do Estado Alemão. Passa a ser órgão atuante na direção superior do Estado. Konrad Hesse afirma que tal mister engloba o “âmbito, ordenado juridico-constitucionalmente, da formação da unidade política, da condução geral da política da formação da vontade política.” ¹⁴⁹

Nota-se a importância que alcança o Tribunal Constitucional Alemão na direção política do País. Entretanto, o ativismo judicial na Alemanha, tem contornos peculiares, pois adota posicionamentos que visa suavizar o impacto de suas decisões na esfera política. Tem uma postura mais amena, pois tem o condão de dar ciência ao legislador para corrigir determinadas omissões em um determinado período.

Vanice Regina Lírio do Valle mostra estes dois tipos de decisão do Tribunal Constitucional Alemão quando afirma:

São provimentos ou cunho admonitório, e que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a corte sustenta a ainda constitucionalidade da

¹⁴⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 1999, p. 487

norma, mas adverte o legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora.¹⁵⁰

Estes provimentos tem como finalidade não interferir na esfera de poder dos outros Poderes, principalmente do Poder Legislativo. Contudo, apenas na situação extrema de omissão do outro Poder é que a Corte revogará o ato normativo impugnado. Por isso que se pode afirmar que o ativismo alemão é peculiar e ameno.

Porém, salienta-se que estes provimentos possui uma finalidade; a de promover uma relação entre os Poderes e um debate eficaz na concretização política da Alemanha. Possui o objetivo de trazer efetividade ao texto constitucional mas através de um diálogo posterior. Assim ensina Vanice Regina Lírio do Valle:

O que se percebe das espécies de provimento jurisdicional desenvolvido pela Corte alemã é uma sutil conciliação entre ativismo quanto ao conteúdo do texto constitucional, que busca, no entanto, caminhos de concretização no mundo da vida, que não desconsideram a indispensável intervenção das demais estruturas de poder, como estratégia – também de poder – para garantir o resultado de suas próprias decisões.¹⁵¹

Desta forma, percebe-se que o ativismo judicial na Alemanha é mitigado, sendo que o Tribunal Constitucional deste País utiliza de mecanismos de intermediação para solucionar questões que afrontam a Constituição Alemã e, desta forma, trazer eficácia à Carta. Diferentemente de outros países, como o Brasil, que possui um ativismo judicial mais denso, ingressando, por vezes, na esfera dos outros Poderes.

3.3 – O ativismo judicial no Brasil

O termo ativismo judicial não encontra consenso no debate doutrinário no Brasil. Para Paulo Gustavo Gonet Branco:

As referências ao que se tem designado como *ativismo judicial* refletem outro caso de expressão utilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus contornos. Nem mesmo se encontra um consenso em torno de saber se refere

¹⁵⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba; Juruá, 2009, p. 28.

¹⁵¹ VALLE, Vanice Regina Lírio. *op. cit.*, p. 2.

a uma atitude desejável ou negativa. O risco disso está em tornar a expressão inútil por superabrange, ou, ainda pior, transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e a julgar instituições e a formar opiniões políticas sobre bases dissolventes da mistificação.¹⁵²

Vê-se que não há unanimidade ao se tratar do conceito proposto. A definição, por vezes, é carregada de calorosa paixão política e crítica e, na maioria das vezes, usada para combater posicionamentos ideológicos opostos das opiniões de seus autores.

Contudo, para o bom entendimento do tema, mister se faz, oportunamente, conceituar o ativismo judicial, usando para tanto, conclusões que a bem da verdade colaboram para que o paradigma negativo desse fenômeno mude, passando a ser enxergado com os merecidos olhos visto sua importância na efetivação das normas constitucionais e principalmente dos direitos fundamentais.

Para tanto, passa-se a transcrever o posicionamento de Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima, quando observam que:

Por “ativismo judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.¹⁵³

Nota-se que ativismo judicial possui função não apenas de "bouche de la loi",¹⁵⁴ onde traz a ideia de dever do juiz ou tribunal de apenas citar os preceitos contidos em textos legais, ou seja, a letra pura da lei. Pelo contrário, é a liberdade consciente e prudente, dentro de determinados limites, como o da segurança jurídica, de criação dos tribunais, pautada na interpretação legal e com o fulcro supremo de efetivação de direitos contidos nas cartas constitucionais.

¹⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. Texto não publicado, 2011, p. 2 – Extraído da dissertação de mestrado de Carolina Scherer Bicca, intitulada “*Ativismo Judicial*” no Controle das Políticas Públicas: O Caso da Assistência Social no Brasil.

¹⁵³ MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal* / Mayra Marinho Miarelli, Rogério Montai de Lima. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012, p. 16.

¹⁵⁴ Traduzido da língua francesa significa Boca da Lei.

Ainda, é salutar trazer à baila, o entendimento de Elival da Silva Ramos, quando afirma que ativismo judicial é:

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).¹⁵⁵

Evidencia-se, com a leitura do contexto acima transcrito que Elival da Silva Ramos, ao contrário dos entusiastas do ativismo judicial, enxerga-o com reservas e defende uma noção um tanto quanto pejorativa deste fenômeno interpretativo e judicante.

Para o autor, a extrapolação de suas funções típicas, a agressão ao princípio da separação dos poderes e a criação legislativa interferido na discricionariedade do Poder Executivo no tocante às políticas públicas, são pontos negativos e passíveis de empreender a necessária preocupação. Desta forma, ativismo seria uma aberração jurídica ao ponto de infringir o princípio da segurança jurídica.

Todavia, para Luís Roberto Barroso, o termo não se relaciona com o uso indevido do poder, e sim, em uma dimensão participativa e de busca mais profunda dos comandos constitucionais. Está devidamente ligada à ideia de ocupação de espaços vagos deixados pelo Legislativo.

A Constituição Brasileira possui tamanha carga axiológica que deixar de implementar seus ditames, ou simplesmente desrespeitar direitos individuais é, gerar seu incontestável desacato. E a já citada omissão legislativa acarreta o desrespeito dos valores constitucionais, violando o próprio Estado Democrático.

A altivez judiciária nada mais é do que a concretização dos valores contidos em nossa Carta através de atuação mais presente e com o intuito de suportar as bases do Estado Democrático ao ponto de fazer valer a vontade do legislador originário. Percebe-se tal entendimento com a citação de Barroso abaixo transcrita:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] a ativismo

¹⁵⁵ RAMOS, *op. cit.* p. 129.

judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos [...].¹⁵⁶

Ainda, Barroso aponta para a necessidade do exercício do ativismo judicial, demonstrando ser uma saída plausível para a crise institucional instalada no Poder Executivo. Contudo, afirma ainda não ser o remédio definitivo, mas de ministração excepcional nos momentos de crise intensa:

Uma nota final: o ativismo, até aqui, tem sido parte da solução e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder legislativo.¹⁵⁷

Destarte, vê-se que ativismo judicial no Brasil é assunto que gera choques e controvérsias no campo doutrinário. Contudo, como demonstrado acima, pode-se dizer que é uma atitude mais enérgica e ativa dos tribunais com o intento de fazer valer os valores e preceitos contidos na Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 365-366.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *apud* MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal* / Mayra Marinho Miarelli, Rogério Montai de Lima. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012, p. 173.

CAPÍTULO 4 – O DIREITO À SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 – O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

A Corte Constitucional Brasileira possui postura ativista em face de suas decisões? Considerando positiva a resposta desta questão, nasce outra indagação não menos importante: quais fatores motivam este posicionamento?

Para responder estes questionamentos, nada melhor do que transcrever manifestações dos próprios Ministros da Corte para solucionar a dúvida. Interessante perceber no próprio tom de seus discursos, suas tendências, ideologias e o que enxergam sobre a real função e missão da Suprema Corte.

E para tanto, citamos o Ministro Cezar Peluso (lembrando que este não faz mais parte da corte em razão da aposentadoria compulsória) que ao ser provocado sobre o ativismo judicial declara:

O Supremo sempre aponta para os interesses gerais da sociedade. Essa acusação de ativismo não é exclusiva da Suprema Corte do Brasil. Nos EUA, sérios problemas que deveriam ter sido resolvidos no plano legislativo, ou na área administrativa, só tiveram solução social satisfatória com a intervenção da Suprema Corte. Foi assim inclusive com o racismo. No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que poderiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: A Constituição de 88 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusações de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas, age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras cortes. Eu diria mais: quando decisões da Corte chama a atenção da opinião pública é porque as matérias tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como o aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos.¹⁵⁸

158 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>

Cezar Peluso afirma, categoricamente, na entrevista acima, exposta que o Supremo não só é ativista como, tal postura é necessária para a concretização dos preceitos da Carta Magna ante sua politização e a omissão dos demais poderes.

Após longos anos sob regime de exceção, a Carta de 1988 veio instituir o Estado Democrático de Direito no Brasil, fator que impulsionou o legislador constituinte a recheá-la de temas que talvez não necessitasse constar na Lei Maior. Motivados pela ânsia de liberdade, encerrou-se em proteger os cidadãos, a democracia e as instituições com a maior segurança jurídica que se poderia dar: fazendo constar no bojo da Constituição Federal.

E assim sendo, constando esses temas na Lex Major, o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de zelá-los e porque não, efetivá-los. Uma Constituição inoperante e ineficaz não pode ser considerada Constituição zelada. E para não incorrer neste risco, o STF ocupa os espaços deixados pelos demais poderes e cuida da Carta no momento que a torna efetiva. Isto pode ser considerado ativismo judicial.

Ademias, o Ministro Celso de Mello, na ocasião na posse do então presidente Gilmar Mendes, em sede de seu discurso conclui:

É por isso que posso afirmar, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte – que não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição. Isso significa reconhecer que a prática de jurisdição, quando provocada por aqueles que atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.¹⁵⁹

No discurso, claramente observa-se, que o Ministro prega a necessidade de uma Corte independente com o fim de garantir a proteção dos direitos e garantias

¹⁵⁹http://www.conjur.com.br/2008-abr-/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5

individuais dos cidadãos e que se ativa é, deve-se ao “ativismo à convite Constitucional” pois a Carta é deveras politizada, impondo ao Supremo para sua defesa, o ingresso na esfera dos outros Poderes.

Nota-se que tudo caminha no sentido da efetivação da Constituição, pois em se tratando de temas políticos contidos na Lei Maior, nada mais pertinente que o STF manifeste-se visualizando a concretude de sua eficácia.

Ainda, o Ministro Celso de Mello, em entrevista ao site Conjur, expõe a motivação acerca do ativismo no STF:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República. É importante ressaltar que hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo Constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional.¹⁶⁰

Não restam dúvidas que o Supremo Tribunal Federal desenvolve atuação ativista. E para aclarar mais a questão, serve a citação de um rol das mais emblemáticas decisões da Corte, as quais por motivo de suas fundamentações, ocuparam os espaços vazios deixados por outros Poderes da República, quais são: Instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência – ADI 3105/DF; Criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do judiciário – ADI 3367; Pesquisa com células-tronco embrionárias – ADI 3510/DF; Liberdade de expressão e racismo – HC 82424/RS; Interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54/DF; Restrição do uso de algemas – HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11, Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol – PET 3388/RR; Legitimidade de ações afirmativas e cotas sociais

¹⁶⁰ http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei Acesso em 17/02/2013

e raciais – ADI 3330; Vedação ao Nepotismo – ADC 12/DF e Súmula Vinculante nº 13, Não recepção da Lei de Imprensa - ADPF 130/DF; Extradicação de Cesare Battisti – EXT 1085/Itália e MS 27875/DF; Importação de pneus usados – ADPF 101/DF e Proibição de uso de amianto – ADI 3937/SP.

Desta forma, além das manifestações dos Ministros da Corte, vários precedentes demonstram a face ativa do STF. Existe uma nova realidade na instância máxima do Judiciário nacional. A necessidade de garantir direitos provenientes da Carta Política fez com que sua postura fosse necessariamente modificada.

O Judiciário não é mais uma instituição que apenas aplica a letra fria da lei. Entendeu-se a necessidade das interpretações extensivas para que a real vontade social fosse concretizada. Há a necessidade de antecipar-se à criação legislativa para que a Justiça sobressaia sobre o direito positivo, que por não poucas vezes, é injusto.

Não há como negar a presença de ativismo judicial na realidade atuacional do Supremo Tribunal Federal. As cartas estão na mesa e as fichas foram lançadas. A certeza que resta, é que somente a história mostrará se a postura ativista da Corte Constitucional brasileira foi salutar ou afrontou e contrariou os preceitos e ditames do Estado Democrático de Direito.

Quando se trata da efetivação do direito à saúde, principalmente no tocante à atuação do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de trazer os devidos efeitos deste direito fundamental em comento, visando entre outros desdobramentos a validação do princípio da dignidade da pessoa humana, externa a Suprema Corte uma atitude considerada de caráter ativista.

Contudo, esta postura ativista recebe críticas principalmente no sentido de que a efetivação do direito à saúde demanda do Poder Judiciário, muitas vezes, o ingresso na esfera de competência dos outros Poderes, ferindo desta forma o princípio constitucional da separação dos poderes.

Deve-se considerar, nesse contexto também, a questão da judicialização do direito à saúde e a falta de legitimidade dos magistrados, deixando assim de representar a vontade popular. Roberto Gargarella, em forma de questionamento expõe sua crítica:

Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto gozam de

estabilidade em seus cargos, livre do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância sobre a vontade popular? ¹⁶¹

Em virtude de os juízes não serem eleitos, questiona-se a legitimidade dos magistrados de adentrarem na seara de competência dos demais poderes.

No entanto, não se pode tratar a falta de legitimidade eletiva dos magistrados como condição *sine qua non* para argumentar sobre a impropriedade das decisões que , efetivam, principalmente, o direito à saúde. Em se tratando deste direito fundamental, deve-se levar em consideração, o fato de se tratar de uma clausula pétrea e um desdobramento do próprio direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, necessária se faz analisar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em face do princípio da separação dos poderes.

Cumprir examinar com acuidade até que ponto esta postura do Supremo Tribunal Federal, no objetivo de concretizar direitos fundamentais, afronta a princípio da separação dos poderes. Estaria mesmo a Suprema Corte, na tentativa de efetivar a própria Constituição, contrariando-a?

4.2 – A separação dos poderes

É consagrada na Constituição Federal de 1988, a teoria da separação dos poderes ou ainda, a tripartição dos poderes. Essa teoria desenvolvida por Charles-Louis de Secondat¹⁶² e independentemente da nomenclatura utilizada, tem como objetivo principal, evitar que o poder de uma nação fique concentrado exclusivamente nas mãos de seu governante, evitando assim atitudes de caráter tirana. Hans Kelsen já alertava quando afirmou que “a significação histórica do princípio chamado separação dos

¹⁶¹ GARGARELLA, Roberto. *Apud*, CRITSINELIS, Marcos Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 28.

¹⁶² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Barão de. *O Espírito das Leis*. Trad.: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

poderes encontra-se precisamente no fato de que ele opera antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes”.¹⁶³

Mas uma questão deve ser levantada: será que atualmente esta teoria deve ser analisada conforme o momento histórico em que atravessava a França no Século XVII?

Quando Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, desenvolveu seu pensamento fundado nas ideias de John Locke, tinha com maior escopo a desestruturação dos governos absolutistas e tiranos, nos quais a França do Séc. XVIII vivia. Hoje no Brasil não há governos centralizadores e, por isso que a Constituição Federal de 1988 traz a ideia de funções de poderes independentes, porém harmônicos entre si.

A leitura contemporânea deve ser outra. Por isso temos o Poder Judiciário fazendo controle de constitucionalidade, o Executivo vetando projetos de lei e o Legislativo votando a permanência de seus membros.

Entretanto, em um primeiro momento, falará-se-á sobre a teoria da Separação dos Poderes em sua forma original desenvolvida por Montesquieu, passando pela análise de interpretações de outros autores e, ao final, traçando uma visão pautada no momento histórico atual pra delinear o panorama no sentido de um novo entendimento no Brasil.

Cumprе ainda ressaltar que a expressão “Separação dos Poderes” sofre algumas alterações na medida em que o poder Estatal é indivisível, existindo apenas uma divisão de funções do Poder.¹⁶⁴ Contudo, ainda que se entenda realmente que o poder é indivisível, para manter coerência com a teoria original, passará a utilizar o termo “separação dos poderes.”

Para que não houvesse a interferência de uma das funções do poder nos outros, Montesquieu cria a teoria dos freios e contrapesos. Através dela, o poder não gera tentação ao homem que o detêm. A partir do momento que as funções do Estado não se encontram mais concentradas nas mãos de um homem governante, as arbitrariedades tendem a diminuir.

¹⁶³ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. De Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 402.

¹⁶⁴ Vide SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional: justiça, segurança jurídica e verdade*. 2008. f. 237 Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Assim, para Montesquieu, a separação dos poderes por meio dos freios e contrapesos, é a medida que se impõe contra governos tiranos na busca incessante da distribuição de poder e não concentrá-lo nas mãos de um só.

Com o início da aceitação da ideia de especialização, criaram as funções típicas e atípicas de cada Poder. Entende-se por função típica, aquela inerente à atuação do respectivo Poder. Já por função atípica, aquela que não é sua função primordial, alcançando a função secundariamente, sendo esta a função principal de outro poder. Assim ensina Montesquieu quando afirma que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está unido ao poder judiciário, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tiranas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo corpo ou o mesmo homem ou o mesmo corpo de príncipes ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes. O de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o a de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. [...] encontra-se a liberdade política unicamente nos estados moderados. Porém ela nem sempre existe nos estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites [...]. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.¹⁶⁵

Ainda, em se tratando de funções típicas e atípicas, é necessário entender que cada função do poder tem uma especialidade e que cada um deve desenvolver seu *mister* de uma forma mais efetiva e adequada do que o outro Poder. José Joaquim Gomes Canotilho nos ensina:

O princípio da separação de Poderes exige uma estrutura orgânica o que significa que a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada (ou da única forma adequada) da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos.¹⁶⁶

Mas é de se observar que há uma reserva especializada de função típica em cada um. Cada qual agindo dentro de sua competência e especialidade. Entretanto, esta

¹⁶⁵ MONTESQUIEU, *op. cit.* p. 187.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* p. 552.

forma rígida e engessada exposta por Montesquieu é objetivada por Canotilho quando da afirmativa de que os poderes são rigidamente separados.

Alerta que há funções atípicas e que estas possibilitam aos Poderes irem além de suas funções. Contudo, por não serem funções típicas, deve ser guardada a devida prudência ao executa-las. Assim propõe:

Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria da separação dos poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e seus ministros), o legislativo (1ª câmara e 2ª câmara, câmara baixa e câmara alta). Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de anistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara alta sob acusação da Câmara baixa.¹⁶⁷

Mas o ingresso de um poder na competência de outro, principalmente no tocante ao Poder Judiciário, ainda que admitido e possível, deve-se respeitar alguns critérios até para proteção do Estado Democrático de Direito, entendendo quais são os limites em exercer sua função atípica e ingressar na esfera de competência de outro Poder. Assim observa Elival da Silva Ramos:

A observância da separação de Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. Há, pois, a necessidade de se perquirir quais são, em linhas generalíssimas, as notas materiais da jurisdição.¹⁶⁸

Desta forma, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, em oportunidade do discurso da posse do então Presidente da Corte, o Ministro Gilmar Mendes, acaba por citar uma das possibilidades que creditam o Poder Judiciário em alcançar a competência dos outros Poderes, Vejamos:

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 114.

¹⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. *op. cit.*, 2010, p. 117.

[...] tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. 169

Chega-se a um entendimento. Quando da omissão de outros Poderes, poderá o Judiciário atuar e ingressar na esfera dos outros, desde que haja inércia ou omissão na concretização de suas funções. Isto se dá, haja vista a necessidade de efetivação, principalmente do texto Constitucional.

Ainda mais que, em se referindo ao direito à saúde, por assumir natureza de direito subjetivo, sua força normativa se faz presente sendo necessária a efetivação de tal direito fundamental e garantir a concretização dos ditames constitucionais.

Porém, consta no bojo do artigo 2º da Constituição Federal de 1988 que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Pois bem, em se tratando de Poderes, ainda que independentes mas harmônicos entre si, entende-se que a vontade do legislador era a de determinar uma função subsidiária de um Poder na hipótese de omissão dos demais. Segundo Paulo Bonavides, a interpretação constitucional deve se desapegar do racionalismo positivo, buscando seus sentidos, embasados em “uma interpretação mais ou menos livre, consentida a uma autoridade, especialmente o juiz, a fim de adaptar o conteúdo da norma a exigências práticas surgidas depois da emanação da própria norma” 170

Há de se levar em consideração, que na contemporaneidade, a forma como Montesquieu, no Século XVIII, desenvolveu a teoria, encontra-se ultrapassada, tendo em vista, como dito alhures, que a teoria vinha de encontro principalmente com a tentativa de frear os governos tiranos e centralizados.

Não havia para época o que entendemos hoje por Estado Democrático de Direito. As garantias sociais eram flagrantemente desrespeitadas, o que já não acontece

¹⁶⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>, acesso em 05 de Outubro de 2013.

¹⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 405.

ainda que de forma descarada na sociedade moderna. Dalmo de Abreu Dallari é preciso ao afirmar que:

Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando se imaginava o “Estado Mínimo”, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e possibilidade de se exigir que eles fossem respeitados. Esse desajuste, sob certos aspectos, é ainda mais acentuado quanto ao judiciário (...) ¹⁷¹

E como a questão da separação dos poderes acentua-se nitidamente e com mais enfoque na atuação do Poder Judiciário, como afirmou Dalmo de Abreu Dallari, nada mais coerente do que trazer à baila a opinião de Ministros do Supremo Tribunal Federal, até pelas críticas atuais sobre a postura ativa da corte, acerca da leitura contemporânea da teoria em questão.

Em razão do julgamento da ADI nº 3367, que tratou dos poderes do Conselho Nacional de Justiça, ocorreram manifestações nos votos que mostram o entendimento do Poder Judiciário sobre a questão. O Ministro Eros Grau, em sua fundamentação afirma que “o que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é um fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio.” ¹⁷²

É certo que quando é tratado sobre o equilíbrio, Eros Grau reportava-se à previsão constitucional de que os poderes são harmônicos entre si. A ideia de separação absoluta, também é combatida pelo Ministro Cesar Peluzo, em razão do voto da Adin nº 3367, trazendo, na oportunidade, os fundamentos do momento histórico atual, onde há de se ver:

A matriz histórica da separação dos poderes há de ser, pois, reconduzida, no contexto da causa, ao alcance do instrumento político que lhe emprestava o autor que a consagrou como teoria: conter o poder, para garantir a liberdade. É esta a razão por que, em coerência com seus pressupostos teóricos e objetivos práticos, MONTESQUIEU jamais defendeu a ideia de uma separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais. ¹⁷³

¹⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01.

¹⁷² GRAU, Eros, Adin 3367. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em 05/10/2013.

¹⁷³ PELUZO, Cesar, Adin 3367. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em 05/10/2013.

Após todos os posicionamentos trazidos, nota-se que não se deve entender a separação de poderes como absoluta. Pela harmonia dos Poderes, em caso de omissão de um ou outro pode suprir sua lacuna, contudo, de forma moderada.

O avanço do Poder Judiciário nas competências de outros Poderes, não fere a separação dos poderes. Entende-se que o ativismo judicial não macula a teoria da tripartição.

Deve-se analisar esta teoria sobre a perspectiva do Estado Democrático de Direito, onde, em razão da força normativa da constituição, a Carta Magna deve ser efetiva. Os direitos fundamentais ali contidos devem possuir força, a Constituição deve ser eficaz.

Não há ilegalidade quando o Supremo Tribunal Federal traz a concretização para direitos fundamentais, ainda mais se tratando do direito à saúde, este intimamente ligado ao direito à vida.

A omissão dos outros poderes legitima a extensão da atuação do Supremo Tribunal Federal com o fim de harmonizar os poderes e responder os anseios dos cidadãos e garantir seus direitos que expressos estão na Constituição Federal de 1988.

4.3 – Da efetividade do direito à saúde

O direito à saúde representa uma parcela do rol dos direitos fundamentais sociais contidos na Constituição Federal de 1988. Desta forma, ganhou importância tamanha que lhe conferiu *status* de direitos que estão acima da vontade política, pois representa a consagração constitucional de um direito.

Com o advento da nova visão do direito, onde o homem é considerado como ser em si mesmo e todas as medidas para salvaguardar sua dignidade foram tomadas ao ponto de conferir direitos de cunho social em âmbito constitucional, abre-se a questão que, contemporaneamente, encontra posicionamentos dos mais variados: os direitos fundamentais sociais, e nesta oportunidade trata-se especificamente do direito à saúde, são normas de cunho programático ou possuem efetividade imediata?

Para tanto, devemos entender que os direitos fundamentais sociais, ao serem elevados como direitos constitucionais, ocorrendo através de sua positivação na carta de 1988, expressa garantias para sua efetivação. Neste sentido nos ensina Luigi Ferrajoli:

Se a característica comum das constituições modernas é elevar os direitos sociais à característica de direitos constitucionais, a brasileira deu um passo adiante ao criar garantias de efetivação desses direitos. Essa característica faz da Constituição Federal brasileira de 1988 uma das mais avançadas do mundo.

174

Nota-se que a Constituição Brasileira de 1988 foi incisiva no quesito de elevar os direitos sociais à categoria de normas constitucionais expondo em seu bojo tais direitos. Assim apresenta-se na carta constitucional, direitos que podem ser pleiteados pelos cidadãos. Se houver entendimento de que os direitos sociais são apenas normas programáticas, estarão negando a força normativa da constituição e, conseqüentemente, a nova característica das constituições modernas bem como afirmou Ferrajoli.

Mas para se falar de eficácia do direito à saúde, é necessário recordar que os direitos sociais exigem dois tipos de atuação do Poder Público: a primeira chamada de positiva e outra de negativa. Esta dupla atuação se justifica pela importância que este direito representa para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Interessante ressaltar a importância que o direito à saúde possui na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, este também constitucionalmente consagrado.

A saúde, por estar intimamente ligada ao bem maior que é a vida, encontra uma proteção diferenciada. É o bem maior a se tutelar no ordenamento jurídico. Assim explica André da Silva Ordagcy quando afirma que, “a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida”.¹⁷⁵

Contudo, ainda que os direitos sociais necessitem para sua efetivação de uma postura positiva do estado, o que será analisado adiante, encontram-se momentos em que a atitude negativa também é determinante, ainda que esta esteja mais relacionada com a

¹⁷⁴ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-16/constituicao-brasileira-avancadas-mundo-luigi-ferrajoli>. Acesso em 16/10/2013.

¹⁷⁵ ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em 30/09/2013.

efetivação dos Direitos de primeira dimensão. Este panorama pode ser visualizado segundo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet quando diz:

No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isso direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde.¹⁷⁶

Neste aspecto, percebe-se que para a concretização do direito à saúde, existe a necessidade, ainda que diferenciada, de uma atuação negativa do Estado e do particular, com o fim de preservar a vida do cidadão, preservando sua integridade física, seu bem estar e, sobretudo, sua integridade psicológica.

Mas há de salientar que diferentemente dos direitos de defesa propriamente ditos, os direitos sociais não logram sua perfeita eficácia somente com atuações negativas por parte do Estado. Por sua natureza de direitos prestacionais, há a verdadeira necessidade da atuação positiva. Não só o direito à saúde demanda, para sua efetividade completa, uma atuação positiva do Estado, assim como outros direitos fundamentais como se verá. Nesse sentido, José Luiz M. Esteves diz que:

É grande a quantidade de recursos necessários à manutenção dos direitos individuais, como o direito à propriedade, segundo o qual o Estado deve intervir para a sua garantia por meio da manutenção de um aparato que tem por objetivo impedir a turbção ou esbulho de terceiros, o qual se efetiva na organização de diversos serviços, pois a este direito é destinada grande parte da atividade policial, da justiça civil, e penal, e também de registro, controle e uso da propriedade móvel e imóvel.¹⁷⁷

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº11. 2007. p. 10. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=ingo%20Wolfgang%20Sarlet>. Acesso em 01/10/2013.

¹⁷⁷ ESTEVES, José Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p.50.

Assim, pode-se afirmar que o direito à saúde, em sendo direito social, encontra uma peculiaridade. É um direito tanto de defesa, quanto de prestações. Em outras palavras, pode-se afirmar que se trata de direitos negativos e positivos. Robert Alexy apresenta estas duas naturezas nos direitos sociais, onde há de se ver:

Los derechos de protección y los derechos de defensa han sido contrapuestos recíprocamente porque los primeros son derechos a acciones positivas y los segundos a acciones negativas. (...) El primero es un derecho frente al Estado a que este omita intervenciones; el segundo, un derecho frente al Estado para que este se encargue de que terceros se omitan intervenciones. Puede ponerse en duda la justificación de esta contraposición (...). También la acción positiva de proteger es una actividad estatal defensiva y no una configuración positiva. Aquí es correcto que en el derecho a protección se trata de defensa.¹⁷⁸

Desta feita, é nítida a importância do direito à saúde e, conseqüentemente, a sua efetivação. Não apenas atitudes de omissão são necessárias para a concretude deste rol de direitos sociais, mas também, atuações positivas e prestacionais para que haja uma completa realização dos direitos aqui tratados.

Em se tratando de saúde, a carta constitucional exige que o Estado disponha, de forma universal e igualitária, medidas que venham suprir as necessidades da população, como entrega de medicamentos, hospitais e seus leitos, consultas médicas, entre outros.

Neste sentido vislumbra-se a atuação positiva por parte do Estado. Contudo, em se tratando de direitos fundamentais, uma questão ocorre: Seria suficiente apenas a entrega discricionária do Estado, através de políticas públicas, de medidas que visam sua efetivação?

A questão é: o direito a saúde é uma norma programática, aguardando o poder público elaborar políticas públicas para sua concretização ou um direito de eficácia imediata, sendo passível de requerimento direto de seu detentor?

Depara-se, desta feita, em determinados vetores que devem ser considerados para a devida resposta ao questionamento feito acima. Se fosse considerar o direito à saúde apenas uma norma de cunho programático, estaria negando a força normativa da constituição. Segundo Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 482.

“A força normativa da Constituição está a impor ao intérprete que este confira à norma constitucional sempre que possível, uma interpretação que assegure a maior eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.”¹⁷⁹

E negar a força normativa seria o mesmo que negar toda a vontade do legislador constituinte. Deve-se levar em consideração o postulado da máxima efetividade possível, onde é dever, considerar que todas as normas constitucionais possuem uma eficácia mínima, um determinado grau de normatividade, não podendo ser consideradas sem eficácia ou apenas diretrizes. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug afirma:

O postulado da máxima efetividade possível busca atribuir às normas constitucionais a maior eficácia possível. Não há negar-se que todas as normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima, mas o intuito deste é o de conferir uma interpretação que lhes dê uma maior eficácia. Note-se, que não há norma constitucional destituída de eficácia.¹⁸⁰

E neste diapasão, o intérprete constitucional deve buscar meios para verificar as normas constitucionais o mínimo de efetividade. Assim, deve-se encontrar meios para que as normas constitucionais estejam à disposição do cidadão brasileiro, podendo ser requeridos os direitos ali expostos de forma imediata. Neste sentido, ainda propõe Samantha Ribeiro Meyer-Pflug:

O intérprete deve, portanto, adotar uma solução que confira à norma constitucional a máxima efetividade, é dizer, a sua plena operatividade e eficácia. Ressalte-se que este princípio é utilizado para a interpretação de todas as normas constitucionais, sendo de grande valia, principalmente, em face das normas programáticas e de direitos fundamentais. Trata-se, na verdade, de um reforço ao princípio da unidade da Constituição. Nesse sentido busca-se atribuir eficácia a todas as normas constitucionais, evitando-se assim a existência de “normas não jurídicas”.¹⁸¹

Tanto é que o próprio texto constitucional, na oportunidade do seu parágrafo 1º do artigo 5º afirma que, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata. Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

¹⁷⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *A interpretação Constitucional suas especificidades e seus intérpretes*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em 18/10/2013.

¹⁸⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *op. cit.*

¹⁸¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *op. cit.*

Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possa vir gerar seus efeitos (...).¹⁸²

Deixar à cargo do legislador infraconstitucional, a incumbência de legislar, no sentido de trazer eficácia aos direitos fundamentais sociais .seria o mesmo que desacreditar no poderio que a Constituição Federal possui. Seria desrespeitar sua força normativa deixando o papel principal desta obra não ao protagonista, mas sim ao coadjuvante.

Desta feita, nota-se que os direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e, neste caso, mais especificamente o direito à saúde, possuem eficácia jurídica imediata. Não devem ser tratados apenas como boas intenções do legislador Constitucional ou diretrizes a serem implementadas pelo poder público.

São direitos que podem e devem ser cobrados pelos seus detentores, ou seja, o cidadão brasileiro. Ao ser outorgada a máxima eficácia a estes direitos e em caso de omissão do Estado, pode o titular do direito cobrar através do Poder Judiciário a entrega de medicamentos, a prestação de consultas e guarida hospitalar. Desta forma nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a possibilidade do titular desse direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram esse direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico no determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamentos, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde [...] o direito à saúde [...] é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade.¹⁸³

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº11. 2007. p. 8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=ingo%20Wolfgang%20Sarlet>. Acesso em 01/10/2013.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 11. 2007. p. 11. Disponível em:

Pode-se então considerar que no tocante ao direito à saúde, sua eficácia é imediata considerando não só o que pronuncia o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, mas também a força normativa e o postulado da máxima efetividade. Assim, em caso de desrespeito a esses direitos, e desta forma podemos citar a omissão do poder pública na entrega da prestação, abre-se a possibilidade do seu titular requerer, em se tratando de direito adquirido, por vias do Poder Judiciário.

E o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, se vê obrigado, em razão de sua missão de guardião da Constituição, em efetivar os direitos que constam na carta, até porque a mesma confere aos direitos fundamentais a aplicação imediata.

Assim, variadas decisões nascem da Corte Suprema visto a necessidade de concretização dos direitos constitucionais fundamentais, gerando a crítica no sentido de ser um Poder Ativista, mas, em contrapartida, apenas efetiva os mandamentos contidos na Carta.

Desta forma, passa-se a analisar os julgados que o Supremo Tribunal Federal possui em matéria de efetivação do direito à saúde e quais teorias utiliza para este *mister*.

4.4 – O Supremo Tribunal Federal e as políticas públicas de saúde

Como visto, Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição, tem o dever de zelar por seus preceitos e garantir o bom andamento do Estado Democrático de Direito.

Para que a carta constitucional não se transforme em apenas um documento de boas intenções, os ministros do Supremo Tribunal Federal valem-se da força normativa da constituição para efetivar os direitos fundamentais em casos concretos.

Assim, algumas discussões se apresentam como o fato da tripartição dos poderes, princípios este também consagrado na Constituição de 1988. Em se tratando de direitos fundamentais, a sua efetivação pode ocasionar o necessário ingresso nas questões de políticas, até por que, é desta maneira que o Poder Executivo implanta suas estratégias para ver os direitos sociais entregues à sociedade.

Por vezes, a atuação ativa do Supremo Tribunal Federal no que tange à entrega jurisdicional do direito à saúde causou mal-estar, principalmente com o Poder Executivo que se viu na obrigação de cumprir as ordens advindas daquele.

Sabedor dessa polêmica, o ministro Gilmar Mendes, na ocasião Presidente da Suprema Corte, convocou uma audiência pública com representantes de toda a sociedade civil para discutir a judicialização do direito à saúde.

O objetivo da audiência pública foi de, após ouvir os especialistas convidados, trazer uma uniformização dos julgados referentes o direito à saúde em todos os tribunais da federação. Teve ainda, como intenção, “esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas, envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde.”¹⁸⁴

Assim, visto sua importância, a audiência pública sobre a judicialização da saúde ocorreu nos dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 05 e 06 de maio do ano de 2009.¹⁸⁵ Em clima amistoso, o ministro Gilmar Mendes coordenou os trabalhos deixando os expositores desenvolverem seus temas com muita liberdade, com o fim precípuo de enriquecer os debates e a internalização de conhecimentos e opiniões na Suprema Corte.

A audiência foi tão bem recebida e de importância no debate da questão que o então ministro Menezes Direito, na oportunidade de sua intervenção, assim declarou:

Eu ouvi as intervenções que foram feitas, salvo aquelas inaugurais, e entendo que este sistema de audiência pública tem essa faceta democrática e nós vamos até, em algum momento, chegar a perfeição de abrir a possibilidade dos presentes de fazerem perguntas àqueles que estão participando do debate, o que certamente vai enriquecer.¹⁸⁶

¹⁸⁴ BRASIL. *Audiência Pública: Saúde*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, p.31.

¹⁸⁵ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências Públicas e Ativismo. Diálogo social no STF*. Coord. Vanice Regina Lírio do Valle. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 82-88.

¹⁸⁶ BRASIL. *Audiência Pública: Saúde*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, p.80.

Nota-se a significação do desenvolvimento institucional e do tema proposto pela audiência para a abertura democrática, até porque, as decisões relacionadas à efetivação do direito fundamental à saúde, em sua órbita subjetiva, alcançam a esfera das políticas públicas.

E justamente para apaziguar essa tensão criada entre os poderes da República no tocante às políticas públicas e decisões judiciais relacionadas à saúde que, buscaram a solução através desta audiência. O ministro Gilmar Mendes através deste expediente regulamentado pela Emenda Regimental nº 29, alterando a redação do artigo 13, XVII do RESTIF, busca a solução tendo em vista a complexidade e quantidade de matérias à este respeito que chegam até a Corte.¹⁸⁷

E diante da complexidade do tema, a uniformização dos critérios de decisão é necessária para os juízes, de tribunais inferiores, que de frente com a necessidade de emitir sentença sabe que sua decisão é, por vezes, a única solução para a salvação da vida do indivíduo. Os tribunais não podem se esquivar de decidir o pedido, até porque a saúde é direito constitucionalmente consagrado. Ainda na abertura da audiência pública de saúde, o Ministro Gilmar Mendes em seu discurso já alertava sobre a questão:

Este é o drama que se coloca e que nós vemos muitas vezes, porque os pedidos em geral, formulam-se inicialmente em sede de decisão de tutela antecipada ou de cautelar e o juiz que vê às voltas com um sopesamento, com uma ponderação extremamente complexa que há de se fazer imediato, praticamente sem que se tenha tempo de fazer maiores pesquisas ou estudos, o que justifica ainda mais a necessidade desse processo sofisticado de racionalização que estamos tentando fazer em âmbito dessa audiência pública.¹⁸⁸

E visto esta complexidade, nada mais interessante que, após ouvir todos os especialistas chegar em um consenso sobre a uniformização de parâmetros acerca das decisões relacionadas ao direito à saúde.

Contudo, a audiência pública deixou margens de reflexão sobre a possível tentativa do Ministro Gilmar Mendes em aproximar a atuação do Supremo Tribunal Federal com a do Tribunal Constitucional Alemão. Naquele país, a Corte Constitucional em suas decisões de efetivação de direitos fundamentais possui uma postura de aconselhar

¹⁸⁷ Cf. Nota de rodapé: DO VALLE, Vanice Regina Lirio. *op. cit.*, p. 82.

¹⁸⁸ BRASIL. *Audiência Pública: Saúde*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, p.33.

e debater com outros poderes acerca do cumprimento de sua omissão e, só a partir da permanência da omissão que o tribunal se manifesta no sentido de cumprimento.

Analisa-se que, com a tentativa de aproximação dos poderes na oportunidade da audiência pública, houve a intenção de aproximar os poderes para que a tensão existente em razão das demandas que chegam ao Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política em especial no tocante ao direito à saúde, possa ser tratadas e legitimadas democraticamente.

A tensão citada é clara em razão da atuação do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, na efetivação de direitos fundamentais e na realização do direito social à saúde. Desta forma, transcreve mais um trecho do discurso inicial da audiência pública:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais tem significados um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema.¹⁸⁹

Desta forma, nota-se a linha tênue que se encontra entre Poder Executivo e Judiciário entre a prática Ativista do Supremo Tribunal Federal no tocante à efetivação do direito fundamental à saúde. Vanice Regina Lório do Valle afirma:

Por certo que as prospecções decorrentes da iniciativa revelam o estreito liame que se firma entre uma conduta ativa da Suprema Corte e os limites da competência dos outros poderes, ainda mais em se tratando do assunto em pauta, que por si induz a um questionamento não somente acerca da competência das esferas do poder Legislativo, Executivo e Judiciário, mas, principalmente, o papel das próprias esferas de governo: União, Estados e Município em matéria de criação e efetivação de políticas públicas – garantia do direito fundamental à saúde.¹⁹⁰

Desta forma, percebe-se a real intenção da promoção da audiência pública. A tentativa de encontrar um consenso entre os poderes para que o direito fundamental à saúde possa ser devidamente efetivado. Ficou evidente que o resultado da audiência não

¹⁸⁹ BRASIL. *Audiência Pública: Saúde. op. cit.*, p.31.

¹⁹⁰ Cf. DO VALLE, Vanice Regina Lório. *op. cit.*, p. 86.

serviria apenas para uniformizar a jurisprudência acerca da prestação jurisdicional mas também para legitimar uma ação mais ativa do Supremo Tribunal Federal na cooperação de criação de políticas públicas de saúde, nem que para isso possa recair sobre a corte a crítica de invasão da competência dos outros poderes.¹⁹¹

Dessa audiência fico consignado, em seus anais, o resultados das exposições e debates que posteriormente, em março de 2010, foram publicados nas Recomendações nº 31 pelo Conselho Nacional de Justiça. Tais diretrizes¹⁹², embora aconselhe que se evitem decisões jurisdicionais no sentido de determinar uso de medicamentos e tratamentos experimentais sem a autorização da ANVISA (Agência Nacional de Saúde) entre outras, em nada se manifestou acerca da proibição de emitir decisões no sentido de ingressar na órbita das políticas públicas, mostrando claramente a intenção do Supremo Tribunal Federal em manter sua postura ativa no que concerne a efetivação do direito fundamental à saúde.

É evidente que a audiência pública de saúde resultou em recomendações e até serviu como legitimação democrática das decisões da Corte Constitucional brasileira. Porém, como tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal no tocante às decisões relacionadas com políticas públicas?

É clarividente que a Suprema Corte entende, necessária tal postura para ver efetivos os direitos fundamentais constitucionais e, conseqüentemente, elevar ao seu maior patamar o Estado Democrático de Direito. Felipe de Melo Fonte nos esclarece que:

[...] o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de controle judicial de políticas pública quando está em questão o adimplemento dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, sendo este um de seus parâmetros.¹⁹³

É certo que o entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ou da maioria deles, caminha no sentido da possibilidade de controle judicial em políticas públicas. Desta forma, é importante entender quais as teses utilizadas nas fundamentações

¹⁹¹ BRASIL. *Audiência Pública: Saúde. op. cit.*, p.36.

¹⁹² Inteiro teor das recomendações disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10547:recomendacao-no-31-de-marco-de-2010&catid=60:recomendas-do-conselho&Itemid=515>.

¹⁹³ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200.

dos julgadores para sustentar o entendimento. Salienta-se que, em coerência com o tema proposto, serão tratadas das decisões sobre o direito fundamental à saúde relacionadas com as políticas públicas.

Em se tratando de direito à saúde, importante lembrar de sua íntima relação com o direito à vida, sendo este o mais importante bem jurídico a ser tutelado. E todos gravitando no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Denominam-se estes direitos fundamentais como nucleares.¹⁹⁴

O por estarem inseridos no núcleo da dignidade da pessoa humana, merecem atenção especial no tocante à sua efetivação por parte do Supremo Tribunal Federal, pois tratam de direitos que visam a concretude do mínimo existencial.

Marcos Maselli Gouvêa ao tratar do mínimo existencial entende que:

Consiste o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, fruição concreta da liberdade e a dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal.¹⁹⁵

O mínimo existencial é uma somatória de fatores e garantias que propiciam ao indivíduo o mínimo de bem estar, acarretando dignidade à sua existência. O direito à saúde faz parte desse rol que, ao ser efetivado garante a concretização do mínimo existencial.

A teoria em comento está presente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que concretizam o Direito à Saúde. Para fim de exemplificação, utiliza-se uma das mais importantes e significativas decisões da Suprema Corte sobre controle e intervenção do Poder Judiciário sobre políticas públicas relacionadas ao direito à saúde. Trata-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO

¹⁹⁴ Cf. FONTE, Felipe de Melo. *op. cit.* p. 201.

¹⁹⁵ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257.

CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Nesta mesma decisão o ministro relator Celso de Mello levanta outros fatores que autorizam, ao seu ponto de vista, o Supremo Tribunal Federal, a intervir sobre políticas públicas de saúde. Cita sua argumentação acerca da atribuição da corte constitucional em concretizar os direitos sociais:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal.¹⁹⁶

Continua o ministro Celso de Mello argumentando que o Estado que deixa de cumprir, qualquer que for a extensão da omissão, preceitos contidos na Constituição, está ofendendo e desrespeitando a própria carta, sendo passível a intervenção pelo Poder Judiciário:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídico, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.¹⁹⁷

Contudo, ainda na mesma decisão (ADPF 45), é tratada da teoria da reserva do possível, objetivando assim encontrar um contra senso nas decisões que efetivam o

¹⁹⁶ RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

¹⁹⁷ RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

direito fundamental à saúde, pois os direitos sociais dependem de entregas do poder públicos e estas estão vinculadas às questões orçamentárias.

Definimos então a teoria da reserva do possível como a análise da possibilidade financeira, que o Estado possui para o cumprimento de determinadas decisões que visam a efetivação de direitos sociais. Gustavo Amaral nos diz que a reserva do possível não deve ser desconsiderada quando afirma:

A escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo que fundamentais, não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas. Certamente na quase totalidade dos países não se conseguiu colocar a todos dentro de um padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.¹⁹⁸

Tanto é que na decisão foi tratada sobre a necessidade de se considerar o binômio razoabilidade da pretensão e possibilidade do Estado. Enxerga-se tal argumento quando é transcrito que:

Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.¹⁹⁹

Ainda, percebe-se que em razão da força normativa da Constituição, os direitos sociais que outrora foram chamados de normas programáticas, não podem ser usados como motivo para a justificação da falta de implementação de políticas públicas de saúde e conseqüentemente a concretização deste direito social, onde há de se ver:

[...] a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente [...] a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), legitimando a atuação do poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.²⁰⁰

¹⁹⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 185.

¹⁹⁹ ADPF-MC N.º 45, Rel. Celso de Mello, DJ 4.5.2004.

²⁰⁰ AGR-RE N. 271.286-8, Rel. Celso de Melo, DJ 12.09.2000

Desta forma, nota-se que o Supremo Tribunal Federal tem posição ativa no tocante à intervenção jurisdicional em políticas públicas de saúde, fundamentando sua postura na missão de guardião da Constituição e do Estado Democrático de Direito. No caso de omissões do Poder Público no tocante à efetivação dos direitos sociais, entende legítima sua intervenção para ver concretizado o direito fundamental à saúde.

Contudo, deve-se notar que mesmo após a audiência pública sobre a judicialização do direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal continuou entendendo possível a interferência sobre políticas públicas neste aspecto.

Conforme o Agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 no estado do Ceará, no ano de 2010, o ministro Gilmar Mendes nega provimento ao recurso. Assim, a ementa que transcreve-se abaixo é clara em mostrar a interferência nas políticas públicas de saúde por parte da Suprema Corte:

EMENTA: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PARAMETROS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DOS CASOS CONCRETOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: ZAVESCA (MIGLUSTAT) FÁRMACO REGISTRADO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À ECONOMIA, À SAÚDE E À SEGURANÇAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A decisão do ministro Gilmar Mendes vem de encontro com os ditames outrora citados. Houve uma ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível e ao final, a concretização do direito fundamental à saúde em um patamar subjetivo. A Corte sustenta sua postura ativa na concretização deste direito fundamental.

Por fim, o tema já possui repercussão geral, em razão do julgamento do Recurso Especial 467, onde o ministro Marco Aurélio, em sua decisão a reconhece, onde se vê na ementa:

SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. POSSUI REPERCUSSÃO GERAL CONTROVÉRSIA SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE O PODER PÚBLICO FORNECER MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, com objetivo de concretizar o direito fundamental à saúde, munido do argumento de que não há como deixar de efetivar direitos sociais com núcleo na dignidade da pessoa humana, entende possível a interferência jurisdicional nas políticas públicas para garantir, não só como o mínimo existencial, mas como a força normativa da Constituição.

CONCLUSÃO

Ao tratar de direito a saúde, inúmeras questões vêm à tona trazendo discussão no meio acadêmico, principalmente em pontos relacionados à sua efetivação. Um considerado número de fatores corroboram para este debate, visto a complexidade do caso em comento, principalmente no tocante à entrega jurisdicional deste direito, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Após a segunda guerra mundial, o mundo ocidental horrorizado com as barbáries ocorridas durante o conflito, vislumbrou a necessidade de avançar no sentido de proteger o ser humano em sua dimensão profunda e individualizada: a sua dignidade.

Surge uma nova ordem que, após o fim da segunda guerra mundial, buscou religar o direito positivo com a moral e os valores, denominando-se assim de Neoconstitucionalismo. Os valores e princípios são chamados à baila para fundamentar decisões que buscam não só a subsunção legal, mas contudo, a justiça social.

Desta feita, é criada a Organização das Nações Unidas e em consequência, promulgada a Declaração Universal dos Direitos dos Homens. Nesta declaração, o direito à saúde é incluso em forma de “direito valor”.

Assim, a maioria das constituições ocidentais passam a positivar o direito à saúde no bojo de seus textos. E tal fato não foi diferente com a Constituição Federal brasileira de 1988. Seus artigos 6º e 196 positivam o direito à saúde, pois sofrendo influência da Declaração Universal.

O direito à saúde é direito fundamental, de segunda dimensão, constante no rol dos direitos sociais. Para sua efetivação são necessárias as prestações positivas do Estado. Contudo, na maioria das vezes estas prestações são deficitárias e as políticas públicas necessárias são insuficientes para garantir este direito constitucional para toda a sociedade.

E em razão dessas omissões, na concretização do direito fundamental à saúde, nasce um fenômeno interessante, que são as demandas em face do Poder Judiciário objetivando a concretização do direito à saúde.

Os programas e políticas públicas de saúde no Brasil não correspondem à necessidade dos cidadãos e desta forma, o indivíduo procura o Poder Judiciário para ver satisfeito este direito.

E para tanto, o Poder judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, se vê na obrigatoriedade de efetivar o direito fundamental à saúde tendo em vista sua missão institucional que é a proteção da Constituição.

No texto da Constituição Federal de 1988 constam matérias que são de cunho político, como exemplo os direitos sociais. Assim, a efetivação destes direitos demandam atuações positivas do Poder Público. Mas em caso de omissão destas atuações e consequentemente a não efetivação do direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal, através da força normativa da constituição, possui o dever de efetivar este direito. Deixar a mera vontade do Poder Executivo e ser conivente com o desrespeito constitucional.

Esta interferência do Supremo Tribunal Federal nas políticas públicas é classificada como ativismo judicial, sofrendo algumas críticas, principalmente no tocante ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Entende-se por ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, a postura ativa no sentido de concretizar direitos fundamentais. E estas decisões, em se tratando de direitos sociais, ingressam na competência do Poder Executivo.

Surge a questão: existe desrespeito ao princípio constitucional da separação dos poderes? Não. Deve-se levar em consideração o fato de que quando Montesquieu desenvolveu seu pensamento, o estado Francês passava por período absolutista, com concentração de poderes nas mãos do governante. Assim, se fazia necessário que os poderes fossem descentralizados.

Contudo, o Brasil não vive mais sobre o domínio de governos autoritários. A tripartição radical dos poderes não é mais necessária nos tempos atuais. Tanto é que a própria Constituição de 1988 afirma que, os Poderes são independentes, porém harmônicos entre si.

Vê-se que os Poderes possuem interdependência e harmonia com o fim de concretizar a Constituição e promover o Estado Democrático de Direito. Em caso de omissão de um dos Poderes, o outro atua para ver os direitos constitucionais efetivados.

E como o direito à saúde faz parte do rol dos direitos sociais constantes na Constituição Federal de 1988, no caso de omissão do Poder Executivo na busca de seu

cumprimento, a Corte Constitucional deve agir no sentido de efetivá-lo. Mas deve-se clarificar que esta atuação se dará quando provocada.

E o Supremo Tribunal Federal age de forma ativa com o intuito de efetivar o direito à saúde como mecanismo de preservação da vida e da dignidade da pessoa humana. E para tal mister, utiliza de uma nova forma de hermenêutica, otimizando princípios e dando aplicação à normas que outrora eram tratadas apenas como programáticas.

E se fosse tratados o direito à saúde pela Suprema Corte como norma programática, seria o mesmo que desconsiderar a força normativa da constituição. Mas com essa atitude ativista da Corte no sentido de garantir a força normativa, a dignidade da pessoa humana, a efetivação do direito fundamental à saúde é garantido, fazendo-se respeitar a Carta Magna.

O Ativismo Judicial busca a concretização dos preceitos da Constituição de 1988 perante a inércia institucional. Mas, esta concretização invade a esfera das políticas públicas, devendo observar que o avanço na esfera dos outros poderes é fruto de suas omissões gerando assim motivos que ensejam essa postura ativa do Supremo Tribunal Federal. Buscar delimitar seu espaço e impor respeito às suas decisões levam, sobretudo, com que a Corte Constitucional expanda seus poderes de atuação.

Há de se notar que anteriormente, a teoria da reserva do possível era utilizada como jurisprudência defensiva. Entretanto, atualmente a Corte está voltada para a proteção do mínimo existencial. Assim, prestigia o dignidade da pessoa humana efetivando o direito fundamental à saúde.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é cristalina em admitir a efetivação do direito à saúde determinando ao Poder Público, entre outras ações, a promoção de tratamentos e entrega de medicamentos.

É inadmissível a não concretização de direitos fundamentais pois estes figuram como núcleo da própria dignidade humana, sendo que o direito à saúde encontra-se neste seletto grupo.

Não se deve pensar em Ativismo Judicial como uma ditadura do Judiciário e sim como a medida, ainda que excepcional, de efetivação de direitos fundamentais em tempos de crise institucional dos outros poderes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, balancing na rationality*. Ratio Juris, v.16, n.2, 2003.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudos políticos y constitucionales, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à Saúde: Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito à prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial, e o valor das abordagens coletivas e abstratas*. In: SOUZA NETO, Cláudio

Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 06/07/ 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG. *Escrito sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. Texto não publicado, 2011.

BRASIL. *Audiência Pública*: Saúde. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e VENTURA ROBLES, Manuel E., *El futuro se la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues, “*Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.*” *Rev. Sociol. Polit.* [online]. Nov. 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora RT - Revista dos Tribunais, 1998.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema de construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da informação Legislativa*, 135:5, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Giuffrè, 1952.

CRITSINELIS, Marcos Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DE PAULA, Daniel Giotti. Uma leitura crítica entre ativismo e Judicialização da Política. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTEVES, José Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, Passado y futuro Del Estado de derecho, in Miguel Carbonell (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARNETT, Richard W. Debate: judicial activism and its critics. University of Pennsylvania Law Review, 2006. v 155.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Codificação e cláusulas gerais. In. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: v. 2, jan-mar. 2000.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUARAPON, Antonie. *O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Editora Renovam, 1999.

GUIMARAES, Luiz Carlos Forghieri. *Direitos Fundamentais e relações desiguais*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direito Fundamentais*, São Paulo: RCS, 2007.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismo. In *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Coord. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HURRELL, Andrew. Power. Principles and Prudence: Protecting Human Rights In a deeply divided world. In: Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human Rights in global politics*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. De Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial review*. Califórnia Law Review, oct. 2004.

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *OS Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*. In. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura no Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; e ALVIM; Thereza (Coord). *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *A interpretação Constitucional suas especificidades e seus intérpretes*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em 18/10/2013.

MIRANDA, Jorge. *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Princípa Editora, 2006.

MIARELLI, Mayra Marinho. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal* / Mayra Marinho Miarelli, Rogério Montai de Lima. – Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Barão de. *O Espírito das Leis*. Trad.: Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 24 ed. São Paulo: RT, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 95, dez. 2007.

ORDACGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf.

PEREZ LUÑO, Antonio Eduardo. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Código internacional dos Direitos Humanos anotado. Coordenação Geral Flávia Piovesan. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos – São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva. 2009.

RIBEIRO, Patrícia Carvalho. Judicialização da Política – Estudos de casos. Disponível http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5828/judicializacao_politica_ribeiro.pdf?sequence=1. Acesso em 07/07/2013.

ROZICKI, Cristianne. *Supremacia da Vontade Popular e Alterações ao Texto da Constituição da República*. Caderno Goiano de Doutrina, Goiânia, 06/03/1999. Disponível em: < <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/010601/2a032.htm>>. Acesso em: 08/07/2013.

SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspoli; BENACCHIO, Marcelo. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. In: Baez, Narciso Leandro Xavier; Branco, Gerson Luis e Porciuncula, Marcelo. *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e na Europa*. Joaçaba: Unoesc, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº11. 2007. p. 10. Disponível em Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp.?txt_busca=ingo%20Wolfgang%20Sarlet>. Acesso em 01/10/2013.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais – alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos, conceito, significado e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional: justiça, segurança jurídica e verdade*. 2008. 237 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1998.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba; Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio. *Audiências Públicas e Ativismo. Diálogo social no STF*. Coord. Vanice Regina Lírio do Valle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Ductil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta 2005.

<http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/stf-enfrenta-temas-polemicos-independencia-peluso-eua>

http://www.conjur.com.br/2008-abr-/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico?pagina=5

http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei Acesso em 17/02/2013

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>, acesso em 05 de Outubro de 2013.

<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Aceso em 05/10/2013.

<http://www.conjur.com.br/2013-out-16/constituicao-brasileira-avancadas-mundo-luigi-ferrajoli>. Acesso em 16/10/2013.

http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10547:recomendacao-no-31-de-marco-de-2010&catid=60:recomendas-do-conselho&Itemid=515>.