

CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA – UNIALFA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
ECONÔMICO
NÍVEL MESTRADO

ROGÉRIO GOMES DE MESQUITA ALMEIDA

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO JUDICIÁRIO COMO MEIO DE
REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM ECONÔMICA
BRASILEIRA

Goiânia
2023

ROGÉRIO GOMES DE MESQUITA ALMEIDA

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO JUDICIÁRIO COMO MEIO DE
REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM ECONÔMICA
BRASILEIRA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico da Universidade Alves Faria (UNIALFA).

Orientador(a): Profa. Dra. Marina Faraco Lacerda Gama

Goiânia

2023

Catalogação na fonte: Biblioteca UNIALFA

A447e

Almeida, Rogério Gomes de Mesquita. A efetivação do direito à saúde pelo judiciário como meio de realização da dignidade da pessoa humana na ordem econômica brasileira. Rogério Gomes de Mesquita Almeida. – 2023.

123 f.: il. 30cm.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Marina Faraco Lacerda Gama.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Programa De Pós-Graduação em Direito

Constitucional

Econômico.– Goiânia, 2023.

1. Direito à Saúde. 2. Diálogos institucionais. 3. Ordem econômica constitucional. I. Gama, Marina Faraco Lacerda.

CDU: 614.2:346

ROGÉRIO GOMES DE MESQUITA ALMEIDA

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO JUDICIÁRIO COMO MEIO DE
REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM ECONÔMICA
BRASILEIRA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico da Universidade Alves Faria (UNIALFA).

Aprovado em (dia) (mês) (ano)

BANCA EXAMINADORA

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

Componente da Banca Examinadora – Instituição a que pertence

Para **Teses**, a banca examinadora é composta por **cinco membros**; nesse caso, devem-se incluir mais duas linhas na folha de aprovação

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo investigar a efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder Judiciário como meio para realização da dignidade da pessoa humana na ordem econômica constitucional brasileira. Nessa perspectiva, foi proposto verificar os efeitos das políticas públicas de saúde frente a crescente busca pelo Judiciário brasileiro para efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, levando-se em conta a ordem econômica constitucional para sua execução. A Constituição Federal de 1988 é um marco importante para formalização e concretização de políticas públicas, já que garante assim o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana. A dissertação permite considerar que a judicialização da saúde deve sempre ater a limites e critérios para a sua concessão ou denegação, levando em conta o protagonismo e ativismo do Judiciário na sua função de proteger os direitos fundamentais à saúde. Além disso, observou-se que a concretização do direito à saúde pelo Judiciário exerce papel importante na realização da ordem econômica constitucional, tendo em vista que cumpre o fundamento exposto no artigo 170 da Constituição Federal. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e análise preliminar sobre o tema central desta dissertação. Dessa forma, é possível concluir que as políticas públicas existentes que possibilitam o acesso à saúde devem ser revistas de modo a atender à saúde do cidadão brasileiro, procurando-se equilíbrio entre todos os três poderes – Executivo, Judiciário e Legislativo – para sua criação, execução e constante vigilância. O direito à saúde deve ser garantido de forma integral e universal, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana, devendo haver equidade e equilíbrio entre todo o sistema jurídico e político do Estado brasileiro, considerando que a efetivação do direito à saúde é um importante instrumento para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Ordem econômica constitucional. Direito à saúde. Judicialização. Protagonismo e ativismo judicial. Diálogos institucionais.

ABSTRACT

This dissertation aims to investigate the enforcement of the fundamental right to health by the Judiciary as a means to realize the dignity of the human person in the Brazilian constitutional economic order. From this perspective, it was proposed to verify the effects of public health policies in the face of the growing search for the Brazilian Judiciary to enforce the fundamental rights guaranteed by the Constitution of 1988, taking into account the constitutional economic order for its execution. The Federal Constitution of 1988 is an important milestone for the formalization and realization of public policies, since it guarantees the right to health and the dignity of the human person. The dissertation allows us to consider that the judicialization of health should always stick to limits and criteria for its concession or denial, taking into account the protagonism and activism of the Judiciary in its function of protecting the fundamental rights to health. In addition, it was observed that the realization of the right to health by the Judiciary plays an important role in the realization of the constitutional economic order, considering that it fulfills the foundation exposed in article 170 of the Federal Constitution. The methodology used was bibliographical research and preliminary analysis on the central theme of this dissertation. Thus, it is possible to conclude that the existing public policies that enable access to health should be reviewed in order to meet the health of the Brazilian citizen, seeking balance among all three powers - Executive, Judiciary and Legislative - for their creation, execution and constant surveillance. The right to health must be guaranteed in a comprehensive and universal way, in order to ensure the dignity of the human person, and there must be equity and balance between the entire legal and political system of the Brazilian State, considering that the realization of the right to health is an important instrument for the realization of human dignity.

Keywords: Constitutional economic order. Right to health. Judicialization. Judicial protagonism and activism. Institutional dialogues.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade;
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade;
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária;
AGRGAI	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento;
CF	Constituição Federal;
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil;
LC	Lei Complementar;
LOA	Lei Orçamentária Anual;
Min.	Ministro;
MP	Ministério Público;
MS	Mandado de Segurança;
NOAS	Norma Operacional da Assistência à Saúde;
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil;
OIT	Organização Internacional do Trabalho;
STF	Supremo Tribunal Federal;
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STJ	Superior Tribunal de Justiça;
SUS	Sistema Único de Saúde;
TJ	Tribunal de Justiça;
TRE	Tribunal Regional Eleitoral;
TRF	Tribunal Regional Federal;
TST	Tribunal Superior do Trabalho;
RE	Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A IMPRESCINDIBILIDADE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA JUSTIÇA SOCIAL	10
1.1. A fundamentalidade dos direitos sociais com a promulgação da Constituição Federal de 1988.....	19
1.2. A ordem econômica constitucional na concretização da dignidade da pessoa humana	26
2 O JUDICIÁRIO COMO PODER REVISOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE NO BRASIL	34
2.1. A judicialização das políticas públicas de saúde para a concretização da existência digna como fundamento da ordem econômica constitucional.....	40
2.2. Os movimentos jurídicos-políticos do Judiciário: protagonismo e ativismo judicial.....	48
3 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	62
3.1. A possibilidade de diálogos institucionais para a concretização dos direitos à saúde.....	74
3.2. O Judiciário como realizador da ordem econômica constitucional na efetivação do direito fundamental à saúde.....	86
CONCLUSÕES	111
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, significou a consolidação da saúde como um direito fundamental a ser garantido de forma integral e universal pelo Estado brasileiro. Porém, esse objetivo só seria alcançado por meio da necessária implementação (mínima) dos direitos fundamentais sociais, figurando a efetividade desses — notadamente do direito à saúde — como condição essencial ao exercício dos demais direitos civis e políticos.

Desta forma, inegável que a saúde fosse concebida como um direito fundamental cuja aplicabilidade é imediata, sobretudo, por força de sua extrema vinculação com a dignidade da pessoa humana, figurando, como dito, como verdadeiro requisito para o exercício dos demais direitos fundamentais, do que se depreende a sua inevitável fundamentalidade.

O objetivo da presente dissertação consiste em investigar a efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder Judiciário como meio para realização da dignidade da pessoa humana na ordem econômica constitucional brasileira. De forma específica, contextualizar a judicialização de políticas públicas voltadas para a efetivação e garantia do direito à saúde. Ressalta-se que o interesse nesse tema foi dado a partir da observação do crescimento de ações judiciais voltadas para o direito à saúde, ações individuais, que se distribuem nos órgãos de competência judicial.

Além disso, serão analisadas uma gama de jurisprudências que confirmam a atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos desta natureza, destacando a importância do STF na materialização do valor maior tutelado pela Constituição Federal que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Daí o porquê de estudar como o Poder Judiciário ajuda a ordem constitucional econômica com a efetivação do direito fundamental à saúde.

Por se tratar de competência institucional atribuída pela Constituição Federal de 1988, o STF deve interpretar a Constituição conforme os valores da última, de forma definitiva, dando máxima eficácia e efetividade ao seu texto. A atuação do membro do Poder Judiciário fica condicionada a provocação do interessado (princípio da inércia da jurisdição), evitando, então, abusos ou extrapolações no exercício dessas competências.

Existe uma falha sistêmica na promoção e efetivação do direito fundamental à saúde, que criou um problema gravíssimo, uma vez que, regularmente, pelas

instâncias ordinárias, previstas na Constituição, não se consegue obter êxito no exercício desse direito. A efetivação do direito à saúde é necessária para a realização da dignidade da pessoa humana e, somente, a partir disso, faz sentido o ordenamento constitucional empenhar-se em garantir outros valores, até mesmo, por meio da implementação e da regulamentação da ordem econômica, no seio da Constituição.

Deste modo, o que justifica o presente estudo é a necessidade da atuação do Poder Judiciário, muitas vezes, com uma postura ativista frente as demandas apresentadas, na implementação e cumprimento das políticas públicas relacionadas à saúde, de modo a resguardar direitos mínimos, atinentes a dignidade da pessoa humana, em outros termos, aqueles relacionados a integridade física e mental do indivíduo, imprescindíveis a consecução da existência digna, o que é o fundamento da Constituição, e da base para ordem constitucional econômica.

Com base em normas constitucionais predominantemente abertas, o STF vem avançando e exercendo um certo protagonismo, especialmente, nas ações que enfrentam litígios de natureza política, como é o caso da judicialização da saúde, consumando o seu dever institucional de interpretar a Constituição (art. 102, caput), consoante os valores expressos nesta. Por conseguinte, o Judiciário tem participação positiva na concretização da ordem constitucional econômica, vez que assegura os meios necessários para realização do seu fim social.

Diante do objetivo apresentado na dissertação, é relevante também mostrar ao leitor; o principal método para analisar este tema do ponto de vista da dignidade humana. Isso porque, proteger e assegurar o direito fundamental à saúde em um cenário social permeado por injustiça e desigualdades na distribuição de recursos é uma forma de garantir a eficiência deste preceito fundamental.

A saúde é um direito fundamental do homem, cuja interpretação deve ser sistemática, integrativa e democrática, proporcionando assim a inclusão e integral proteção da pessoa humana. A implicação prática e social do debate científico proposto é evidenciada no sentido de demonstrar que atualmente o Poder Judiciário tem se utilizado de critérios hermenêuticos para ampliar, limitar e restringir a efetivação do direito fundamental à saúde.

Por meio da pesquisa bibliográfica e documental foi possível construir análises temáticas, teóricas, comparativas e críticas do tema, delimitando-se o objeto da pesquisa mediante a utilização do método indutivo-dedutivo, partindo-se de uma visão macro (direitos à saúde enquanto mandamento de otimização para se garantir a

dignidade da pessoa humana) em uma direção a uma visão micro (efetivação da saúde na ordem constitucional econômica).

Além dessa introdução, o presente documento conta com mais três capítulos. O primeiro capítulo preocupa-se em compreender o direito fundamental à saúde e o direito à vida como valores da existência digna da pessoa humana na Ordem Constitucional Econômica, a ideia central é confirmar que a existência digna tem como valores o direito à saúde e a vida, já que sem estes não é possível existir vida plena, muito menos a dignidade da pessoa humana; também se encontra no primeiro capítulo, a introdução sobre a ordem econômica constitucional na concretização da dignidade da pessoa humana, busca-se neste item, a demonstração de que a ordem econômica constitucional pretende realizar a dignidade da pessoa humana; ao fim do primeiro capítulo, é trazido um questionamento sobre porque o direito fundamental à saúde é necessário para se ter o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humano na ordem constitucional econômica.

O segundo capítulo traz a função do Poder Judiciário, a conceituação de políticas públicas e sua elaboração, bem como proporciona a compreensão se o Poder Judiciário pode realizar políticas públicas e seus limites de atuação. Neste capítulo, buscou-se compreender como o Poder Judiciário assegura o direito fundamental à saúde e como se dá o processo de judicialização das políticas públicas de saúde. Salienta-se que o segundo capítulo, elabora a relevância dos movimentos jurídicos-políticos do Poder Judiciário: protagonismo e ativismo judicial.

Por fim, o terceiro capítulo introduz a ideia de como o regular desenvolvimento da ordem constitucional econômica se efetiva do fundamento da existência digna. Aqui, se preocupa em entender o que é o diálogo institucional e como este pode ajudar na concretização do direito à saúde. No final deste capítulo, é enfatizado como o Poder Judiciário assumi a função de garantidor da ordem econômica constitucional diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

Desta maneira, com base na análise de diversas decisões representativas dos Tribunais e apoio da doutrina especializada no tema, pretende-se compreender o papel exercido pelo Judiciário na interpretação das normas constitucionais relacionadas a dignidade da pessoa humana, em especial, a saúde, e assim, racionalizando os impactos dessas decisões para a ordem constitucional econômica.

1. A IMPRESCINDIBILIDADE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA JUSTIÇA SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, declara que a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados são direitos sociais. Hoje, os princípios constitucionais adotados pelos legisladores sobre a efetivação do direito à saúde desafiam sua implementação. Notadamente, o direito social à saúde é efetivado por meio do artigo 196 da Constituição Federal do Brasil, dependendo para o seu desenvolvimento e implementação a criação de políticas públicas eficazes. Nestes termos, ensina Barreto Júnior:

As políticas sociais no Brasil recente foram submetidas a profundas transformações, a partir do processo de transição democrática e, em especial, após a promulgação da Constituição de 1988. A Carta determinou que uma série de políticas, antes promovidas e de responsabilidade do governo central, passassem a ser executadas pelos municípios, transformando o desenho institucional e a engenharia técnica-política da teia de proteção social brasileira. Destaca-se, entre as políticas que passaram a ser de responsabilidade municipal, a da saúde, que foi submetida ao mais profundo processo de municipalização já ocorrido na política social do país. (BARRETO JÚNIOR, 2005, p. 1).

Denomina-se de Ordem Constitucional da Saúde os inúmeros dispositivos constitucionais alusivos ao direito à saúde, evidenciado pelo art. 196 e combinado com os direitos sociais fundamentais dispostos no art. 6º. Os princípios constitucionais do direito à saúde estão incluídos na Carta Magna "(...) em especial a universalidade e a descentralização das políticas, além da responsabilização do Estado em assegurar o acesso às condições de saúde, através do ditame inserido no texto constitucional: saúde, um direito de todos e um dever do Estado". (BASTOS, 1997, p. 8).

A relevância dos direitos fundamentais é incontestável em nosso ordenamento constitucional, todos os direitos e garantias expostos ao longo da Carta Magna merecem máxima eficácia e efetividade. Encarrega-se o Estado de promover integralmente os direitos ditos como fundamentais pelos três poderes, tais quais, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Deste modo, destaca-se que a saúde é essencial para existência digna de qualquer pessoa, seja ela física ou mental, ambos os aspectos são necessários para o pleno desenvolvimento do indivíduo na vida cotidiana e social. O conceito mais importante sobre Saúde se deu em 1946, no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde — OMS, que conceituou como “(...) estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. ” (DALLARI, 1995, p. 19). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948, estabeleceu em seu artigo 25, o direito à saúde.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Já no Brasil, o Supremo Tribunal Federal conceituou o direito à saúde como prerrogativa constitucional indisponível, assegurada por meio de políticas públicas, responsabilidade do Estado conceber condições objetivas com o fim de garantir o acesso efetivo dos serviços relacionados à saúde.¹ Revisitando, especialmente, os direitos prestacionais do Estado no âmbito da saúde (health care law).

A Carta Magna de 1988 introduziu, entre as nossas leis fundamentais, a proteção ao direito à saúde. A saúde é um direito fundamental de segunda geração, indispensável ao indivíduo, decorrente constitucionalmente do direito à vida. Considerado um dos direitos sociais mais relevantes e dever do Estado, através de políticas públicas sociais e econômicas que visem à proteção da pessoa saudável, ou seja, com a promoção do bom estado físico ou mental e com a ausência de enfermidades e doenças.

O intuito constitucional de promover a saúde como direito fundamental foi louvável e crucial para promoção de políticas públicas de saúde, no entanto, o problema atual é equilibrar as políticas públicas necessárias que devem ser defendidas e promovidas a fim de respeitar ao conteúdo mínimo do direito fundamental à saúde (SCARPA, 2021, p. 283). Diante deste cenário, fica evidente a

1 AI 734.487 – Agr. Rel. Min. Ellen Gracie, Dje de 20-08-2010.

necessidade da atuação do Poder Judiciário para assegurar a saúde, de forma atípica, em casos específicos, quando isso se mostrar indispensável para sua concretização.

A princípio, vale salientar, que o Estado é o titular do dever de promover e efetivar o direito à saúde, por meio de prestações positivas, implementando e aperfeiçoando, as políticas públicas indispensáveis pela integridade física e mental dos indivíduos, bem como as reduções das enfermidades e doenças (art. 196 CRFB). Além disso, o artigo 197 da Constituição Federal destaca que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Estado dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo a sua execução ser feita diretamente por seus próprios órgãos ou entidades, ou ainda, através de particulares, por pessoas físicas ou jurídicas, sob fiscalização do Estado.²

A expressão “direito de todos e dever do Estado” contém a pretensão universalizante desse direito, portanto entrega ao Estado a responsabilidade pela saúde. O Supremo Tribunal Federal, sensível aos princípios consagrados no texto Constitucional, conforme afirma o ministro Celso de Mello, em suas palavras, que “ (...) o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da república (art. 196) ”³.

Pode-se inferir que a saúde é direito exigível por todos. Eis que subjetivo, pode ser cobrado contra todos aqueles entes, estatal ou privado. Acrescente-se que cabe ao Estado a direção da prestação de serviços e ações de saúde, devendo fixar as diretrizes e parâmetros para o exercício destes.

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro e fundamento do Estado Democrático de Direito, não pode o Estado omitir-se no cumprimento de seu dever de prover o direito à saúde de forma eficaz e eficiente para todos. É obrigação do Estado assegurar a todos, indistintamente, o direito à saúde, conforme preconizado no dispositivo constitucional. Ingo Sarlet explica:

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que a nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma o direito constitucional positivo não se infere, ao menos

2 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 393175/RS. Relator Min. Celso de Mello, 12 de dezembro de 2006.

não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito a saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição”. (SARLET, 2001, p.12).

Destarte, que no âmbito federal a Lei n.º 8.080/1990,⁴ dispõe em seu artigo 1º “Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou Privado” (BRASIL, 1990), visando regular e realizar os mandamentos constitucionais expostos nos artigos 196⁵ e seguintes:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.⁶

A legislação federal conforma em seu artigo 2º, §1, que deve o Estado garantir a saúde, também, formular e executar as políticas econômicas e sociais que visem à diminuição dos riscos de doenças e outros agravos.⁷ Aqui, neste momento, é importante frisar, que o legislador se preocupou em positivar a formulação e execução das políticas econômicas e sociais, sinalizando a imprescindibilidade destas para

4 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

5 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

6 Dispõe sobre a legislação federal no âmbito da saúde – Lei nº 8.080/1990 – em suas disposições gerais.

7 Vide artigo 2º, §1 da Lei 8.080/1990.

consecução do direito à saúde, ademais, ressaltou a necessidade de empenho de verbas governamentais para os programas relacionados aos diversos níveis de saúde, tais quais, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens essenciais⁸, por último, outras ações que se destinam a garantir o bem-estar físico, mental e social das pessoas e das coletividades.⁹

Em seguida, resumidamente, o artigo 4º da referida Lei, explica no que consiste o Sistema Único de Saúde (SUS) “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”. Constata-se, ainda, no mesmo artigo, em seus parágrafos 1º e 2º, a “inclusão das instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde”¹⁰, além destas, afirma que “(...) a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar”.¹¹

Observa-se que o direito à saúde deve ser amplo e universal, obedecendo sempre os preceitos constitucionais, conforme os princípios da universalidade, integralidade de assistência, preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, igualdade da assistência à saúde, direito à informação, participação da comunidade, descentralização político-administrativa, e conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população.¹²

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição Federal seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente,

8 Níveis de saúde expostos no artigo 3º, caput, da Lei nº 8.080/1990.

9 Ações correlatas ao programa de saúde exposto nos artigos 1º ao 3º, parágrafo único, todos da Lei nº 8.080/1990.

10 Observar artigo 4º, §1 da Lei 8.080/1990.

11 Observar artigo 4º, §2 da Lei 8.080/1990.

12 Princípios expostos no artigo 7º da Lei 8.080/1990.

acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Percebe-se da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo se encontram inertes ou omissos — ao menos do ponto de vista normativo. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas — presume-se — considerando as possibilidades financeiras existentes. Após as reflexões teóricas e a descrição do quadro normativo, impõe-se agora a análise crítica do papel desempenhado pela jurisprudência para, na sequência, procurar desenvolver alguns parâmetros objetivos capazes de dar racionalidade e disciplina adequada à questão.

Com efeito, as esferas de governo a formulação de políticas públicas, o que envolve, além do auxílio aos gestores estaduais e municipais, a elaboração de formas capazes de assegurar o direito fundamental à saúde.

A título de exemplo, da eficácia e eficiência do direito à saúde, a União em parceria com os Estados e o Distrito Federal ocupa-se sobretudo da aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, conforme disposto nas Portarias n.º 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006, e n.º 1.321, de 5 de junho de 2007. Assim, ao gestor estadual caberá definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional. (BARROSO, 2009, p. 11).

Claudia Fonseca disserta em defesa do direito à saúde como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana:

Doutrinando em defesa do enfoque do mínimo existencial como instrumento para efetivação da dignidade humana, Ana Paula de Barcellos ensina que o mínimo existencial é o núcleo, a esfera dotada de eficácia positiva do princípio da dignidade. Seriam, portanto, “imperativos da dignidade humana” que transformam os direitos individuais e políticos em muito mais do que “papel e tinta”. Compartilha desse entendimento Luís Roberto Barroso, para quem o “mínimo existencial é a locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”.

Ana Paula de Barcellos apresenta uma proposta de mínimo existencial composta por quatro elementos, dos quais três têm caráter material e um, caráter instrumental: ensino fundamental gratuito, prestações de saúde preventiva, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Na ausência dessas prestações, assegura Barcellos, ocorre violação ao princípio da dignidade humana (FONSECA, 2014, p. 21-22).

Ana Paula Barcellos explica existir um espaço normativo que diz respeito ao consenso de mínimo existencial e, por isso, poderá ser objeto de amplo controle judicial. O motivo deste controle não é unicamente de impedir que os dispositivos legais sobre saúde sejam violados, mas, também é uma forma de assegurar a produção dos efeitos pretendidos (BARCELLOS, 2007, p. 273).

Noutra perspectiva, Ricardo Lobo Torres acrescenta na discussão quanto a necessidade do Estado agir ou não para efetivação dos direitos fundamentais, em alguns momentos, carecendo de prestações positivas dependentes de reservas orçamentárias para a execução do garantido na Constituição (TORRES, 2009, p. 51-52), assim sendo, exige-se uma ação positiva do legislador em relação às políticas econômicas. Por outro lado, o mesmo autor, denota na realização do mínimo existencial, no que se refere a saúde, que se pode exigir do Estado a ausência de conduta ou obrigação omissiva, ou seja, o denominado *status negativus*, que obsta que o ente federativo crie ou majore tributos sobre determinados serviços e produtos imprescindíveis ao exercício do direito à saúde, a título de exemplo, pode-se citar a Resolução n.º 17/20 CAMEX (BRASIL, 2020) que zerou a alíquota do imposto de importação de mercadorias para medicamentos e insumos utilizados para produtos empregados no combate à Covid-19.

A tamanha relevância dada ao instituto do mínimo existencial decorre umbilicalmente da utilidade e precisão para dignidade da pessoa humana, não é possível imaginar um cenário sem o acesso aos direitos fundamentais, especialmente, no que se refere ao direito à saúde, como propício à existência digna das pessoas, sendo que a ausência destes direitos prejudica diretamente a incolumidade física, mental e social do indivíduo.

Concluindo, então, que o direito a saúde se encontra no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, sendo assim não se pode retroagir nas conquistas já garantidas, sob pena de violar o princípio do não-retrocesso, implícito, na Constituição Federal de 1988. Com base nos ensinamentos de Antonio Amaral e Rogério Capelari fica mais claro o mandamento de otimização:

Entra em cena o Mandamento de Otimização e o Efeito Cliquet ou Princípio da Proibição do Retrocesso Social, ambos implícitos no texto constitucional e que determinam que o operador do direito faça com que as leis sejam usadas em sua maior efetividade, com maior eficiência, garantindo ao indivíduo todos os direitos neles expressos e assim estes, uma vez adquiridos, não podem retroceder. "É vedado ao estado-legislador retroceder arbitrariamente, em

relação à regulação legislativa de um direito social” (AMARAL; CAPELARI apud BITTENCOURT NETO, 2010, p. 163).

Em contrassenso, Gilberto Bercovici alerta sobre os cuidados necessários na efetivação dos direitos fundamentais:

No entanto, o que importa aqui é afirmar que as relações entre dignidade humana e constituição econômica não podem ser limitadas ao discurso do mínimo existencial. Pelo contrário, essas relações, sob a Constituição de 1988, vão além e não se configuram “apenas” na universalização dos direitos fundamentais (de todos os direitos fundamentais, inclusive e especialmente os direitos econômicos e sociais). As relações entre dignidade humana e constituição econômica exigem também a realização da democracia econômica e social (BERCOVICI, 2007, p. 461-462).

Apesar do posicionamento ilustrado acima, entende-se que o mínimo existencial não objetiva a limitar o adimplemento dos direitos fundamentais ao básico para viver, mas, sim, o “standard” básico de direitos necessários para o exercício de uma vida plena.

É nesse sentido, que Antonio Amaral e Rogério Capelari explicam a relação do mínimo existencial e a máxima eficácia dos direitos sociais:

A relação entre o mínimo existencial e a máxima eficácia dos direitos sociais pode ser visualizada nas palavras de Ingo Sarlet (2001, p. 39), quando este diz que o mínimo existencial não significa que os direitos sociais só são fundamentais quanto ao mínimo de suas possibilidades e a sua relação entre exigibilidade de uma norma constitucional imperativa e a reserva do possível. (AMARAL; CAPELARI, 2016, p. 119).

Na multiplicidade de interesses, como forma de proteger a dignidade humana, é dever do Estado cumprir sua responsabilidade natural de garantir o acesso nacional à saúde. Isso porque proteger e garantir esse direito fundamental significa assegurar o mínimo necessário para proteger a dignidade humana. Portanto, é necessário quando se olha para um sistema social que seja inclusivo e equilibrado em termos de distribuição de riqueza, sendo assim, o Estado deve utilizar os recursos disponíveis e garantir a saúde pública de forma consistente as necessidades sociais de toda a comunidade sem distinção.

Nesse contexto, como forma de assegurar o exercício do direito à saúde, o Estado deve desempenhar o seu papel de poder-dever intervindo no âmbito social, valendo-se de políticas públicas econômicas para efetivar tal direito. Compreende-se que o mecanismo criado pelo Governo, política pública, implica em “(...) diretrizes,

estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades. ” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 111).

Ocorre que muitas demandas sociais envolvendo direitos sociais, principalmente o direito à saúde, tornam-se resultado da ineficácia do Poder Executivo em termos da gestão de recursos e do Poder Legislativo referente ao esclarecimento da lei que garante a efetiva implementação desses direitos. Portanto, como forma de garantir a validade de seus direitos, a comunidade utilizou medidas de controle, que cria a determinação das políticas públicas, especialmente a judicialização do direito fundamental à saúde.

Em geral, as decisões assentam-se na tese de que a saúde é direito subjetivo que deve ser tutelado independentemente de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos. O posicionamento é resumidamente o seguinte: demonstrando o autor ser portador de doença ou enfermidade e que necessita de um determinado tratamento, é obrigação do Estado providenciar a sua implementação.

O termo “direito subjetivo” foi desenvolvido em meados do século XIX, para tratar primordialmente de relações privadas. Windscheid foi responsável pela primeira teoria disposta a conceituar o direito subjetivo, descrevendo-o como vontade juridicamente protegida, por se configurar quando a pessoa (jurídica ou física) quer e age garantida pelas regras do ordenamento.

Logo em seguida adveio a teoria sustentada por Jhering, que, por considerar a primeira insuficiente diante de casos em que há direitos subjetivos sem que haja necessariamente vontade do titular (por exemplo, o menor recém-nascido que recebe herança de seus pais logo após a morte deles), suscitou a tese de que a essência do direito subjetivo não estaria na vontade, mas no interesse. Daí a ideia de direito subjetivo enquanto interesse juridicamente protegido.

Por conseguinte, sob os influxos dessa nova visão, não se deve considerar a saúde um direito irrestrito do cidadão em face do Estado, porquanto deve ser exercido de forma razoável. Em outras palavras, o direito subjetivo à saúde está condicionado ao dever de ser razoável e conforme as diretrizes que regem a elaboração de políticas públicas no SUS, como a universalidade, igualdade, eficiência e economicidade.

A consequência prática disso é a impossibilidade de um pedido desse tipo ser deferido com base apenas na genérica afirmativa de que a saúde é direito subjetivo

de todos e dever do Estado, como não raro ocorre neste País, inclusive em sede de mandado de segurança.

Sendo controle de políticas públicas, a judicialização da saúde deve ser feita de forma cautelosa, com investigação profunda (produção de provas) acerca do pedido realizado, sob o risco de indesejável desperdício de dinheiro público, fato que se agrava ainda mais em épocas de crise como esta.

Neste estudo faremos a interface entre o direito à saúde, a intervenção do Estado prestá-la no parâmetro da ordem econômica constitucional e a compreensão sobre o papel do Poder Judiciário na sua efetivação quando o princípio da universalidade é desconsiderado devido à escassez de recursos materiais e humanos.

1.1. A fundamentalidade dos direitos sociais com a promulgação da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inovou ao retomar os preceitos da Carta Fundamental de 1934, resgatando os direitos já adquiridos nesta, além de aprimorar o seu texto, e adicionar outros direitos ao indivíduo. Os famosos direitos sociais foram estampados na Carta Constitucional, exigindo, em grande parte, prestações positivas do Estado em face do indivíduo, como direitos imanescentes ao ser.

O artigo 6º inaugura uma série de direitos, cujo Estado necessariamente deve agir em prol do bem-estar social dos indivíduos, pois de forma clara anuncia “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.¹³

Desta maneira, não seria incoerente afirmar que o Estado assumiu uma posição de garantidor de todos os direitos estampados na CFRB, muito além disso, não só é o principal responsável pela eficácia e efetividade destes, como também, deve obediência aos mandamentos, especialmente, os petrificados nos artigos, 1º¹⁴ e 3º¹⁵ ambos da Carta Cidadã, com o fito de declarar que a República Federativa do

¹³ Artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

¹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

¹⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Brasil é um Estado Democrático de Direito, que tem como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização e, assim, reduzir as desigualdades regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de quaisquer naturezas.

Nesta toada, é possível identificar as três dimensões dos direitos fundamentais consagradas no artigo 3º, inciso I, isto é, construir uma sociedade livre, refere-se aos direitos de liberdade, ou seja, de primeira dimensão (requer uma omissão do Estado), de forma justa, denotam-se os direitos fundamentais de segunda dimensão, com ênfase no princípio da igualdade, exigindo prestações positivas do Estado (deve agir), e finaliza com a solidariedade, o qual é a terceira dimensão dos direitos fundamentais, com o interesse de promover bem-estar entre os mais diversos povos e nações.

A doutrina clássica classifica os direitos fundamentais em três dimensões, entretanto, excepcionalmente, nas doutrinas mais modernas já existem mais dimensões que ainda não foram pacificadas pelos estudiosos do tema. Passamos a estudar as dimensões dos direitos fundamentais, iniciando pelos direitos imanes do homem, ou seja, as liberdades do indivíduo frente ao Estado. Logo, se faz necessário diferenciar os direitos naturais do homem (humanos), dos direitos fundamentais do homem.

Os direitos naturais do homem são aqueles inerentes à própria natureza, ligados ao direito natural e internacional. Já os direitos fundamentais são aqueles direitos do homem reconhecidos formalmente pela ordem jurídica de determinado Estado, o que lhe assegura o respeito a estes direitos, sejam eles positivos ou negativos, ou seja, quer eles signifiquem uma abstenção ou uma prestação por parte do Estado.

A doutrina emprega várias expressões para designar os direitos fundamentais. Entretanto, para José Afonso da Silva, a expressão “direitos fundamentais do homem” é a mais adequada, por que:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 1997, p. 176-177).

Seguindo este pensamento, o mesmo autor esclarece:

No qualificativo *fundamental* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17 (SILVA apud BONAVIDES, 2007, p. 564).

Há na doutrina uma discordância a respeito da expressão a ser utilizada para a classificação dos direitos fundamentais. A crítica maior ao termo das “gerações” de direitos está em que este termo, por vezes, dá noção de substituição, na medida em que na acepção mais comum representa uma geração após a outra. Realmente, isto não ocorre com os direitos fundamentais, tendo em vista a sua indivisibilidade e interdependência, além da cumulatividade e complementariedade, à medida se vão reconhecendo novos direitos fundamentais.

Deste modo, os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros a serem reconhecidos pelas ordens jurídicas, com base no pensamento liberal-burguês do século XVIII. Esses direitos foram conquistados pelas revoluções políticas do final do século XVIII (Americana e Francesa), que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras constituições escritas do mundo ocidental.

Representam direitos que os cidadãos possuem frente ao Estado, ou seja, trata-se de uma limitação ao poder do Estado em face do indivíduo. São os chamados direitos de liberdade, de cunho individual, significando uma abstenção por parte do Estado, diante dos direitos individuais dos cidadãos. Tratam-se dos direitos civis e políticos. Aí estão incluídos o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

São os denominados direitos de defesa, os que impõem ao Estado o dever de não intervenção na esfera jurídica do indivíduo.

Para Paulo Bonavides, “(...) são por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual (...)” (BONAVIDES, 2007, p. 564).

No Brasil, a primeira Constituição a elencar um rol de direitos individuais foi a Constituição do Império, de 1824, que, segundo José Afonso da Silva, é anterior,

inclusive, à Constituição Belga. Na Constituição atual, os direitos e garantias individuais e coletivos vêm expressos no art. 5º.

Avançando, no que tange aos direitos fundamentais da segunda dimensão se apresentam como o resultado de lutas ocorridas no século XIX e início do século XX. Foram positivados principalmente nas constituições do período do segundo pós-guerra, assim como foram objeto de diversos tratados internacionais.

Ao contrário dos direitos de primeira dimensão, estes exigem uma prestação por parte do Estado, com o intuito de realização do princípio da igualdade.

Conforme descreve Paulo Bonavides, estes direitos “(...) nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. (BONAVIDES, 2007, p. 564).

São os chamados direitos sociais, que protegem não o homem como indivíduo unitário, mas na sua vida em sociedade, propiciando a realização de uma vida digna, com trabalho, saúde, educação, assistência social e segurança.

Segundo os ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho, “[...] com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado para suprir carências da coletividade”. (GUERRA FILHO, 2007, p. 43).

Celso Lafer aponta problemas práticos de tutela em relação aos direitos de segunda dimensão, argumentando que:

(...) é a coletividade que, através do Estado enquanto sujeito passivo destes créditos, fixa, em função dos meios disponíveis e das prioridades estabelecidas, em que medida pode e pretende saldar os compromissos assumidos em relação aos indivíduos em matérias, por exemplo, de saúde, educação ou trabalho (LAFER, 1988, p. 128).

O mesmo autor, fazendo uma relação entre os direitos de primeira e de segunda geração, assim se manifesta:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. (...) Tais direitos – como ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado. (...) O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade (LAFER apud SARLET, 1998, p. 50).

Complementa, ainda, aduzindo a complementariedade entre essas duas gerações de direitos, remetendo aos direitos de segunda geração a busca pelo asseguramento das condições para o pleno exercício dos direitos de primeira geração (LAFER apud SARLET, 1988, p. 127 – 128).

De acordo com o já mencionado alhures, os direitos fundamentais sociais correspondem a uma posição ativa do Estado, que se obriga a determinadas prestações, a fim de diminuir as desigualdades sociais, promovendo, dessa forma, a justiça social.

Há que salientar, entretanto, para a existência de direitos de segunda geração que não implicam em uma obrigação prestacional por parte do Estado. São as chamadas “liberdades sociais”, que têm como exemplos a liberdade de sindicalização, o direito de greve, bem como o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores (LAFER apud SARLET, 1988, p. 50).

Cumprе asseverar, embora, que as concretizações destes direitos fundamentais esbarram, muitas vezes, em obstáculo de ordem econômica.

A primeira Carta brasileira a contemplar o constitucionalismo social foi a Constituição de 1934, inspirada nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. A atual Constituição da República contempla um capítulo especial dedicado aos direitos sociais, inserido no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Os direitos sociais constantes do Texto Constitucional traduzem-se em exigências direcionadas à realização social, cuja efetividade se dá a toda a coletividade e não exclusivamente a um indivíduo.

Em rumo a evolução, encontram-se enquadrados como direitos fundamentais de terceira dimensão os direitos de fraternidade e de solidariedade, os quais trazem como nota distinta dos demais já citados o fato de se direcionarem à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Na lição de Paulo Bonavides:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2007, p. 569).

O mesmo autor enumera os direitos fundamentais de terceira dimensão mais citados pela doutrina como sendo o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação (BONAVIDES, 2007, p. 569).

Como exemplo de reconhecimento destes direitos em nosso ordenamento jurídico, podemos citar o art. 225 de nossa Carta Magna, o qual prescreve que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988).

Finalmente, chegamos aos direitos de quarta dimensão, pode-se dizer, ainda estão nebulosos. O ilustre constitucionalista cearense Paulo Bonavides relata um direito de quarta dimensão, sustentando que os direitos fundamentais se globalizaram e que isso equivale à universalização no campo institucional, corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado social (BONAVIDES, 2007, p. 571).

Segundo este autor, a quarta dimensão dos direitos fundamentais é composta pelos direitos à democracia (direta), à informação e o direito ao pluralismo. Aduz o constitucionalista que “(...) deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. (BONAVIDES, 2007, p. 571).

Não obstante, esta dimensão da globalização dos direitos fundamentais, conforme formulada por Paulo Bonavides, está longe de obter o devido reconhecimento no plano do direito positivo interno e internacional, revelando-se como esperança de um mundo melhor para humanidade (LAFER apud SARLET, 1988, p. 53).

Para aquele autor, “(...) os direitos de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política”. (BONAVIDES, 2007, p. 572).

Sem dúvidas, os direitos fundamentais no Brasil têm ganhado destaque nos últimos anos, especialmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A nova constituição outorga direitos fundamentais em seu próprio corpo, vale destacar, que muitos doutrinadores afirmam existir mais desses direitos fora do texto constitucional, mas que também merecem serem respaldados por essa Magna Carta.

Cumprе salientar, que o viés de pensamento adotado para eleger o que seria tratado como direito fundamental do homem, neste trabalho, e ainda, estabelecer parâmetros de comparação entre a doutrina clássica e os pensadores mais atuais deste ramo do direito. Nesta perspectiva, se faz necessário chegar a um ponto de partida mais claro do que sejam esses direitos, portanto, inicialmente, diferencia-se o conceito de Direitos Fundamentais de Direitos Humanos, quase sempre utilizados como sinônimos, que não é a real pretensão da doutrina.

Neste sentido, consoante os ensinamentos de Ana Maria D'Ávila Lopes, passamos a apresentar as diferenças desses direitos:

Com efeito, direitos humanos são os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto os direitos fundamentais são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente. (LOPES, 2011, p. 11)

Assim, a ilustre autora, segue ao afirmar como se deve ser feito a distinção de ambos os direitos:

Desse modo, direitos humanos e direitos fundamentais não devem ser identificados, haja vista não existir uma total correspondência. Na prática, verifica-se que cada Estado incorpora no seu ordenamento jurídico os direitos humanos mais próximos aos seus próprios valores, decidindo quais serão constitucionalizados (adquirindo a categoria de fundamentais), quais pertencerão ao nível infraconstitucional e, até, quais serão simplesmente ignorados. (LOPES, 2011, p. 11)

Pelo teor exposto, destarte, que por mais que os direitos humanos se aparentam em seu conteúdo axiológico com os direitos fundamentais, pouco se parecem na órbita normativa, tendo em vista que o primeiro se deriva de direitos naturais ou até mesmo de tratados internacionais, já o segundo encontra-se estatuído no arcabouço constitucional nacional.

Retornando ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988, de modo expresso, é mencionado que o direito à saúde é um direito social, cabendo somente ressaltar que é um dever do Estado sua implementação. O direito social à saúde muitas vezes se confunde com o direito à vida. A escassez de recursos na área da saúde e a estreiteza existente entre o direito à vida e o direito à saúde, fez com que o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, buscasse a efetivação e cumprimento dos mesmos, de forma jurisdicional — que será abordada no decorrer deste estudo.

Associado a isto, é possível vislumbrar o papel fundamental que tem o direito à saúde na Ordem Constitucional Econômica, agregando os preceitos constitucionais de primazia deste princípio com o da dignidade da pessoa humana, fundamental e basilar das produções legislativas, bem como o resguardo dos direitos e deveres individuais e coletivos e suas garantias, como pressuposto progressista de aplicação de um direito cada vez mais compromissado com a manutenção efetiva de direitos humanos. A dignidade da pessoa humana é, pois, “o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana” (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 248).

1.2. A ordem econômica constitucional na concretização da dignidade da pessoa humana

No subitem anterior, foi feita uma breve introdução sobre o direito fundamental da saúde e o direito à vida, concluindo-se que ambos são valores para uma existência humana digna na ordem econômica constitucional. Vale destacar que antes de iniciar o entendimento proposto nesta seção de que a ordem constitucional concretiza a dignidade da pessoa humana, é necessário traçar de forma histórica os institutos jurídicos, o mais adequado nesta interpretação, a intervenção do Estado.

O Estado, desde a antiguidade, tem intervindo, de alguma forma, na economia. Mais adiante, após o Estado liberal, observa-se o surgimento do Estado do bem-estar social, onde há necessidade de intervenção estatal no sistema econômico, pois a economia deixou de ser livre (com pouca interferência estatal), e passou a ser controlada pelo Governo, garantindo assim que as relações sociais sejam equilibradas, igualitárias e assegura a plenitude da sociedade.

Daqui já é possível se partir para o intervencionismo moderno, cujo o objetivo é garantir que todos tenham uma existência digna, pois o mercado livre não garantia a dignidade da pessoa humana, desta forma, surgem os limites do Estado, para garantia da própria pessoa humana. As intervenções estatais aparecem para controlar a economia, de modo que as condições de vida de todas as pessoas fossem garantidas.

Segundo Pereira, a intervenção é, portanto, o modo pelo qual o Estado:

(...) toma a si o encargo de atividades econômicas, passando a exercer, além das funções de manutenção da ordem jurídica, da soberania e segurança

nacionais, outras que visem ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico. O intervencionismo visto sob o prisma do Direito Econômico, varia de intensidade, que pode ir da ação supletiva (intervenção branda) ao monopólio estatal (intervenção total). Segundo os doutrinadores, no chamado neo-capitalismo, essa intervenção se faz sentir pela legislação que protege a sociedade dos abusos do poder econômico, através do que denominam Direito Regulamentar Econômico (espécie do Direito Econômico) comparecendo o Estado na atividade econômica para assumir as atividades demasiadamente onerosas ou desinteressantes para a iniciativa privada. (PEREIRA, 1974, p. 249).

De fato, a intervenção é uma oportunidade para o Estado interferir na atividade econômica, de forma a assegurar o cumprimento e, assim, a eficácia, das normas constitucionais. O Estado pode intervir na economia tanto como agente normativo, ou seja, impondo regras de conduta na vida econômica, quanto como parte do processo econômico. Assim, temos o Estado como norma (Direito Regulamentar Econômico) e o Estado como agente (Direito Institucional Econômico).

Vale ressaltar que os limites da intervenção estatal na economia, deverá observar o disposto no art. 170 da Constituição da República, que tem o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte da ordem econômica e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que o Estado intervirá somente se necessário, por exigências de segurança nacional, buscando o interesse coletivo e, quando houver uma definição legal. Portanto, a intervenção do Estado no sistema econômico prima pela preservação da dignidade humana, que serve de instrumento para sua efetivação.

A dignidade da pessoa humana é o valor maior buscado pela República Federativa do Brasil, pois todo o ordenamento jurídico se preocupa em garantir uma vida digna e justa para as pessoas que vivem em solo brasileiro, por meio dos direitos fundamentais, individuais e sociais, com a execução das políticas públicas de forma gradativa, ou até mesmo por direitos sociais instantâneos garantidos na Magna Carta, todos com o interesse de proporcionar o acesso ao bem-estar social e a felicidade, objeto principal da Constituição.

Salienta-se que os direitos fundamentais sociais podem ser instantâneos ou prestacionais. Aqueles direitos que dispensa conduta positiva do Estado são considerados como instantâneos, por exemplo, o salário mínimo, contudo, quando os direitos sociais dependerem de norma regulamentadora e prestações estatais, estaremos diante um direito social a prestação, jurídica ou material. O que será explorado no Capítulo III.

Diante disso, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental e necessário, posto que ele serve de base para a coexistência harmoniosa dos direitos e garantias respaldados por nosso ordenamento jurídico, além disso, reproduz e garante demais valores consagrados ou não na Constituição Federal de 1988, entretanto, imprescindíveis para a existência digna do indivíduo.

O principal objetivo do sistema econômico da constituição é garantir a todos uma existência digna e, por isso, é necessário que a vida econômica seja organizada de acordo com os princípios da justiça. Portanto, a dignidade humana pode e deve ser considerada como a base motivadora de todo o sistema econômico.

Deste modo, enxergam-se diversos elementos intrínsecos a vida digna do homem, em nosso ordenamento jurídico, sobretudo, aqueles inerentes ao mínimo vital¹⁶ que devem ser reservados ao homem. A simples referência ao “homem” não envolve conotação sexual ou de gênero, mas, sim, uma expressão genérica de indivíduo portador de direitos frente ao Estado.

Apesar disso, não é justo apontar todas as situações degradantes e desgraças possíveis ao Estado, uma vez que este é a personificação da vontade das majorias, em forma de pessoa jurídica, representado por seus agentes e seu patrimônio e, ainda, governado por homens eleitos democraticamente. Assim, como é possível desvencilhar os atos do Estado de cada indivíduo?

Uma saída lógica para tanto, poderia estar no descumprimento do programa eleitoral pelos eleitos, demonstrando uma real infidelidade programática com seus eleitores, instaurando uma espécie de mandato pessoal autônomo, não vinculado a programas e aos votos recebidos por seus eleitores, ou por qualquer pessoa que tenha participado do jogo democrático.

Entretanto, mesmo que, o Estado fosse governado por opositores, democraticamente eleitos, não poderia este se esquivar de proteger os princípios constitucionais impostos, tendo em vista que o próprio sistema eleitoral, que permitiu a eleição destes governantes, foi resguardado por esta. Então, esse não seria um argumento lógico que justificasse o descumprimento do princípio fundante da dignidade.

Surge, então, a motivação para adesão a teoria do mínimo existencial, com base na dignidade da pessoa humana, consoante ensina Ricardo Lobo Torres “Há um

16 Expressão utilizada para se referir as condições físicas básicas necessárias para sobrevivência do indivíduo.

direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. (TORRES, 2009, p. 8).

Neste diapasão, segundo o autor, a teoria do mínimo existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, e exerce função relevante:

O mínimo existencial, na qualidade de direito fundamental, exhibe, como este, as suas facetas de direito subjetivo e de norma objetiva. Como direito subjetivo investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos. Do ponto de vista objetivo o mínimo existencial aparece como norma da declaração de direitos fundamentais, que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania. Mas, sendo pré-constitucional, não lhe prejudica a eficácia a circunstância de se encontrar implícito no discurso constitucional. (TORRES, 2009, p. 38-39).

Daniel Sarmento contribui em sua doutrina sobre a dignidade da pessoa humana, extraindo o conceito do Ministro Luís Roberto Barroso, em outra oportunidade:

Luís Roberto Barroso, por seu turno, buscou construir um conceito universal da dignidade humana – tarefa diferente daquela a que se propõe este estudo, que se volta para a sociedade e para o Direito brasileiros. Ele decompôs o que chamou de “conteúdo mínimo da dignidade humana” em três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. O valor intrínseco concretiza a ideia de nunca tratar a pessoa como apenas um meio e compreende vários direitos básicos, como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. A autonomia envolve tanto a sua dimensão privada, consistente no “autogoverno do indivíduo”, como a pública, correspondente à participação nas deliberações democráticas. Ela abarca, ainda, o mínimo existencial, que assegura os pressupostos materiais para o exercício das liberdades. E o valor comunitário confere à dignidade uma dimensão heterônoma, ensejando restrições às liberdades individuais voltadas à proteção de direitos de terceiros, da dignidade do próprio indivíduo e de valores morais compartilhados na sociedade. No entanto – diz Barroso –, quando se volta à proteção da pessoa contra si mesma e à tutela de valores moralmente compartilhados, o valor comunitário “deve estar sob escrutínio permanente e estrito, devido aos riscos de o moralismo e o paternalismo afetarem direitos e escolhas pessoais legítimas”. (SARMENTO apud BARROSO, 2016, p. 91).

A economia é a mola que impulsiona todo o processo social, portanto, é regulada pelo Direito e, por ele, caracterizada. Como mencionado anteriormente, as normas são princípios; regras de conduta social, estabelecidas com a finalidade de dirigir e controlar o próprio indivíduo, em suas inúmeras relações.

E, o ser humano, se relaciona de várias formas, em face de sua natureza eminentemente social, a qual está habituada a viver em sociedade e com ela interagir.

Assim, o homem, enquanto gênero, liga-se com o mercado econômico de inúmeras maneiras, como consumidor; fornecedor; trabalhador. É imperioso, por conseguinte, a proteção do ser humano e de sua dignidade na seara econômica, como também o é, nos demais campos sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se assentado em vários artigos, no decorrer de todo Texto Constitucional, demonstrando que o Poder Constituinte, voltado para os valores trazidos do seio da sociedade, já que afinal, o legislador representa o povo, por meio do sufrágio universal, interagindo com essa sociedade, contribui para a constante manutenção do sistema jurídico, aberto e sempre pronto para receber novos valores sociais, transformando-os em regras e princípios.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o Estado deve agir como garantidor dos direitos fundamentais, especialmente, como dito, neste tópico, em relação à dignidade da pessoa humana. Partindo desta premissa, se inexistem condições mínimas de sobrevivência ao indivíduo ou dificuldade no acesso às políticas públicas de assistência básica, tende-se a argumentar pela ineficiência dos preceitos constitucionais, sendo necessário a criação de uma teoria do mínimo existencial, que será explorada com mais profundidade a seguir.

A dignidade da pessoa humana é verificada, primordialmente, a partir de uma necessidade extremada de vislumbrar-se garantida a estabilidade social e a confiabilidade, portanto, nas instituições públicas. Revela-se, dessa forma, como um segmento que orienta na interpretação e efetiva aplicação dos demais direitos e garantias fundamentais.

Tendo em vista que a Constituição Federal é a base de todo ordenamento jurídico vigente, é inadmissível qualquer violação de seus dispositivos, inclusive, os mandamentos positivos de realização dos direitos sociais manifestos no art. 6º.

Immanuel Kant (2007, p. 69) entende ser a dignidade da pessoa humana um categórico assumindo valor não-relativo na cultura dos povos. Para o autor, a humanidade deve ser vista como um fim e nunca como um meio, ressaltando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, por ser o homem a medida de todas as coisas. Da mesma forma, Dworkin (1999, p. 229), com base nas lições de Kant, ressalta que o ser humano não poderá, em hipótese alguma, ser concebido como mero instrumento para a concretização de fins outros, não podendo, assim, ser considerado como objeto; não devendo ser tratado de maneira indigna.

Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 67) aponta, todavia, que ao se saber ser a dignidade é uma característica do ser humano, precisa-se saber o que se pode considerar como pessoa. Assim, para tanto, utiliza as palavras de Orlando Carvalho, que definiu pessoa humana, como sendo:

O ser vivo, que pela sua estrutura física ou psíquica e pela sua capacidade de conhecimento e de amor é o único verdadeiro centro de decisão e de imputação, de liberdade e de responsabilidade, na natureza e na história, assumindo-se como projeto autônomo e transformante de si mesmo e do mundo (VIEIRA apud CARVALHO, 2006, p. 67).

Portanto, a dignidade humana é uma qualidade natural do próprio ser humano, não pode ser ignorada. A Constituição do Estado, ao introduzir este princípio como fundamento da República, eleva-o à fase de meta princípio; do vértice da Constituição, que não pode, portanto, ser violada. A universalização da dignidade leva a todas as pessoas (sem distinção), a garantia de que devem receber de todos (inclusive do próprio Estado), o tratamento que corresponde à sua condição de ser humano, pois todos, segundo o texto da Constituição, são iguais, perante a lei. Além disso:

O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. (...) A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações (VIEIRA, 2006, p. 67).

Conclui-se, dessa forma, que todos são titulares de dignidade, independentemente da religião, sexo, cultura, raça, cor, credo; não necessitando, inclusive, que os titulares tenham noção ou conhecimento desta qualidade, em face dela ser inerente a todo ser humano. Além disso, não há como o ser humano se tornar indigno, ainda que este cometa atos assim considerados, contra si ou contra outrem, em face da irrenunciabilidade e indisponibilidade deste direito.

Desta forma, com maior razão, o princípio da dignidade da pessoa humana é limitador da Ordem Econômica, já que impede que a economia e, o próprio mercado, funcionem, quando, de forma direta ou indireta, violem esse princípio. Desse modo, é correto afirmar que a Constituição Federal abriga a Ordem Econômica, desde que esta não agrida a dignidade da pessoa humana, pois se afrontar a prevalência será sempre da última, por ser um princípio que norteia todo o sistema jurídico brasileiro.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana está a funcionar como limitador da Ordem Econômica, posto que como bem-dispõe o Art. 170, esta é livre, desde que resguarde os preceitos encontrados no referido dispositivo, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana que, se for cumprido, por si só, consegue alcançar a efetividade dos demais.

As anotações de Flávia Piovesan merecem ser apresentadas, já que trazem que a dignidade da pessoa humana é um imperativo da justiça social, sendo que ressalta que o legislador constituinte de 1988 elegeu o referido princípio como um valor essencial e imprescindível.

Infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como um imperativo da justiça social. (...) pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. (PIOVESAN, 1996, p. 59).

A dignidade da pessoa humana é uma limitação, bem como uma responsabilidade do Estado. Como, o limite da dignidade, é uma coisa individual e inalienável, eis que acabaria, e logo não haveria limite a ser respeitado. E como responsabilidade, a ideia é que o Estado só possa ir onde à dignidade humana não for violada. Por conta disso, o Estado é obrigado a direcionar suas ações, no sentido de preservar a dignidade humana, ou criar métodos que permitam seu uso.

Portanto, conclui-se que a dignidade da pessoa humana é o limite não só da Ordem Econômica, mas também de todo o ordenamento jurídico, pois esse princípio orienta todo o sistema jurídico nacional.

Como dito por Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção (SARLET, 2005, p. 30-32).

O Estado Democrático e Social de Direito, o atual modelo que existe no Brasil (ainda que de forma ambígua, pois não está plenamente implementado e integrado), não pode permitir que as garantias da Constituição, especialmente aquelas que tratam dos fundamentos, sejam ignoradas economicamente. Portanto, a Ordem Econômica é garantida pela mesma Constituição, dá-lhe base para a subsistência, mas, por outro lado, reduz, ao trabalho, para que os direitos das pessoas prosperem, principalmente daquelas que são os pilares de todo o sistema jurídico: a dignidade humana.

2 O JUDICIÁRIO COMO PODER REVISOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE NO BRASIL

A função jurisdicional deve ser exercida pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, com o fito de solucionar conflitos entre os jurisdicionados, nos termos da Constituição. Assim, nas constituições contemporâneas, o Poder Judiciário exerce certo protagonismo, sendo chamado a decidir diversos conflitos políticos, especialmente, no que tange aos direitos engendrados no texto constitucional, evidenciando a judicialização da política¹⁷ e o denominado ativismo judicial¹⁸.

O papel de dizer o direito, em última instância, de forma definitiva, é competência exclusiva do Poder Judiciário, por seus órgãos, ou seja, os magistrados e tribunais, conforme organização judiciária exposta na constituição em seus artigos 92 e seguintes. Resta salientar, que na função judicante não há ampla liberdade na criação do direito aos membros do Poder Judiciário, pelo contrário, assevera o fiel cumprimento da lei no exercício de suas funções, contudo, sem desprezar os princípios e valores constitucionais petrificados.

Dirley da Cunha Júnior afirma:

Cumpra ao Poder Judiciário, enquanto Poder do Estado, o exercício desta importante função, hoje não mais circunscrita à composição e solução de meros conflitos de natureza intersubjetiva, pois abrange, numa visão mais ampla e contemporânea, as controvérsias de natureza coletiva e de caráter constitucional, destinando-se à garantia do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e fundamentais e dos valores constitucionais. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 1109).

Em sentido próximo, resolve Streck:

Em face do que foi exposto, entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, concebe-se ao Poder Judiciário (lato sensu, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inversão no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos construídos democraticamente – e postos na Constituição – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais. (STRECK, 2010, p. 360).

¹⁷Termo utilizado para se referir ao enfrentamento de demandas judiciais pertinentes a efetivação das políticas públicas garantidas pela Constituição Federal de 1988.

¹⁸Expressão utilizada para se referir ao movimento do Poder Judiciário que intervém diretamente na efetivação de políticas públicas.

É neste contexto, que merece destaque, os movimentos do Poder Judiciário, a ênfase dada as decisões do STF na efetivação de direitos fundamentais, declarando, por exemplo, o Estado das Coisas Inconstitucionais (refere-se a situações em que o Estado fracassa de tal forma em cumprir direitos fundamentais petrificados na Constituição que a omissão deve ser corrigida por determinação judicial obrigando a efetivação deste direito), conforme julgado emblemático sobre as ausências de condições mínimas do sistema carcerário, em garantir condições sanitárias e estruturais, ao indivíduo encarcerado, violando diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹

A omissão do Estado no exercício das atribuições constitucionais de efetivar os direitos fundamentais tende a criar inúmeros problemas sociais, uma vez que condições básicas para a vida com dignidade não são adimplidas pelo Estado, diferente do que foi posto pelo poder constituinte originário, hoje, estampado na Constituição Federal. As consequências disso resultam vários outros problemas sociais como a violência, fome, ausência ou deficiência na prestação de serviços de saúde e morte.

Neste diapasão, evidencia o motivo da judicialização das políticas públicas, deve-se explicar que os direitos fundamentais, em sua maioria, são efetivados por meio de políticas públicas, cujo o Estado deve participar ativamente, com prestações positivas, na consecução destes direitos a fim de efetivá-los e aprimorá-los, contudo, sabe-se que, na verdade, esses direitos não são efetivados por culpa da Administração, neste cenário, na ausência de ações efetivas do Estado, os interessados inconformados com tamanha negligência na realização dos direitos fundamentais, buscam a tutela jurisdicional a fim de conseguir a sua efetivação, ocorrendo, então, o fenômeno da judicialização das políticas públicas.

O aumento de litígio é crescente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a criação de novos mecanismos de acesso ao Judiciário, tais como os juizados especiais, varas especializadas, como também, o benefício da gratuidade

19 Faz referência a ADPF 347, onde o STF enfrentou o tema do estado de coisas inconstitucionais do sistema penitenciário brasileiro. Nesta oportunidade, o Min. Marco Aurélio concluiu que "no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdades aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se 'lixo digno do pior tratamento possível', sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as 'masmorras medievais'."

da justiça, remédios constitucionais, além de outros dispositivos sem a necessidade de dispêndios econômicos. Outrossim, ocorre que a segunda onda de aumento de litígios decorre do acesso ao Poder Judiciário, com o propósito de demandar obrigações positivas frente ao Estado, tais como, acesso à saúde, educação e outros.

Claudia Marcia Costa conclui:

Ocorre, ainda, que, até a segunda metade do século XX, as contradições do sistema capitalista e, conseqüentemente, o agravamento dos conflitos sociais gerados pelo Estado Liberal foram “afastados” do Judiciário, e, a partir do momento em que temos a incorporação dos direitos sociais nos textos constitucionais, não somente o controle sobre o Judiciário tende a aumentar, como também o seu papel, se devidamente fortalecido constitucionalmente, passa a ser mais relevante diante dos outros Poderes. Como veremos, quanto maior a crise da economia de mercado, maior a relevância ou o protagonismo das decisões judiciais na vida pública. Assim, o juiz torna o cumpridor da promessa constitucional (COSTA, 2017, p. 83-84).

Assim sendo, a reflexão norteadora para este subitem é “Como o sistema de justiça faz cumprir as políticas públicas?”. Em primeiro lugar, é preciso analisar os elementos constitutivos da política pública e os processos antes de sua implementação. Após a primeira investigação proposta, será importante compreender o papel do Judiciário na execução das políticas públicas.

Primeiramente, é importante conceituar o que é política pública e compreender as três principais fontes para classificar uma política pública. A política pública é um tipo de tomada de decisão e comportamento normativo com várias propriedades. Cabe ao Estado, portanto, prover os recursos necessários para sua implementação. E é por meio de legislação, que se pode monitorar, coordenar e promover as atividades a serem realizadas.

Outro conceito adotado por Leonardo Secchi, afirma que a política pública é uma abordagem projetada para resolver problemas públicos. A política pública, segundo o autor, tem dois componentes principais: intenção pública e resposta às questões públicas. Em outras palavras, as políticas públicas existem para tratar ou resolver problemas que são entendidos como problemas relevantes e de ordem coletiva (SECCHI, 2013, p. 223).

É interessante saber de política pública, mas antes saber que existe um sistema de finanças públicas. Portanto, o Estado tem a responsabilidade de planejar o desenvolvimento financeiro de todo o território nacional, concretizando assim os direitos sociais dos cidadãos brasileiros. Seu papel não é apenas planejar as

despesas orçamentárias, mas também planejar o capital e a duração, conforme estabelecido no artigo 165, §1 da CFRB:

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. (BRASIL, 1988).

A política pública deve ser entendida como um Estado em ação, um programa no qual o Estado implementa ações direcionadas a setores sociais específicos da sociedade. O Estado não deve aqui ser reduzido a uma instituição que somente desenha e implementa políticas públicas, cabe ao Estado a responsabilidade de garantir e manter o processo decisório em relação à política implementada. Abordar-se aqui a conceituação de política social que se refere à ação de estabelecer a proteção social, em princípio voltando-se à redistribuição de benefícios sociais a fim de reduzir as desigualdades estruturais decorrentes do desenvolvimento socioeconômico (SENNE, 2017, p. 6).

O termo política social está em uso desde o século XIX, originário da Alemanha, mas somente em 1967 Marshall levou a sério seu uso por estar relacionado a ideias de direitos sociais e cidadania. Marshall fez um recorte importante, relacionando a política social, especialmente a educação primária no século XIX, que contribuiu para o surgimento dos direitos sociais no século XX; mas é preciso ressaltar que a extensão dos direitos sociais é um setor distinto da política social. Aqui o Estado, procurava influenciar, intervir e transcender as forças da economia e as políticas sociais de bem-estar social, tendo a responsabilidade de dar abrigo à população.

Elisa Pereira Reis, citada por Patrícia Peres, afirma que: “Ser cidadão é identificar-se com uma nação em particular e ter prerrogativas que são garantidas pelo Estado” (PERES, 2008, p. 21), ou seja, ocorre uma mudança de compreensão da ação do Estado que deve garantir a melhoria do bem-estar de seus cidadãos. Ressalta-se ainda que é obrigação do Estado garantir o acesso de todos os cidadãos aos bens e serviços essenciais.

É importante destacar que este desenvolvimento foi dado no Brasil ditatorial e com a Constituição Federal de 1988, onde ficou claro que o Estado deve prover de forma universal todos os serviços básicos: saúde, educação e previdência social. Pode-se destacar como avanço da Constituição Federal de 1988: a criação da instituição da Seguridade Social como sistema de proteção social, integrando-a ao

seguro social, assistência social e saúde; torna o Estado responsável por garantir o acesso aos atendimentos de saúde em todos os níveis de forma universal, pública e gratuita – criação do Sistema Único de Saúde (SUS); reconhece a assistência social como política pública; reconhece o direito à aposentadoria; e reconhece o seguro-desemprego como direito social do trabalhador.

Secchi (2013, p. 43-44) apresenta de forma didática o processo de elaboração de políticas públicas, também conhecido como ciclo de políticas públicas, o qual é um sistema de visualização e interpretação que organiza a vida das políticas públicas em etapas sucessivas e interdependentes que veremos a seguir: identificação do problema, formulação de agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, exploração e extinção.

Ao identificar um problema, especialmente um problema social, é feita uma distinção entre o que é e o que se gostaria que fosse a realidade social. Como identificar um problema social? Secchi cita Sjöblom e informa que a identificação do problema social envolve: ver o problema como intersubjetivo (SJÖBLOM, 1984 apud SECCHI, 2010, p. 45), ou seja, não deve interferir na opinião de muitos autores relevantes; descrever o problema considerando suas características, causas, soluções, culpados, dificuldades e avaliação; e avaliar se é possível resolver o problema, reduzi-lo ou reduzir seus efeitos negativos.

Na formulação da agenda, espera-se discutir as questões ou temas relevantes: utilizando a agenda política, que pode ser um conjunto de questões ou temas que a comunidade política julgue merecedoras de intervenção pública, e a agenda formal que lista as discussões. Questões relevantes ou temas que a sociedade decidiu abordar (SECCHI, 2013, p. 46). Cabe destacar também que um problema público só entra na agenda política quando: tem a atenção dos cidadãos, dos grupos de interesse, da mídia; onde há possíveis etapas necessárias para resolver; e quando o problema afeta a responsabilidade pública.

É aqui, na formulação de alternativas, que se estabelecem metas e estratégias, junto aos resultados de cada solução. Quando os métodos, planos, estratégias ou ações são elaborados para atingir os objetivos estabelecidos.

A tomada de decisão é uma ação que representa os interesses de atores iguais e seus objetivos ao lidar com um problema social.

Na implementação de políticas públicas, temos regras, procedimentos e processos públicos que se transformam em ações. É aqui que ocorrem a visualização

dos problemas/falhas das políticas já construídas e os erros encontrados, o que justifica sua reestruturação.

Quando se trata de avaliação de políticas públicas, sabe-se que se trata de um processo avaliativo que garante a validade da política pública, seu sucesso ou insucesso no momento de sua implementação.

Extinção da política pública ocorre quando: já houve a resolução de problemas, programas/leis/ações não funcionam ou quando o problema perde importância na agenda política/formal.

Quanto ao processo de participação na criação de políticas públicas, Avritzer afirma que existe uma diferença entre decisão coletiva (concepção decisionística) e deliberação (concepção argumentativa) (2000, p. 27-41). Na tomada de decisão coletiva, o processo de formulação de políticas públicas ocorre quando as preferências dos atores são somadas por meio do voto. Nesta votação, suas preferências e o que é melhor para si e para a comunidade são levados em consideração. Na deliberação, o processo se dá pela troca de razões e argumentos em um esforço para criar preferências individuais. Assume-se, um diálogo construído sobre a sua vontade e as suas crenças, e que se concretiza em uma “vontade coletiva”.

Deste modo, a realização das políticas públicas é uma tarefa complexa e bastante custosa, depende de vasto planejamento para melhor execução e mapeamento dos problemas a serem solucionados. Maria Clara Barros Noleto em sua dissertação explica como deve ser interpretado o orçamento público destinado às políticas públicas para Ricardo Lobo Torres: “a teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro” (NOLETO, 2009, p. 83).

Noutra perspectiva, Maria Noleto faz observação importante:

Não é o que nos parece. Este entendimento é um contrassenso ao sistema instituído a partir de 1988, uma vez que esvazia as disposições constitucionais a respeito do orçamento, fazendo delas letra morta. Qual o sentido do legislador constituinte estabelecer uma série de mecanismos de modo a possibilitar o planejamento dos gastos públicos com finalidade de realização de determinados objetivos, se depois disto os esforços constitucionais vão passar pelo juízo de discricionariedade do administrador público? (NOLETO, 2009, p. 84).

Conforme ilustrado acima, não faz sentido o conteúdo votado e aprovado nas leis orçamentárias não serem cumpridos pelo Poder Executivo, ao bel-prazer dos governantes, em razão da discricionariedade na execução das políticas públicas. Isso tornaria a legislação orçamentária totalmente sem efeito e desprovido de sentido material.

Também é possível observar-se a necessidade de transformar o exercício do poder político, marcado por problemas crônicos de corrupção e má gestão pública. Aqui se destaca o enfraquecimento dos Poderes Executivo e Legislativo, no controle e participação política, o que resultou na cobrança por políticas públicas eficientes para o Judiciário. O fato é que, com reconhecimento ou não de excesso, o Poder Judiciário ainda se mostra inafastável, o que conduz para a “judicialização da saúde”.

O controle jurisdicional de políticas pública, na conjuntura atual, geralmente se destaca para as questões orçamentárias (reserva do possível), atuação voltada para preservação da vida com dignidade (mínimo existencial), observância do equilíbrio entre os meios empregados e os fins visados (razoabilidade ou proporcionalidade) e os denominados limites políticos (separação dos poderes).

Pode-se estabelecer que a atuação do Poder Judiciário está voltada para eficiência, conhecimento técnico, exequibilidade, legitimação das políticas públicas já existentes. A intervenção jurisdicional, no Brasil, tem sido mais aceita nos casos de omissão dos demais poderes ou na falha de executar as políticas públicas já existentes, que violem os direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

Dessa forma, conclui-se que o Poder Judiciário interfere de forma reduzida na formulação de políticas públicas, não ignorando os limites reais para sua atuação, o que implica somente na avaliação da própria exequibilidade das medidas determinadas.

2.1. A judicialização das políticas públicas de saúde para a concretização da existência digna como fundamento da ordem econômica constitucional

No contexto da democracia contemporânea, o fenômeno da judicialização da saúde expressa as reivindicações para assegurar e promover os direitos de cidadania amplamente reconhecidos no direito internacional e nacional. O fenômeno tem dimensões políticas, sociais, éticas e sanitárias que vão muito além de seus componentes jurídicos e de gestão do serviço público.

Nas últimas décadas, fortaleceu-se o vínculo entre direito e saúde pública, consolidando-se a jurisprudência e as intervenções judiciais na gestão da saúde. Os processos judiciais individuais e coletivos contra o poder público tiveram início na década de 1990, quando pessoas vivendo com HIV/Aids exigiram acesso a medicamentos e procedimentos médicos.

Reivindicação que foi baseada no direito constitucional à saúde, que inclui a obrigação do Estado de proporcionar aos indivíduos assistência à saúde integral, universal e gratuita. Nas últimas décadas, recorrer ao Judiciário passou a ser visto como um mecanismo amplamente utilizado para garantir direitos e ampliar as políticas públicas, ampliando inclusive o papel do Ministério Público nesse sentido (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41-42).

Sales introduz a compreensão do que seja o processo de judicialização da política pública caracterizado como um fenômeno que recebe bastante atenção nos últimos tempos, já que busca compreender a relação existente entre o Poder Judiciário e os demais poderes (SALES, 2018, p. 58-66). Em suma, aqui os mesmos serão citados e dada sua função, o Poder Legislativo é responsável por fazer as leis que regulam o país e fiscalizar a execução destas, o Poder Executivo é responsável por implementar e executar as políticas públicas. Neste contexto, seria responsabilidade do Poder Judiciário garantir o equilíbrio e a separação dos poderes, da constitucionalidade das leis e políticas implementadas, e proteger as minorias.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2012. p.5).

Através dos estudos de Felipe Asensi e Roseni Pinheiro (2015, p. 137), é possível compreender sobre a efetivação da saúde como um direito e também encontrar o ativismo das instituições jurídicas e sociais, que atuam de forma conjunta e produzem impactos significativos na judicialização das políticas públicas de saúde. Em seu estudo “Judicialização da saúde no Brasil”, Asensi e Pinheiro destacam um dos principais emblemas da judicialização da saúde no Brasil, o Sistema Único de Saúde, que é uma política pública implementada com princípios e normas, financiado pelo Estado, que garante a efetividade da universalização da saúde. Cabe partir-se para o entendimento de como o Estado intervém na efetivação do direito à saúde.

Do ponto de vista da legitimidade irrestrita do poder político, o fortalecimento desses mecanismos de controle e responsabilização do poder estatal passa a fazer parte da estrutura de salvaguarda dos direitos humanos, mas também está diretamente relacionado à transparência e prestação de contas das políticas públicas.

Após busca no site do STF, foram identificadas inúmeras decisões que proclama, reconhece e garante judicialmente o direito fundamental à saúde. Como pode ser visto no RE n.º 566.471, o STF garante e reforça a obrigação do Estado de fornecer medicamentos de alto custo a pacientes graves que não têm condições de comprá-los; vide também o RE n.º 855.178, no qual os entes federativos têm competência conjunta para serem responsáveis pelo atendimento das necessidades no setor da saúde, dadas as normas constitucionais de descentralização e hierarquia, cabe às autoridades judiciárias seguir as regras de separação de poderes e determinar indenização para quem arcar com o ônus financeiro.

ADI n.º 3645-9 “seja dispondo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. Ocorrência de substituição – e não suplementação – das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal”.

Identifica-se ainda ação do STF para proteger os consumidores de planos privados de saúde, conforme descrito na ADI n.º 3.645-9 acima, garantindo a proteção e defesa da saúde e o RE n.º 666.094 determinando o ressarcimento de serviços prestados por entidades privadas, onde se estabeleceu que o atendimento aos pacientes de saúde privada, por ordem judicial, deveriam utilizar os mesmos padrões que o Sistema Único de Saúde utiliza para reembolsar os serviços prestados aos beneficiários de planos de saúde.

Nesse sentido, no que diz respeito ao papel do STF na salvaguarda do direito fundamental à saúde, é compreensível que o órgão se compromete a administrar a saúde judicialmente em circunstâncias específicas, cujas consequências globais muitas vezes não são analisáveis, mas resulta em uma intervenção benéfica para a parte assistida.

O Judiciário deve intervir no campo administrativo e, quando outros poderes são omitidos, deve agir para fazer cumprir as políticas públicas, devendo também controlar a realização e eficácia das políticas públicas. Se a constituição estabelece os valores, estabelece os direitos fundamentais a serem implementados, e o Estado tem omissões na sua implementação, o Judiciário tem o dever de atuar na sua implementação (MATIAS; MUNIZ, 2015, p. 197).

Danielle Sachetto Ribeiro argumenta:

No contexto de precariedade e insuficiência da assistência à saúde pública, aliado à incapacidade do modelo operacional do Sistema Único de Saúde (SUS), pela sua própria abrangência e complexidade de concretizar o direito à saúde, é possível perceber o crescente ajuizamento de ações judiciais para a garantia infraconstitucional de cumprimento e garantia das políticas públicas referentes ao direito à saúde. Este fenômeno, denominado “judicialização da saúde” refere-se, então, às inúmeras demandas judiciais em que são exigidos tratamentos, concessões de medicamentos ou acesso às novas tecnologias ainda não incorporadas pelo Sistema Único de Saúde (RIBEIRO, 2014, p. 79).

O estado atual da efetivação do direito à saúde é tão problemático que inexistente questionamento sobre a validade deste direito pelo Estado, ou seja, o direito é reconhecido e validado, no entanto, a certeza do direito não é garantia de efetividade, longe disso, o problema se mostra muito mais complexo frente ao cenário atual. O Estado reconhece o direito assegurado pela Constituição Federal, porém, não o presta de forma eficiente, utilizando-se do subterfúgio da impossibilidade do atendimento pleno das necessidades de todos os indivíduos, arguindo sempre que possível o escudo avassalador da reserva do possível.

A reserva do possível, no Brasil, vem sendo utilizada para justificar o inadimplemento dos serviços por falta de recursos financeiros para sua prestação. Esta reserva está ligada ao princípio do mínimo existencial que é um princípio constitucional importante, este por sua vez garante a todos acesso às mínimas condições para viver de forma digna. Sendo assim, cabe ao Estado o dever de manter os direitos fundamentais, bem como garantir a dignidade de todo cidadão. Em suma, a utilização da reserva do possível, não pode ser aceita como forma de justificar o não cumprimento do direito fundamental à saúde.

Martini e Lessa afirmam “O conflito de competências e a discricionariedade presente, muitas vezes, nos atos administrativos que visam prover a saúde tornam o seu oferecimento moroso, prejudicando a população” (MARTINI; LESSA, 2017, p. 6).

Esta afirmação serve como embasamento para os apontamentos que serão feitos, sabe-se que no cenário brasileiro, é totalmente desanimador o fato de que a Administração Pública não resolva os problemas básicos de saúde, como exemplo, pode-se observar filas enormes de espera, tratamentos e medicamentos negados. Aqui destacasse que os responsáveis não estão conseguindo cumprir as demandas sociais.

No entanto, parece que a saúde pública sofre atualmente com várias “doenças”, embora seja garantido para os brasileiros, o tratamento a doença, a sua prevenção e o fornecimento de medicamentos aos doentes não são compatíveis com a prestação de assistência adequada aos cidadãos pelo Governo. De qualquer forma, isso significa que o Poder Público muitas vezes falha ou ignora essa tarefa.

A contínua passividade e falha do governo para resolver os problemas relacionados à garantia universal do direito à saúde, por meio de medidas governamentais, fez com que aumentassem as demandas que chegam ao STF, solicitando alguma intervenção judicial. E o STF não evitou decidir sobre as questões, optou por adotar atitudes ativistas, com o objetivo de alcançar a efetivação dos direitos básicos.

Assim, explica Marina Faraco:

O Poder Judiciário pode, pois, analisar todas essas questões, já que não há quaisquer óbices jurídicos no Estado Democrático de Direito brasileiro aos quais temas de qualquer natureza sejam submetidos à apreciação judicial. Sobretudo quando se trata do descumprimento de direitos fundamentais, como é o caso da água, bem essencial ao exercício digno e sadio do direito à vida, tutelado como cláusula pétrea pelo art. 5º da Constituição Federal. O que não se confunde, como dissemos, com a (necessária) discussão acerca dos limites e da possível extensão da decisão judicial nessa seara, já que não é dado ao Judiciário desempenhar tarefas que a Constituição reservou com exclusividade aos demais Poderes, a pretexto de sustar a violação de direitos, decorrente da ausência ou da inadequação de políticas públicas. (FARACO, 2015, p. 655).

De fato, o papel do Judiciário na efetivação do direito da saúde traz mudanças significativas nas relações sociais e nas instituições, com desafios administrativos e diferentes campos do saber, representando efetivamente o uso da cidadania plena e a adequação da expressão jurídica às novas e crescentes necessidades da sociedade.

Como bem afirma Marina Faraco, o Judiciário não inova na ordem jurídica, ou administra a coisa pública ou ainda gere a execução orçamentária, mas sua função é

“(...) sanar omissões ou corrigir ações que impeçam a fruição de direitos constitucionalmente assegurados, pois tais tarefas foram atribuídas pela Constituição de forma aos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente.” (FARACO, 2015, p. 656).

Assim, o direito à saúde possui uma dimensão ética, política, jurídica e tecnológica indissociável, e sua efetivação em maior ou menor grau dependerá de uma discussão aberta impulsionada pelo método hermenêutico, em nível individual ou coletivo (AYRES, 2007, p. 58). Essa discussão deve se basear na aplicação das normas constitucionais, que visa a dignidade da pessoa humana, por isso é necessário garantir a alimentação, a liberdade e a saúde, desta forma somente assim a dignidade humana é confirmada.

Além disso, é possível notar um movimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de corrigir erros históricos na utilização do Amianto em todas as suas espécies, proibindo incidentalmente o uso de qualquer tipo de amianto, nas palavras do Ministro Dias Toffoli na ADI n.º 3.937 São Paulo:

Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se naquela época na possibilidade do uso controlado dessa substância, hoje, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador.

Cabe explicar que anteriormente ao enfrentamento da ADI, a Lei n.º 9.055/1995, em seu artigo 2º, permitia a exploração do “asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei”. Apesar disso, com a evolução das tecnologias e com o mandamento de proteção à saúde do trabalhador e do indivíduo, restou comprovado a lesividade destes, mesmo na utilização/extração do amianto crisotila (considerado menos danoso).

Deste modo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estipulou que a eliminação do uso de todas as formas de amianto e a identificação dos procedimentos adequados para sua eliminação constituem os meios mais eficazes para proteger os

trabalhadores e evitar o surgimento de doenças. Nesta toada, firmou-se que a Convenção da OIT n.º 162/1986 não pode ser utilizada como argumento em favor da continuidade da utilização do amianto²⁰, tendo em vista que também na Convenção n.º 139/1974, da OIT, o Brasil foi signatário e ratificou o compromisso de se obrigar a procurar, por todos os meios, substituir as substâncias e agentes cancerígenos a que estejam expostos os trabalhadores por substâncias ou agentes não cancerígenos, ou por substâncias menos nocivas.²¹

Em continuação, assevera que o artigo 3º da Lei n.º 9.055/95, em seu artigo 3º²², manteve vigência em relação às normas relativas ao asbesto/amianto da variedade crisotila “nos acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil”, o que inclui o compromisso assumido com a ratificação da Convenção 162 da OIT de abolir o uso do amianto tão logo seja possível sua substituição por outro material menos nocivo.²³

Em conclusão, ao final, no voto do Ministro Dias Toffoli decidiu: “declaro, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal n.º 9.055/1995 e julgo, por isso, improcedentes as ADI n.º 3.356, n.º 3.357 e n.º 3.937 e a ADPF n.º 109, de modo a se declarar a constitucionalidade formal e material das leis questionadas”. Levado ao plenário, o Supremo Tribunal Federal julgou:

Decisão: O Tribunal julgou improcedente a ação direta, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, que julgavam procedente a ação, e vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes, que julgava improcedente a ação, sem declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Roberto Barroso, sucessor do Ministro Ayres Britto. Nesta assentada, o Ministro Edson Fachin reajustou seu voto para acompanhar o voto do Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 24.8.2017.

Por conseguinte, a Suprema Corte julgou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei n.º 9.055/1995 (que autorizava a exploração e uso do asbesto/amianto da modalidade crisotila – amianto branco) considerando os

20 Voto do Min. Relator. Dias Toffoli na ADI 3.397 – SP, p. 23.

21 Voto do Min. Relator. Dias Toffoli na ADI 3.397 – SP, p. 24.

22 Art. 3º Ficam mantidas as atuais normas relativas ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no artigo anterior, contidas na legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, nos acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil e nos acordos assinados entre os sindicatos de trabalhadores e os seus empregadores, atualizadas sempre que necessário.

23 Voto do Min. Relator. Dias Toffoli na ADI 3.397 – SP, p. 27.

mandamentos do artigo 3º da referida Lei, compromissos firmados na OIT n.º 139/1974 e 162/1986, e a regra máxima do artigo 196 da CRFB, que assevera ser dever do Estado garantir por meio de políticas sociais e econômicas à redução do risco de doença e de outros agravos.²⁴

Insta salientar, que as ADI n.º 3.356, n.º 3.357 e n.º 3.937 e a ADPF n.º 109, não tinham por objeto o julgamento incidental da validade jurídica do artigo 3º da Lei n.º 9.055/1995, o que ocorreu foi um verdadeiro ativismo jurídico em prol da saúde, com fito de resguardar a saúde pública, com base na Constituição Federal, cujo o mandamento era de amenizar/diminuir riscos sem necessidade à saúde de seus indivíduos, assim, com a evolução da tecnologia foi possível superar a utilização do asbesto/amianto de todas as suas formas, com substitutos capazes de efetuar o mesmo papel social e econômico, mas, sem prejuízos a saúde das pessoas.

Interessa a sociedade o movimento jurídico realizado pela Suprema Corte em prol dos direitos fundamentais, especificamente, aqueles relacionados a proteção da saúde dos indivíduos. No Brasil, essa frustração e insatisfação com as decisões políticas tomadas no âmbito da saúde, impede sua efetivação e funcionamento, servindo de base para que o Supremo Tribunal Federal decida pelo cumprimento do direito fundamental à saúde.²⁵

Neste ínterim, na condição direito fundamental social, o direito à saúde pressupõe, para a sua concretização em benefício dos administrados, um comportamento positivo por parte do Poder Público. Isso não significa dizer que as normas constitucionais que materializam o direito à saúde sejam desprovidas de eficácia jurídica. Certamente, não, pois o constitucionalismo moderno não admite a existência de normas constitucionais totalmente desprovidas de eficácia jurídica. Todas as normas constantes de uma Constituição possuem eficácia, diferenciando-se, tão somente, o grau desta eficácia e sua aplicabilidade (SILVA, 1998, p. 81).

Desse modo, o texto constitucional consagrou o direito à saúde como elemento fundamental ao cidadão, impondo ao Estado o dever de promovê-lo, por meio de políticas públicas eficazes, de forma a garanti-lo a todo e qualquer cidadão,

24 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

25 BRASIL Supremo Tribunal Federal. STF – Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 410.715- 5/SP. Relator: Min. Celso de Mello. J. 22/11/2005. DJ. 03/02/2006.

indistintamente, tendo em vista sempre o objetivo maior de reduzir as desigualdades, na busca constante pela efetiva justiça social.

O princípio da reserva do possível relaciona-se com os recursos financeiros do Estado, finitos e, em assim sendo, a questão orçamentária costuma ser argumento frequentemente utilizado pelo Executivo para justificar sua omissão e limitar sua atuação frente ao cumprimento das demandas judiciais. Este princípio está relacionado com a máxima de que ninguém está obrigado ao impossível, nesse caso, aplicada ao Estado no sentido de que este não teria como ser obrigado a concretizar direitos que venham a exigir esforços materiais ou recursos financeiros desproporcionais, que possam vir a impactar significativa e negativamente o orçamento público e que venham a trazer prejuízos a outras políticas públicas.

Essa é a grande problemática inerente ao tema da concretização do direito à saúde, pois este princípio colide com a regra do mínimo existencial, de acordo com o qual o Estado deve garantir aos cidadãos direitos subjetivos mínimos, a fim de viabilizar efetivamente o acesso a padrões básicos de bem-estar.

Por essas razões, nos últimos anos, o Poder Judiciário buscou debruçar-se de forma mais sistemática sobre o ato de julgar em saúde e tem buscado fazer com que este ato não seja uma decisão “solitária”. O crescimento do protagonismo judicial na saúde trouxe consigo a necessidade de se estabelecer uma ação coordenada e estratégica. Ao longo dos últimos cinco anos, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça lidera e estimula com veemência a atuação do Judiciário, baseada em estabelecer uma política judiciária para a saúde. Destaca-se aqui a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde, Comitês Estaduais de Saúde e recomendações sobre como os juízes podem decidir as demandas apresentadas. Em meio a avanços e desafios, o CNJ tem estimulado, discutido, desenvolvido e implementado ações e estratégias que visam, oferecer parâmetros e diretrizes para a atuação judicial em saúde.

2.2. Os movimentos jurídicos-políticos do Judiciário: protagonismo e ativismo judicial

Inicialmente é importante analisar a atuação do Poder Judiciário, que por meio de um protagonismo e ativismo judicial volta-se para solucionar as demandas que versam sobre questões de saúde, impondo a satisfação de tutelas de urgências pelo

Estado, intervindo, assim, na administração pública e políticas do SUS, dirigindo a alocação dos seus recursos quando necessário.

A partir da Constituição Federal de 1988, e com o fortalecimento da jurisdição constitucional, temas que deveriam ser tratados pela esfera legislativa e executiva, passaram a ser cobrados pela sociedade na esfera judiciária, a fim de dar plena efetividade aos seus direitos sociais, frente à inércia dos órgãos competentes, sobretudo, no que se refere à garantia constitucional do direito à saúde. Portanto, o objetivo desta discussão é compreender a atuação do Poder Judiciário na busca por assegurar o direito fundamental à saúde, por mais que isso dentro da Separação de Poderes resulte no extrapolar dos seus limites, da sua função e afronte do princípio citado acima.

A expressão ativismo tem sido muito debatida desde que foi usada pela primeira vez para classificar a atuação dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1947. Um dos principais motivos de debate no meio jurídico é a falta de uma definição clara de seu significado. Inúmeros trabalhos, acadêmicos utilizam a expressão ativismo de diferentes formas, o que pode indicar certa dificuldade de compreensão e de como o Judiciário se comporta diante da sua utilização (FARACO, 2018, p. 1-2).

Foi nesse momento que o Judiciário passou a ser acusado de invadir um espaço não especificado ou imaginado pela Constituição de 1787. A objeção foi reimpressa em vários outros estados. Apesar desses problemas, o modelo de implementação constitucional (norte-americana) tem se difundido amplamente, infiltrando-se profundamente na história constitucional de vários países das Américas, como Argentina e Brasil, que estabeleceram Supremas Cortes e controlam a proliferação de modelos específicos de constitucionalidade do direito. Não surpreendentemente, esse padrão levou os juízes a desempenharem um papel diferenciado na implementação da Constituição, de forma “ativa”, ao longo de sua evolução histórica.

É notável que a expressão ativismo é de natureza conservadora, que ocorreu através da ação afirmativa da Suprema Corte em favor da segregação e da invalidação da lei social geral que culminaram no conflito entre o presidente Roosevelt e a Suprema Corte. Esse conflito foi acompanhado por mudanças na jurisprudência contra o intervencionismo estatal (BARROSO, 2009, p. 14). Essa situação foi somente revertida na década de 1950, quando a Suprema Corte desenvolveu uma

jurisprudência progressista sobre direitos fundamentais, envolvendo: negros, réus em processos criminais, mulheres, o direito à privacidade e a interrupção da gravidez.

Fala-se, portanto, do estado Judiciário em sentido crítico. Assim, a justiça constitucional não envolve a existência de instituições como o Tribunal Constitucional ou o controle de constitucionalidade (cujos benefícios podem ser encontrados em quase todos os textos dedicados ao tema, mesmo aqueles de seus opositores mais críticos); antes, discute e considera o âmbito das atividades e a respectiva (falta de) legitimidade associada a determinadas “intervenções”.

No Brasil, o ativismo judicial tem sido utilizado tanto para definir a postura excessiva e inconstitucional do Judiciário quanto para denotar uma postura jurídica progressista – justiça plena para a efetivação dos direitos fundamentais – que o torna efetivo e desejável.

Destaca-se a importância do ativismo judicial, movimento que se encontra associado a uma interação do Judiciário na efetivação do texto constitucional, ante a ingerência de atuação do Legislativo e do Executivo no território nacional nas seguintes situações: a) enquadramento na Constituição, sem pronunciamento do legislador ordinário, de situações nela não incluídas; b) controle de constitucionalidade (the power judicial review); c) determinação de iniciativas ou de abstenções para os órgãos estatais em especial acerca de políticas públicas (CAMARGO apud VITÓRIO, 2011, p. 75).

Sob esse ponto de vista, é importante distinguir ativismo judicial da judicialização das políticas públicas, expressões que são usadas como sinônimos em parte importante da doutrina judiciária. Segundo Barroso (2008, p. 2), “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”. Barroso ainda se refere ao ativismo judicial e à judicialização das políticas públicas:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo

o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2008, p.3).

O ativismo judicial representa o trabalho do magistrado ou do Tribunal, a escolha baseada em critérios de interpretação não tão rígidos, para alguns, ou na opinião pura, para outros, a judicialização revela algo mais amplo que a decisão das políticas públicas é tomada por aqueles que não foram escolhidos para este importante trabalho, causando assim a influência da política pela inação do Legislativo e o fracasso do Executivo. Em suma, a judicialização se revela como um fato, um evento, e o ativismo judicial, um estado resultante daquela situação.

Quanto aos aspectos negativos ou prejuízos do ativismo judicial, em primeiro lugar, o Poder da Lei perderia sua legitimidade, pois o Ministério da Justiça desconsideraria sua nova construção jurídica de Parlamento, utilizando-se assim do *panprincipiologismo* – os princípios da interpretação constitucional e da aplicação das próprias leis (STRECK, 2012, p. 10).

Daniel Sarmiento (2016, p. 81) também critica o enfraquecimento dos princípios, pois fortalece as decisões do tribunal, enfraquecendo a democracia. Ou seja, distraídos pelos desejos de buscar a justiça e a segurança jurídica, negligenciam seu dever de julgar consoante os princípios constitucionais.

Tem-se também a discricionariedade do julgador como prejuízo, porque se dispõe a Administração Pública para escolher uma entre várias soluções juridicamente possíveis e admitidas. O juiz cria a regulação do caso que, antes de sua decisão, não encontrou respaldo no ordenamento jurídico ou extrapola os limites semânticos e adentra a conduta, o que muitas vezes acontece (STRECK, 2013, p. 19-21). Deste modo, revela uma maneira ilimitada de fazer as coisas ou limites.

Assim, à luz das ideias de capacidades institucionais e dos perigos dos efeitos sistêmicos, o ativismo judicial pode ser um fator prejudicial à harmonia entre os poderes, assim como poderia interferir na administração pública e nos poderes existentes.

Por outro lado, os aspectos positivos do ativismo jurídico podem criar um caminho para a conquista dos direitos fundamentais. Garantir os direitos fundamentais, na ausência de leis que regulem esses direitos na área, ou protegendo

a lei, prática comum ou ação governamental que viole a Constituição. Sabe-se que, durante grande parte da história do direito constitucional, na relação entre o Estado e o cidadão, recorria ao Poder Judiciário para decidir ou confirmar a aplicação da lei em um caso concreto. Em outras palavras, o ativismo judicial garante a efetividade mínima dos direitos fundamentais, mesmo que seja necessária uma intervenção crítica contra os maiores, porque, de fato, questões políticas fundamentais foram condenadas.

As ações judiciais para eliminar o poder de quem se vale da autoridade popular, a função judiciária de anular os atos, decisões e normas do Poder Executivo e o Poder da Lei não resultarão em minar a separação dos poderes, como a própria Constituição permite. Além disso, os magistrados não fazem seu trabalho em nome próprio e com autoridade para pensar por si mesmos, mas de acordo com a lei e a aprovação da própria Constituição, em prol dos direitos fundamentais e da própria democracia.

Assegurando a sobrevivência do direito democrático, o ativismo judicial é um trabalho que vem da condenação das relações-públicas, um “evento” que está acontecendo no Brasil, como ensina Paula citado por Gerson Camargo (2014, p. 201) “a partir da redemocratização e da assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal sobre as diversas formas de relacionamento”. O ativismo consistente em entrave à democracia é o mesmo condizente a sua preservação.

Costa (2020, p. 20-21) afirma que é dever do Estado prover o acesso à saúde de forma digna e igualitária a todo cidadão, e efetivar este direito previsto constitucionalmente vem sendo objeto de intensa judicialização em todo o Brasil. Destaca-se uma postura de inércia dos poderes Executivo e Legislativo em realizar políticas públicas de saúde mais eficazes, e, de outro, o protagonismo ativista do Poder Judiciário, quando provocado pela sociedade a atuar proativamente diante da falta de iniciativa dos outros poderes, a fim de cobrar a efetividade dos enunciados constitucionais.

A população já buscava pela prestação jurisdicional de obter do Poder Público o fornecimento de medicamentos, tratamentos de alto custo e especialidades médicas; porém, intensificaram-se ainda mais os pedidos de urgência por estes serviços. O Poder Judiciário, ciente das cobranças sociais, atua de forma ativa procurando fazer valer a efetividade da prestação jurisdicional na garantia de direitos

fundamentais; fazendo jus ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se porta-voz dos anseios sociais.

Neste cenário jurídico-político-administrativo, observa-se que o Poder Judiciário encontra o seu limite de atuação, no fato de que as políticas públicas, no âmbito dos direitos sociais, devem ser promovidas por meio de leis, projetos, ações e diretrizes desenvolvidas e concretizadas, via de regra, pelos Poderes Legislativo e Executivo visando à efetivação dos direitos fundamentais do cidadão.

Conforme Aragão (2013, p. 116-118) em um passado não muito distante o controle do Judiciário em relação aos atos dos demais poderes da União, se limitava ao exame da legalidade formal; já no atual cenário brasileiro, observa-se que o Judiciário vem sendo obrigado a debruçar-se sobre questões de mérito em casos concretos, diante da inércia dos demais poderes em concretizar suas atividades constitucionais.

Em seu trabalho apresentado na XI Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia, Wang faz um levantamento acerca da jurisprudência do STF frente a escassez de recursos, custeios e a reserva do possível. Aqui o autor, traz apontamentos sobre o pedido de medicamento e tratamento médico, já são questões raramente abordadas ou de forma superficial, “dando a entender que o direito à saúde não tem nos seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização” (WANG, 2007, p. 551).

Outro exemplo emblemático seria o plano de suspensão da multa cominatória (ao argumento de seu potencial de geração de grave lesão à ordem e economias públicas) imposta à União por decisão de tutela antecipada voltada à contratação temporária emergencial de setenta e cinco profissionais de saúde para uma unidade de Transplante de Medula Óssea (WANG, 2007, p. 01-26).

Atualmente, há uma tendência por parte do Supremo Tribunal Federal de examinar e julgar questões de natureza muito política. A dedicação dos membros da Suprema Corte para decidir questões políticas de alto nível está na raiz do ativismo judicial. Segundo o Ministro Celso de Mello, na entrevista concedida ao site Consultor Jurídico e transcrito por Márcio Chaer, o Tribunal deve ter um papel ativo na interpretação da lei (MELLO FILHO, 2006, p. 1). Essa manifestação aponta para a insatisfação com a qualidade do trabalho do Congresso Nacional, que pode dar espaço para a participação ativa do Supremo, para compensar a lacuna deixada pelas Casas Legislativas, com o objetivo de aprimorar a lei. O STF se preocupa com a

qualidade das leis, considerando sua aplicação à sociedade e suas consequências em relação aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Marina Faraco argumenta sobre a competência do Poder Judiciário quanto a legitimidade dessas decisões:

O que o texto constitucional de 1988 demanda, como vimos, é que o Poder Judiciário, no exercício de suas competências próprias, promova a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados. Isso faz com que a legitimidade jurídica das decisões judiciais esteja pautada não apenas na mera observância do processo matemático de subsunção do fato à norma, como método “neutro” de aplicação do direito, mas também na efetiva realização das metas coletivas da Constituição, que, nas palavras de Barcellos (2002, p. 245-246) resumem-se à “[...] promoção de bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade[...]”. (FARACO, 2015, p. 660).

Nota-se que a utilização do ativismo judicial se justifica pela necessidade de efetivar os dispositivos da Constituição. Nas questões políticas contidas na Constituição, não há nada mais importante do que o Supremo Tribunal Federal se expressar visualizando a validade dos princípios constitucionais.

O Ministro Celso de Mello, em entrevista ao site Consultor Jurídico – CONJUR:

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. (MELLO, 2016, p. 2-3).

Portanto, conclui-se que o STF abraça o ativismo judicial por que se destina a implementar as normas constitucionais, em particular, sobre violações em outros Poderes. Nesse sentido, é interessante citar as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, onde se confirma o ativismo judicial, em razão da questão da judicialização da saúde: é responsável pelo fornecimento de remédios a portadores

de certa doença (AgRgAl 486.816)²⁶; ofertar medicamento a pessoas carentes; bloquear valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes (AgRgAl 553.712)²⁷; admitir a intervenção judicial em tema de políticas públicas; assegurar as pessoas com deficiência o fornecimento de fraldas pelo programa Farmácia Popular (STA 818)²⁸; entre outras.

Mais adiante, o ativismo judicial associa-se ao tema da judicialização das políticas públicas, com implicações relacionadas à influência social e à utilização da mídia, pois é influenciado pelas referências políticas e ideológicas de seus interlocutores.

Além disso, a expressão ativismo, quando associada ao termo de Estado judicial, tem uma conotação negativa. Entretanto, sua utilização será considerada institucionalmente relevante e adequada, o que é uma questão conceitual. Neste capítulo, será abordada à luz da sua relação com os direitos fundamentais

Marina Faraco (FARACO, 2018, p. 152) afirma que uma decisão judicial que desempenha competências alheias, ainda que para concretizar direitos fundamentais, é inconstitucional. Porém, compreende-se que é inevitável que o Poder Judiciário, em destaque os juízes, não considerem suas convicções e ideologias na formação de suas decisões, sendo a neutralidade judicial um mito. Segundo a autora, “a própria atividade de fundamentação está sujeita a influências extrajurídicas, sobretudo porque o Direito interfere justamente na realidade social, seu objeto” (FARACO, 2018, p. 152).

O ativismo judicial, no Brasil, pode ser identificado por algumas condutas distintas:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que

26 Obrigação do Estado de fornecer medicamentos a pessoas carentes.

27 Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes.

28 O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, manteve decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª região (TRF-1) que assegura a pessoas com deficiência o fornecimento de fraldas pelo programa Farmácia Popular, da mesma forma como já é garantido aos idosos. Ao indeferir o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 818, ajuizado pela União, o ministro destacou que a decisão questionada assegura a dignidade da pessoa humana, preserva a proteção das pessoas com deficiência e a efetividade do direito à saúde.

têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito (BARROSO, 2008, p. 233 - 234).

O ativismo judicial assume-se como autor/decisor das políticas públicas e atua no interesse da coletividade. No plano filosófico, sabe-se que o poder público tem a legitimidade da capacidade de promover os direitos sociais, de modo que se estabelece uma troca entre os fatores de legitimidade, sendo o Estado o sujeito promotor dos direitos fundamentais, e o Judiciário ajuda na efetivação das políticas públicas.

Aqui surge a aplicação do ativismo judicial na efetivação do direito fundamental à saúde, o que leva a uma atuação proativa, visto a necessidade de regular o conteúdo das decisões tomadas e estabelecer uma prática efetiva. Ajuda a formular e articular os direitos fundamentais à saúde, garantindo sua efetiva implementação com a participação direta dos cidadãos. Portanto, dominar o ativismo judicial é atuar na formação e execução dos orçamentos públicos nacionais e na implementação de políticas públicas de saúde, e vincular esses entendimentos em sua tomada de decisão às demandas que lhes são impostas, parece ser este o caminho certo. Realizar o direito à saúde e otimizar a proteção das respectivas jurisdições (NOBRE, 2016, p. 98-99).

Aproximando-se da visão positiva do ativismo judicial, que pode possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais e a distribuição da justiça social, enfatizando, assim, a consciência do Estado Democrático de Jurisprudência e do poder normativo da constituição. Entenda que a constituição está aberta a ampla gama de interpretações em apoio aos princípios nela estabelecidos e requer uma nova visão de mundo, portanto, a interpretação constitucional deve ser devidamente fundamentada de acordo com o espírito da Magna Carta.

Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em 2010, ressaltou que a postura ativa do Judiciário é adotada quando há “a necessidade de fazer valer a Constituição, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”²⁹. Aduz assim que o ativismo judicial na efetivação dos direitos fundamentais da saúde ocorre quando alguma omissão ou inércia dos demais responsáveis foram adotadas.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL-AgR 47. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente),

O ativismo judicial é relevante, já que está intimamente ligado aos direitos fundamentais. É importante ressaltar que a ausência da efetivação do direito fundamental a saúde dificulta o acesso das pessoas a saúde. Cabe então confirmar que o ativismo judicial, é responsável por “atender aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário à saúde” (MENDES, 2013, p. 635).

Diante dessa realidade, o Poder Judiciário do Brasil tem demonstrado, hoje, em determinadas questões, uma clara postura ativista. De fato, pode-se notar que, em muitas decisões consideradas ativistas, o que se seguiu foi o exercício dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Além disso, o poder geral da Constituição.

No Brasil, a prática do ativismo transcende todas as áreas do direito. No que diz respeito à garantia do direito à saúde, existem diversas formas de ativismo que tramitam no Judiciário, desde decisões liminares, até decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, tais como, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Referente a efetivação do direito constitucional à saúde, o Judiciário muitas vezes assume um papel ativista em razão da inércia dos demais poderes. Limitações, no entanto, devem existir, além de evitar que a pulverização de ações inclua apenas certos direitos que deveriam ser concedidos a todos por meio de políticas públicas. Com base no ativismo judicial, as decisões judiciais devem basear-se no pressuposto de igualdade de acesso ao direito à saúde, para evitar abusos, garantindo e assegurando assim o cumprimento deste direito, minando a possibilidade que o mesmo se torne um direito sem normatividade, concretude e efetividade.

As discussões sobre os limites e possibilidades da intervenção do Judiciário não se limitam à análise do conteúdo da decisão judicial na regulamentação ou na prescrição adequada, mas trazem novos atores para o compartilhamento do poder e a renomeação de domínios. A resistência em aceitar esta intervenção como adequada reside, nas dificuldades políticas de utilização de uma democracia ampliada e participativa, do que em fragilidades funcionais insuperáveis, em relação à gestão da organização.

Os juízes deixaram de ser meros instrumentos do direito (bocas da lei), seres inanimados sem manifestação própria na interpretação e modificação de efeitos da Lei, deste modo ocorreu uma expansão exponencial da atuação do magistrado que antes somente atuava com base na ideia da lei consagrada, retomando ao momento

da sua elaboração e promulgação da norma. Comportamento típico dos adeptos da Escola Exegese, engessados a conceitos já ultrapassados e, conseqüentemente, superados por novos acontecimentos no direito contemporâneo, que se encontra em movimento constante em rumo da evolução.

Consoante ensina Marina Faraco:

Aliás, a ideia de um Judiciário neutro, “boca da lei”, que aplica a norma de forma mecânica, desvinculada dos próprios valores sob os quais fundados o sistema jurídico – essencial à construção do Estado de Direito burguês e à ideia clássica da separação dos poderes -, há muito foi superada. (FARACO, 2015, p. 660).

Sem uma resposta fácil ou aparente, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário ganhou bastante protagonismo no exercício de suas funções, especialmente o seu órgão de cúpula (STF), a partir do momento que ocorreu a judicialização destes direitos fundamentais, “problemas crônicos”, que atormentam a vida do brasileiro por décadas sem solução ou previsão para resolução. Destaco, ainda, que os problemas tratados são de amplo conhecimento dos administradores, que não contemplam em seu governo o cumprimento dos direitos fundamentais, injustificadamente, por simples conveniência.

O protagonismo do Judiciário revela o comprometimento da eficácia de algumas medidas tomadas por este, comprovados pelo aumento da litigiosidade em duas vezes, em relação ao crescimento da população. Outro fator de bastante relevância, é o impacto que as decisões judiciais geram no erário do ente que deve arcar com as despesas da efetivação do direito fundamental tutelado, devendo, inclusive, computar em sua Lei Orçamentária Anual (LOA), do ano subsequente, os gastos decorrentes de ações judiciais que determinam o cumprimento deste por via judicial, pode ser notado através do direito à saúde, que as demandas judiciais vem se tornando uma espécie de indicativo para promoção de políticas públicas de saúde futuras.

O orçamento não é mera formalidade e deve ser utilizado como um instrumento de intervenção estatal, por meio do plano de ação do governo. Deste modo, a realização das políticas públicas começa com a elaboração do orçamento público em sentido amplo, a ser executado, como regra, pelo Poder Executivo, contudo, em via de exceção, o Poder Judiciário poderá participar indiretamente com a determinação de efetivação de direitos fundamentais, resguardados na Constituição, normas

programáticas, como ocorre em situações de risco de vida ou outro agravo, que ofenda diretamente a dignidade da pessoa humana.

O Protagonismo Judicial se dá a partir do momento em que o Judiciário enfrenta e da solução a problemas que, em regra, é competência de outro Poder decidir sobre o modo e forma de sua resolução. Como é sabido, o juiz não pode se imiscuir de decidir em nenhum caso, consoante exposto no artigo 4^a³⁰ da Lei n.º 4.657/1942, mesmo na omissão legislativa, deve o magistrado decidir, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Assim, cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF) apreciar demandas inerentes a direitos consagrados na Constituição Federal que, muitas vezes, decorrem das competências de outros Poderes.

Gilmar Mendes disserta em seu Tratado de Direito Constitucional:

A atual composição do STF bem compreendeu que o Tribunal deve ser outro após a Constituição de 1988, pois a opção por um paradigma principiológico reclama um protagonismo singular de parte dos órgãos judiciais. A Corte se inclina para o reconhecimento de que há uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tanto que não é insólito convocar audiências públicas e prestigiar a instituição do *amicus curiae* em casos polêmicos, dos quais a sociedade já se inteirou e pretende manifestar sua posição. Se o STF se mantiver alerta e não deixar que as lides proliferem ante a falta de um consenso possível em relação a determinado tema, ele contribuirá para conferir eficiência e credibilidade à Justiça brasileira. A melhor sinalização de que o Brasil vivencia um constitucionalismo dinâmico e funcional quem pode oferecer é o próprio STF. O momento é bastante propício a tal desempenho (MENDES; et al, 2012, p. 957).

Daniel Sarmento (2009, p. 5-6) entende que o protagonismo do Poder Judiciário deriva de uma visão do pós-positivismo ao buscar uma ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios abertos, como é o caso da nossa Constituição, asseverando que o modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas vem sendo designado por diversos autores como neoconstitucionalismo. Desta maneira, destaca, Souza Neto, que “As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas perspectivas teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade” (SOUZA NETO, 2012, p. 165).

Em síntese, o neoconstitucionalismo tem o foco no Poder Judiciário, no qual deposita todo o sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes na

30 Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

constituição vigente, atribuindo aos juízes a missão de “fazer valer” os preceitos e valores petrificados na Magna Carta (SOUZA NETO, 2012, p.165). Não obstante, o Judiciário não deve ser indiferente com os demais Poderes, tendo em vista que os Poderes Executivo e Legislativo foram compostos por membros democraticamente eleitos, diferentemente, do Poder Judiciário, sob pena de subverter a ordem do Estado Democrático de Direito, com forte prejuízo da tripartição de poderes.

Streck (2013, p. 16) define o protagonismo judicial como uma tendência contemporânea na sociedade e sua utilização serve para justificar a concretização dos direitos fundamentais. Segundo o autor, os magistrados flexibilizam as normas e as técnicas processuais com uma ênfase maior no ativismo judicial para justificar uma atuação em prol da garantia dos direitos e princípios democráticos na nossa sociedade.

Essa tendência se tornaria um problema, na medida em que a democracia passa a depender diretamente das decisões que ocorrem no âmbito judicial. Ele destaca que nos regimes democráticos não há espaço para que as convicções pessoais do juiz sirvam de critérios para preencher as lacunas da lei para solucionar casos difíceis e garantir direitos fundamentais. A constituição é a base para a interpretação, mas o produto dessa interpretação acaba sendo a própria convicção do juiz, num certo ativismo judicial.

Contrapondo esta afirmação, em seu artigo Deixando de lado o “ativismo” e a “autocontenção” judicial, Marina Faraco afirma que:

Para o sistema constitucional de 1988, a validade jurídica da decisão judicial depende da sua fundamentação, que deverá se dar em conformidade com os diversos mandamentos normativos reguladores deste dever funcional e direito fundamental judiciário (FARACO, 2018, p. 153).

Neste contexto, a autora afirma que o Poder Judiciário pode adotar uma postura protagonista, mas “não lhe é dado ultrapassar a barreira das próprias competências e, tampouco, fundamentar suas decisões apenas nas consequências que se pretende alcançar, quando essas estejam em desacordo com o direito” (FARACO, 2015, p. 663).

Teixeira (2012, p. 51-52) o ativismo judicial é um fenômeno no direito brasileiro que não tem uma definição precisa, é usado de forma negativa, e em outras vezes leva uma conotação positiva, quando um juiz ativista age para preencher as lacunas legais, garantir assim os direitos básicos das pessoas. O ativismo judicial pode ser

comparado a teoria do sistema Judiciário de direito, no qual os juízes têm poderes criativos para dar sentido às leis estáticas feitas pelos legisladores. Esse ativismo, segundo o autor, coloca a política em segundo plano porque não desempenha papel fundamental na busca da realização de valor essencial na sociedade em que atua.

Em linhas gerais, tanto o ativismo quanto o protagonismo judicial não possuem uma natureza boa ou ruim, mas para o autor Streck (2013, p. 18-19) é mais adequado que o magistrado tenha preceitos constitucionais e uma decisão é injusta quando está apenas de acordo com a consciência pessoal do juiz, para Teixeira (2012, p. 52) o ativismo é para garantir os direitos fundamentais do indivíduo tendo também seu caráter nocivo quando somente atende fins políticos.

Vislumbra-se que o ativismo judiciário decorre da missão imposta pela Constituição ao Judiciário, de garantir os direitos fundamentais, de outro modo, cabe ao Judiciário efetivar os direitos fundamentais, objetivos e subjetivos, desde que não realizados pelos demais Poderes, em razão de omissão ou negligência, em obediência à própria Magna Carta.

Em suma, as decisões repercutem e refletem em toda sociedade, sendo importante que toda atuação confirme com normas e princípios da Constituição Federal, já que a sociedade é marcada de desigualdade social, e é de extrema urgência uma postura que corrobore para construção de uma sociedade mais justa e menos desigual.

3 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Gustavo Barchet e Motta Filho (2009, p. 12) idealizam a Constituição, como conjunto de normas regentes da organização estatal, originado na Grécia antiga, o termo Constituição foi utilizado com o sentido de organização jurídica do povo, cunhado em Roma, no período republicano. A Constituição pode ser analisada sobre diferentes conceitos, sendo eles, material, formal, moderno, valorativo, ideal e real.

Para Gilmar Mendes e Branco (2018, p. 84-87), os conceitos de Constituição que nos interessa são os conceitos material e formal, posto que a Constituição brasileira abarca assuntos variados, tanto materialmente constitucionais, quanto aqueles que não tem relação direta com matérias constitucionais, estabelecidos formalmente no corpo da Carta Cidadã.

Mendes e Branco afirmam que no conceito material (sentido substancial) é “o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 84). Além disso, pode-se afirmar que traz outras normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em primazia das liberdades de autodeterminação dos indivíduos que se encontram regidos pelo Instrumento Inaugural.

A par disso, convém comentar que para Barchet e Motta Filho (2009, p. 32) a Constituição Federal de 1988 é considerada formal, escrita, dogmática, democrática, rígida, analítica, normativa, heterodoxa, semântica (na segunda classificação que usa o termo), reduzida e dirigente. Nesta toada, nota-se no texto constitucional a menção a variados assuntos alheios aos propriamente constitucionais (estrutura formal do estado, organização do estado, processo político do estado, limitações ao poder do estado, e, por fim, os direitos e garantias do indivíduo), tais como, a proteção da saúde, do meio ambiente, da ordem econômica e até mesmo do índio. Observa-se que o intuito da Constituição não foi exaurir o tema, mas, assegurar a importância e relevância do tratado, papel do legislador ordinário implementar e aprimorar o conteúdo por meio dos instrumentos expressos no processo legislativo.

Não há demagogia em afirmar que o legislador buscou proteger outros valores da sociedade atual na Carta Constituinte, conformando a maioria deles expressamente ao longo do texto, sob forma de princípios, normas e valores, de modo

a assegurar eficácia imediata, com as devidas ressalvas, a cada um dos dispositivos previstos na Constituição Federal de 1988. Sabe-se que nem todos os mandamentos constitucionais são dotados de aplicabilidade imediata, não obstante, no que tange aos direitos e garantias fundamentais, o próprio constituinte originário foi taxativo ao afirmar que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.³¹

Sabe-se que a Constituição é a norma mãe de todo ordenamento jurídico brasileiro, irradiando os seus valores aos demais atos normativos, devendo-se verificar na aplicação de qualquer ato normativo a conformação dos valores constitucionais, sob pena de ser declarado a inconstitucionalidade deste. Insta salientar, que no ordenamento jurídico pátrio, inexistia a figura da constitucionalidade superveniente, assim sendo, não admite que legislação anterior a constituição, considerada inconstitucional, se torne constitucional com a promulgação da Carta atual.

Em referência ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, Paulo Bonavides (CANOTILHO; et al., 2013, p. 69), argumentou sobre a crise institucional instaurada entre o Congresso Nacional e o Presidente da República. O Congresso defendia um texto constitucional principiológico e de ampla abrangência das políticas públicas e programas sociais para todos os indivíduos, a título de exemplo, o acesso à saúde e seguridade social, prestados integralmente a todas as pessoas. Já o Chefe do Executivo, Presidente Sarney, verberou críticas ao texto constitucional, sob argumento de que o Congresso Nacional estava promovendo promessas ilusórias e de difícil execução, se mostrando preocupado, especialmente com os programas sociais e os repasses de verbas para os Estados e Municípios.

Apesar desses imbrólios, o texto constitucional foi aprovado pelo Congresso Nacional. Inaugurando uma nova Ordem Constitucional brasileira, e vinculando todos os entes políticos e seus poderes. Com isso, o grande desafio da atualidade tornou-se a aprimorar e executar os princípios normativos e direitos fundamentais da Constituição. Sabe-se que o Constituinte Originário desenvolveu o texto constitucional incumbido da responsabilidade de reparar erros históricos, de modo a diminuir as injustiças e as calamidades sociais, esculpindo no seu trabalho princípios axiológicos.

31 Faz referência ao artigo 5º, §1 da CFRB.

Vislumbra-se, então, um sistema constitucional aberto, com mandamento de aperfeiçoamento pelo constituinte derivado, consoante explica Bonavides:

A unidade da Constituição, diante de fatores adversos, todavia removíveis, se logra mediante a formação de uma consciência constitucional e hermenêutica, atada ao considerável progresso teórico que inaugurou a era principiológica, desde a introdução dos princípios em, sua qualidade normativa, até então tolhida e retardada por obra do constitucionalismo positivista, cuja doutrina se inclinava a atribuir sentido meramente programático e abstrato aos mandamentos cordiais da Constituição, precisamente aqueles que lhe definiam o espírito, a vocação, a ideologia, os valores e eram, porém, de ordinário, desprezados em nome da aplicação de regras estritamente jurídicas, supostamente purificadas e isentas de toda contaminação sociológica ou filosófica que tanto importava separar o “sein” do “sollen”, isto é, o ser do dever-ser, segundo a imagem Kelseniana. (CANOTILHO; et al, 2013, p. 72)

A era principiológica ilustrada por Bonavides representa a busca imparável pelo progresso, não engessado por normas positivadas ao longo da história, introduzindo possibilidades de realização no campo jurídico (CANOTILHO; et al, 2013, p. 73). Deste modo, os juízes tornam-se parte importante do processo de interpretação constitucional, exercendo certo protagonismo em sua atuação, em obediência aos mandamentos constitucionais. Neste contexto, volta à tona, o pensamento das escolas do direito, sabendo que a filiação dos magistrados em determinada escola, define a forma da construção jurídica na interpretação destes.

As principais escolas do direito são a Exegese e a Histórica, cada uma delas desenvolveu o seu método, o que será estudado a seguir.

Em primeiro lugar, Christiano Andrade disserta sobre a Escola Exegese:

O método exegético surge com um procedimento predominante em todos os direitos escritos e submetidos a uma sistematização legislativa, como a realização pelas codificações dos séculos XIX e XX. Na Escola da Exegese predomina um subjetivismo-histórico, que privilegia a vontade histórica do legislador como sentido normativo.

Tal método é uma variedade do método gramatical, tendo seus antecedentes no trabalho dos glosadores e comentaristas medievais que empreenderam uma exegese dos textos do direito romano. Mas foi construído em torno do modelo napoleônico de direito; para determinação do sentido unívoco das palavras recorre-se à ficção do espírito do legislador, que é assim substancializado, reificado (ANDRADE, 1992, p. 32-33).

A Escola da Exegese tinha uma concepção normativista e conceitual do direito que é revelado somente pelas leis, normas gerais e abstratas, emanadas pelo Estado. Buscava ela uma expressão racional do direito como racionalidade pura, em esquemas de ideias que englobassem de antemão toda a vida humana em sua

complexidade. A interpretação seria então um trabalho declaratório da intenção de um legislador real. No sistema legal já implícito, algo que competia ao intérprete tornar explícito.

Em resumo, o pensamento defendido pela Escola da Exegese parte do pressuposto de que os juízes são meros aplicadores da Lei, ou seja, inexistem possibilidade interpretativa ou margem de escolha para o magistrado, que deve seguir pelo desejo puro do legislador, no momento de confecção da norma, impedindo, inclusive, mutações de conceitos jurídicos em razão da evolução do direito na sociedade contemporânea.

Abboud, Garbellini e Oliveira esclarecem os pensamentos exegéticos:

A proibição de manipulações interpretativas não se limitava à figura dos juízes. Também a atividade dos eruditos – chamada de doutrina – era veementemente repudiada. Isso é de extrema importância e marca uma diferença significativa para com a realidade que se observa na Alemanha e que resulta na formação da chamada jurisprudência dos conceitos: os códigos franceses são frutos do parlamento, obra de um legislador racional portador de uma vontade geral. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 487).

Nesta toada, os mesmos autores arrematam:

Nesse ambiente, seria algo natural que “a escola dominante de pensamento praticasse uma interpretação literal dos códigos, razão pela qual ficou conhecida como escola exegética”. O elemento racionalista, que oferece colorido filosófico à escola exegese, se apresenta no caráter sistemático assumido pela codificação. Nesse sentido, é importante lembrar, com Kaufmann e Castanheira Neves, que o movimento codificador representa, em grande medida, a realização concreta do ideal lógico-sistemático presente no jusnaturalismo racionalista. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 488).

Em conclusão, verifica-se que a Escola Exegese é conservadora e rígida quanto ao pensamento e interpretação da norma e, também, pode-se aferir as seguintes características: a) a sistematicidade jusnaturalista-racionalista; b) a separação radical entre fato e direito; c) a conformação total entre código (estatuto) e direito; e d) a literalidade na interpretação dos artigos do código (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 488). Em síntese, esses são os principais elementos destacados da Escola Exegese.

Noutra perspectiva, Christiano Andrade ensina que no método histórico-evolutivo a lei deve acompanhar suas virtudes sociais, ajustando às circunstâncias supervenientes. Aqui, diferentemente da escola exegese, o intérprete tem o dever de

atualização de acordo com as evoluções históricas, buscando, em verdade, o espírito da lei - fim social – (ANDRADE, 1992, p. 36).

Abboud, Garbellini e Oliveira afirmam que a Escola Histórica marcou a cristalização do prestígio dos eruditos no ambiente jurídico alemão, destacando a Lei como algo vivo “emanado da experiência vivencial de um povo que o legislador exprime e, em algumas circunstâncias, até integra, mas não pode, arbitrariamente, criar (algo muito diferente do que acontecia na França em que o legislador seria Soberano para criar as disposições normativas o que poderia fazer *ex nihilo*), ou seja, de forma arbitrária”. (ABBOUD, CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 491)

O entendimento do pensamento das escolas jurídicas (exegese e histórica) se faz bastante relevante, tendo em vista que a construção do direito brasileiro é mandamento da própria Constituição Federal, devendo ser aprimorado de acordo com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante expõe o artigo 3º da CRFB³².

Por tudo isso, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro posiciona-se, em sua maior parte, ao lado dos pensamentos da escola histórica, posto que valoriza as normas legais e as aplica com as devidas vênias necessárias para realizar a aclamada justiça. Neste momento, o juiz deixa de ser uma peça comum no campo jurídico e começa a desenvolver pensamentos jusfilosóficos no sentido de aperfeiçoar o direito e promovendo a justiça. Em outros termos, o magistrado atua com maior liberdade no cumprimento do seu dever legal, de modo a interpretar e aplicar a lei consoante a sua razão de ser, o seu fim, seu espírito.

Partindo da premissa que a Constituição Federal ordena o adimplemento de suas normas, princípios e valores. Vislumbra-se, então, a necessidade de se promover a concretude e a efetivação daqueles direitos. Neste sentido, o artigo 2º da CRFB assevera “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O sistema adotado pela Constituição é o de Freios e Contrapesos, em outras palavras, um sistema equilibrado de atuação entre os poderes, onde cada um deles exerce determinada função, apesar disso, este poder deve ser controlado pelos outros poderes (freios e contrapesos).

Oriana Piske e Antonio Benites publicaram:

32 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta forma, embora cada poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes. (PISKE; SARACHO, 2018, p. 2):

Sabendo que a Constituição adotou o sistema de freios e contrapesos, precisa-se rememorar a função precípua de cada Poder: a) o Executivo exerce a função de administrador da máquina pública, implementando e executando os programas de governo; b) o Legislativo cria e fiscaliza leis para o fiel cumprimento do exposto na Constituição; e c) o Judiciário julga as demandas trazidas ao seu conhecimento, definitivamente, sempre que houver divergência, instabilidade ou confusão, quanto a sua aplicação.

O Poder Judiciário, por seu órgão de cúpula, faz o papel de guardião da Constituição Federal, de tal modo exerce controle na efetivação das políticas públicas, sociais e direitos fundamentais, quando provocado, por meio de decisões “inter parts” e “erga omnes”. Deste modo, ocorre que diante da inércia ou omissão dos demais Poderes, a controvérsia toma maior dimensão, batendo às portas do Estado-Juiz e, então, julgada por este, sendo vedado a sentença “non liquet”.³³

Não é novidade a raiz axiológica da Constituição Federal e a consagração de diversos dispositivos arraigados de princípios e valores humanos perseguidos por essa. Nessa trilha, observam-se inúmeras menções na Carta se referindo ao bem-estar social, dignidade da pessoa humana, justiça social, etc. Isso tudo para que os governados e governantes saibam qual é o plano constitucional, de promover uma existência digna ao indivíduo, pois, sem isso, de nada valeria a lógica constitucional.

É nessa órbita, que permeia a efetivação dos direitos fundamentais, individuais e sociais, seja na garantia da proteção das liberdades do indivíduo pelo Estado de forma comissiva (assegurando) ou omissiva (não-intervenção), ou seja, na implementação e cumprimento das políticas sociais prestacionais ou não.

Neste contexto, José Afonso Silva explica sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, ele as divide em três formas: a) normas de eficácia plena, b) normas de eficácia contida, e c) normas de eficácia limitada ou reduzida. (SILVA, 1998, p. 82).

33 Non liquet – significa que algo não está claro e por isso não será decidido.

Deste modo, passamos a expor as características singulares de cada uma das três normas.

As normas de eficácia plena são aquelas capazes de produzir todos os seus efeitos com a simples entrada em vigor da Constituição, prescindindo regulamentações posteriores, ou seja, no momento em que entra no ordenamento constitucional já é plena e não precisa de nenhuma regulamentação posterior. A aplicabilidade é imediata (começa a produzir efeitos imediatamente), direta (não dependem de normas regulamentadoras) e integral (produzem os seus efeitos integralmente sem qualquer limitação) (SILVA, 1998, p. 82).

No que se refere às normas de eficácia contida, guarda certas semelhanças com as de eficácia plena, pois ambas são capazes de produzir efeitos a partir de sua promulgação, no entanto, no que tange às normas de eficácia contida, os seus efeitos podem ser limitados por regulamentação posterior. Quanto à sua aplicabilidade é imediata, direta e não integral. A ausência de integralidade decorre das restrições que as normas de eficácia contida poderão sofrer por leis e outras normas constitucionais (SILVA, 1998, p. 82).

Por derradeiro, as normas de eficácia limitadas são aquelas que dependem de regulamentação para posteriormente produzirem os seus efeitos. Elas protegem o direito resguardado, porém, este somente poderá ser exercido quando regulamentado pelo legislador ordinário, isto é, fica impedido o exercício de determinado direito até o momento de sua regulamentação, essas normas quase sempre carregam a expressão “a lei disporá sobre (...)”. As diferenças na aplicação desta norma, que ostentam quanto à aplicabilidade as seguintes características: a) mediata (somente produzem efeito após regulamentação por lei); b) indireta (não assegura diretamente os efeitos, dependem de norma reguladora); e c) reduzida (com a promulgação da norma, sua eficácia é meramente negativa) (SILVA, 1998, p. 82-84).

Deve-se atentar que o tratamento disposto na Constituição Federal estabelece que as “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”, isso significa que os poderes públicos prescindem de regulamentação para atuação positiva. Além disso, pode-se afirmar que o indivíduo pode exigir esses direitos diretamente do ente público, independente de regulamentação.

Com esse entendimento é possível compreender que todas as normas constitucionais possuem eficácia normativa, inclusive, aquelas tratadas como princípios, estipuladas pelo poder constituinte com a finalidade de guiar o intérprete a

seguir o caminho idealizado pela Constituição. Assim sendo, entende-se que os princípios constitucionais também possuem força normativa cogente, tais como as regras, se diferenciando, especialmente, no momento da aplicação, uma vez que os princípios podem ser aplicados em conjunto (pela regra da ponderação), diversamente, no que tange as normas será utilizado a regra específica, excluindo as demais.

Eros Roberto Grau leciona sobre a força cogente dos princípios constitucionais:

(...) *princípios constitucionais impositivos*, entendidos assim os princípios constitucionais nos quais “subsumem-se todos os princípios que no âmbito da constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislativo, a realização de fins e a execução de tarefas”; tais princípios – adverte Canotilho – são muitas vezes designados por “preceitos definidores dos fins do Estado”, “princípios diretivos fundamentais” ou “normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas” (aí o princípio socialista, o princípio da socialização dos meios de produção e etc.) (GRAU, 2010, p. 157).

Conforme ilustrado por Eros Grau, os princípios possuem força imperativa e perseguem os fins estipulados pelo poder constituinte, instituindo as diretrizes fundamentais (conhecidas como normas programáticas), em outras palavras, refere-se aos preceitos considerados por definição a finalidade do Estado. A função dos princípios constitucionais nada mais é do que orientar o Estado no exercício da sua função institucional, instaurada pela Constituição, sujeitando todos os entes da Administração, Poderes do Estado e jurisdicionados.

A Ordem Constitucional Econômica, estabelecida na Constituição Federal, em seu artigo 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”, assevera que a finalidade da economia é assegurar a dignidade da pessoa humana (existência digna) dos indivíduos que residam no território brasileiro.

Pelos próprios fundamentos, vislumbra-se o interesse do Estado na valorização do trabalho humano, garantindo melhores condições de trabalho para as pessoas e a proteção do trabalho contra a automação descontrolada das atividades econômicas. Ademais, tem a propósito confirmar a realização da existência digna por intermédio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (fundamentos da República).

No que tange o fundamento da livre iniciativa, na ordem econômica constitucional, refere-se ao sistema econômico capitalista adotado pelo Brasil, aqui,

permite a todos os indivíduos a se lançarem ao mercado, por seu próprio risco, com ampla liberdade, ressalvados as limitações legais, observando a liberdade de concorrência e a contratual, no entanto, obedecendo aos ditames da justiça social.

A Suprema Corte (STF) já posicionou no sentido de que a livre iniciativa é uma cláusula geral que deve ser preenchida pelos incisos do artigo 170 da CF/88. Os incisos do referido artigo referem-se aos princípios da ordem econômica, entende-se, então, que esses princípios preenchem o conteúdo da livre iniciativa, destrinchando este fundamento. Em outra oportunidade, o STF decidiu que o Estado pode regular políticas de preços quando manifesto abuso do poder econômico, ou seja, embora haja uma livre iniciativa, não pode ocorrer abusos.

Além disso, vale lembrar que o STF já enfrentou a ação de inconstitucionalidade da famosa “meia entrada” por violar a livre iniciativa (na cobrança de valores menores por determinação legal)³⁴. Deste modo, considerou constitucional a Lei nº 12.933/2013 (Lei da Meia-Entrada) por garantir outros valores constitucionais como a cultura, esporte e lazer, então, neste caso, deve-se prevalecer sobre a liberdade de preços.

Também, se tratando de Lei que fere o princípio da livre iniciativa, criando a obrigação da necessidade de serviços de segurança nos estacionamento,³⁵ o STF julgou inconstitucional tal ato normativo, pois fere o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que o estacionamento já tem a responsabilidade legal de indenizar o usuário por qualquer dano sofrido, em razão do vínculo contratual estabelecido.

Para terminar, foi instituída uma Lei Estadual n.º 2.130/93³⁶ obrigando que todos os supermercados fornecessem o serviço de empacotamento das mercadorias, por seus funcionários, no entanto, o STF considerou inconstitucional a referida Lei por ofender a livre iniciativa. Em síntese, os supermercados podem fornecer o serviço de empacotamento e outros a fim de melhorar a experiência do consumidor, mas, o Estado não pode impor tal obrigação a este.

Com base nisso, depreende-se do próprio texto constitucional que os princípios da ordem econômica na Constituição têm por interesse guiar o intérprete na missão de interpretar o seu conteúdo da norma, conforme seus valores axiológicos, de modo

34 ADI nº 3757 – SP.

35 ADI nº 4862.

36 ADI nº 907 – RJ.

a não se afastar do espírito constitucional de assegurar a todos existência digna, com base nos ditames da justiça social. Importante, salientar, que todos os princípios são normas cogentes, a fim de permitir que os valores sejam realizados no exercício das atividades econômicas.

A partir de agora, passa-se a analisar os princípios expostos nos incisos I até IX, todos do artigo 170 da CRFB:

I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (...) (BRASIL, 1988).

Pois bem, o objetivo desta análise não é exaurir o conteúdo de todos os princípios, mas, de fornecer elementos suficientes que comprovem a necessidade de todos eles para a realização da existência digna. Com a devida observação, neste instante, passa-se a examinar e dissertar sobre cada princípio em espécie, sempre tendo como parâmetro o objetivo de conformar com a finalidade do artigo 170 (assegurar a todos a existência digna por meio da ordem econômica constitucional).

A soberania nacional (I) é imprescindível para que o Estado possa promover qualquer objetivo, inclusive, traçar políticas públicas de governo, também, considerado fundamento da República (art. 1º, I)³⁷, ademais, é elemento necessário para formação do Estado, isto é, são elementos do Estado: o povo, o território e o governo soberano. Em outras palavras, não é possível argumentar a possibilidade de ações governamentais sem a existência de soberania para prática de qualquer ato.

A propriedade privada e sua função social (II e III) é o que representa mais legitimamente o estado capitalista, considerado direito fundamental (art. 5º, XXII)³⁸, desde que atente aos preceitos constitucionais que limitam a propriedade e a sua função social (art. 5º, XXIII). O direito à propriedade privada é garantido pela própria CRFB, limitando o poder estatal de ingerências sobre a propriedade particular, contanto que o indivíduo não deturpe a finalidade da propriedade de modo a prejudicar

37 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania;

38 XXII - é garantido o direito de propriedade (art. 5º da CRFB);

a sociedade com o uso desta. Por isso, verifica-se que a propriedade privada é indispensável para a realização do indivíduo que tem direito a um lar para conviver com a sua família e realizar a busca pela felicidade plena.

A livre concorrência (IV) é a possibilidade de os indivíduos se organizarem por meio de pessoas físicas e jurídicas, participando ativamente da economia, exercendo o seu ofício livremente a fim de buscar sustento para si e para sua família, neste sentido, expõe em seu parágrafo único “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. No entanto, o Estado pode limitar justificadamente o exercício de determinadas atividades e profissões, a fim de preservar o bem-estar da coletividade, caso exista risco no exercício da atividade.

A defesa do consumidor (V) se faz necessário com o avanço da economia de massa, exercido pelas grandes corporações, utilizando-se de todo o seu poder econômico para obter proveitos ilícitos, pressionando o rumo da economia brasileira ao seu favor. Deste modo, a defesa do consumidor pretende equilibrar o mercado de consumo, protegendo os consumidores da influência do poder econômico dos grandes players, sendo considerado direito fundamental do indivíduo (art. 5º, XXXII)³⁹. Em razão da ordem constitucional, o legislador ordinário, instituiu a Lei n.º 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor⁴⁰, com o interesse de regular o consumo e defender os consumidores de práticas abusivas, preservando a saúde econômica destes.

A defesa do meio ambiente (VI) é a manifestação mais pura que temos na ordem econômica constitucional de zelar pelo bem-estar social e futuro das gerações (art. 225)⁴¹. Esse princípio revela a preocupação do Estado com a busca desenfreada e desprevenida do mercado de produção e consumo, trata-se de um verdadeiro norte para preservação do ambiente onde vivemos, assegurando a qualidade e recursos necessários para vida plena do indivíduo. Por fim, o inciso VI, faz uma menção em especial, ao tratamento diferenciado destinado aqueles que se utilizam de meios menos degradantes ao meio ambiente, em sua produção ou prestação de serviço, inclusive, em relação ao processo de elaboração e prestação.

39 XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

40 Refere-se a Lei nº 8.078/1990 - Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

41 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A redução das desigualdades regionais e sociais (VII) tem por finalidade levar o progresso para as regiões menos evoluídas economicamente, de modo que o Estado deve promover políticas públicas a fim de garantir o avanço regional e social dessas regiões. Destaque-se que a ordem econômica pode ser meio propício para consagração deste objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, III)⁴², permitindo a União a praticar ações em desigualdades entre os entes federativos, visando o desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais (art. 43).⁴³

A busca do pleno emprego (VIII) objetiva proporcionar que o Estado proporcione oportunidades de trabalho para o indivíduo, ao seu arbítrio, com ampla liberdade de atuação, também, depreende-se que atende aos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV)⁴⁴, ou seja, o Estado ao permitir por seus meios que o indivíduo tenha acesso ao trabalho digno, assim, valoriza o trabalho e a livre iniciativa, e realiza a dignidade da pessoa humana.

Finalmente, trata-se do inciso IX do artigo 170 da CRFB “o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. O favorecimento das empresas de pequeno porte constituídas sob égide do ordenamento jurídico brasileiro, serve como estímulo e incentivo para novos empreendimentos que aquecem a economia e consequentemente geram empregos. Em razão disso, tanto pela via direta quanto pela via indireta, conclui-se que essas empresas necessitam de tratamento especial, mais benéfico, pois são mais vulneráveis economicamente, além disso, segundo o site do SEBRAE, essas empresas são responsáveis por oito a cada dez novos empregos criados em 2021.

Conclui-se, no sentido em que os princípios da ordem econômica constitucional são verdadeiros vetores de interpretação da norma constitucional, especificamente, aplicados na regulação da economia brasileira, com a finalidade de assegurar a todos os indivíduos uma existência digna.

O viés interpretativo delineado pela Constituição Federal deve ser seguido por todos os aplicadores do direito, até mesmo, os titulares de cargos públicos com poder de decisão política, como é o caso dos magistrados, legisladores, chefes de governos,

42 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

43 Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

44 III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

etc. Todos os atores do campo jurídico são responsáveis pela preservação e efetivação dos princípios e valores constitucionais.

Salienta-se, por fim, que o Poder constituinte originário ao estabelecer a nova ordem constitucional se atentou aos problemas modernos, tanto que principiou o texto constitucional com conceitos abertos e valorativos, assim, viabilizando o sistema jurídico a atualizar-se diante dos novos fenômenos jurídicos e sociais. Deste modo, a edificação da ordem econômica na Lei suprema, conformada nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, com a única finalidade de assegurar a existência mais digna do indivíduo, com fulcro nos fundamentos da República Federativa do Brasil, tende-se a realizar de acordo com os valores tutelados na Constituição Federal de 1988.

No Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente, o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade.

Com esse entendimento, acredita-se que os diálogos institucionais possam ser instrumentos capazes de dar maior validade aos atos emanados pelos diversos poderes do Estado. Por essa razão, será o objeto de estudo do próximo tópico desta dissertação.

3.1. A possibilidade de diálogos institucionais para a concretização dos direitos à saúde

Revelam-se fatos notórios e corriqueiros os problemas na saúde brasileira, expressada através de uma crise de legitimidade das instituições políticas de nosso

país. Frente tal situação, os usuários dos serviços de saúde, portanto, recorrem ao sistema Judiciário para garantir a concretização do direito fundamental de saúde, o que aumenta o número de lides judiciais individuais. Pensando, por outro lado, uma sentença ou uma liminar pode garantir o acesso real à saúde, ou, ao contrário, pode criar uma espécie de desigualdade de acesso ao “furar filas”, porque às vezes esta decisão ignora os pacientes que já estão esperando mais tempo do que a pessoa que buscou a justiça.

É nesse contexto que, com a inércia do Poder Executivo, o número de ações judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde aumenta no consequente processo de efetivação desses direitos. Por outro lado, o Poder Judiciário é responsabilizado por decidir questões em que o Poder Executivo e Legislativo não desempenhou a função esperada, tanto na formulação quanto na implementação de políticas públicas.

A judicialização de direitos sociais como o direito à saúde é um fenômeno comum no cotidiano do Brasil. Um pedido ao Supremo Tribunal Federal (STF) por direitos sociais fundamentais mostra que essas garantias constitucionais precisam realmente funcionar, e leva este órgão a se manifestar sobre um problema velado em nossa sociedade, encontra-se aqui o protagonismo do Poder Judiciário contra a negligência do Poder Executivo e Legislativo.

A Suprema Corte do Brasil segue essa linha, defendendo a possibilidade de intervenção judicial nos casos de omissões na efetivação dos direitos que devem ser protegidos, ou seja, mostra que em casos onde há uma violação do direito disposto na Constituição Federal, o Judiciário atua de forma lícita procurando não violar a separação de poderes em sua intervenção judicial. Monteiro (2010, p. 168) afirma ainda que, no que se refere à atuação do Judiciário na ausência de outros poderes, “se um dos poderes deixar de cumprir suas funções, sua falta deverá ser suprimida pelo outro”, buscando garantir sua efetivação para que não haja nenhuma insuficiência estatal.

A possibilidade do diálogo institucional surge como uma nova modalidade de atuação judicial voltada para a superação de repetidas críticas às decisões judiciais que permeiam as políticas públicas, como forma de superar obstáculos na estrutura política do Estado, visando o diálogo institucional para enfrentar os problemas que existem nesta estrutura. Para Borba:

Trata-se de importante mecanismo suplementar (e excepcional) para a proteção dos direitos fundamentais catalogados na Constituição Federal e que se destina a retirar os responsáveis públicos do seu estado de inação e impulsioná-los na adoção das políticas públicas a que estão legitimados constitucionalmente a concretizar, dada a situação emergencial apresentada. (2017, p. 48).

Neste diálogo institucional, o Judiciário não deve impor decisões obrigatórias, mas conversacionais, mas é legítimo nesse sentido fixar prazos se não forem estabelecidos parâmetros mínimos para afastar a inércia dos responsáveis. Para Alô:

Não caberia ao STF formular políticas diretamente, mas apenas fixar parâmetros, prazo e finalidades de superação, deixando aos demais poderes públicos a definição das medidas a serem tomadas. A Corte não subjugaria os outros poderes, mas os tiraria da inércia, não havendo que se falar em violação à separação de poderes. Pelo contrário, a separação contemplada no texto constitucional pressupõe que os poderes devem dialogar, compartilhando autoridade. Estes não são estanques, não são adversários, mas sim parceiros na promoção de direitos fundamentais. Verdadeira violação seria anuir com a inércia e a violação de direitos fundamentais, conferindo imunidade jurisdicional e concentração de poderes aos demais, principalmente ao Poder Executivo. (ALÔ, 2016, p. 110)

É nesse sentido que surge o problema deste subtema, ou seja, é possível e desejável utilizar as negociações institucionais no cumprimento de direitos básicos na vida?

Utilizar o diálogo institucional no cumprimento dos direitos básicos à saúde não seria necessariamente uma solução mágica para resolver todos os problemas, mas representa de forma considerável um passo importante no processo de mudanças necessárias no poder e na sociedade.

Tendo-se em mente, as ações do Poder Executivo, como responsável pela criação de políticas públicas que possam atender à necessidade já existente, por meio da adoção de um processo transparente para garantir que funcionam efetivamente no contexto da realidade. Também se observa que adotando um diálogo institucional, a forma como o Judiciário é sentenciado muda, devendo-se buscar soluções que possam atender de forma ampla os direitos fundamentais. Isso resulta numa mudança completa da sociedade, entendendo que as mudanças não acontecem da noite para o dia, mas sim um processo gradual, talvez lento, mas no final das contas bem-sucedido.

O ponto-chave dessa discussão é a possibilidade de um diálogo institucional, uma vez que essa ferramenta retira da inércia os responsáveis por alcançar as garantias básicas, propõe o monitoramento das soluções e estabelece um prazo para

que as autoridades competentes cumpram o que já deveriam cumprir para resolver o problema. Nessa visão, Marmelstein, acrescenta que:

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir realização de ações concretas para a solução do problema. (MARMELESTEIN, 2015, p. 7).

Ainda há escritores que não defendem os diálogos institucionais, sob o argumento de que para haver discussões institucionais é preciso que haja uma completa ausência de políticas públicas, e não sua execução de forma inadequada, pois mesmo que não sejam devidamente controladas, essas políticas ainda estão presentes na sociedade. A esse respeito, Campos, diz:

[...] ainda que não se possa cogitar da realização plena dos direitos à saúde, educação, transporte, trata-se de temas que constam da agenda política. São pautas que contam com disposição política e social. Nessas áreas, existem programas públicos voltados à universalização e racionalização do acesso. Em que pese a judicialização para solução de diversos pontos de institucionalização incompleta [...] (CAMPOS, 2015, p. 3).

Leite (2017, p. 78) define as políticas públicas como um “conjunto articulado de programas” da Administração Pública que buscam exercer determinado direito fundamental, com base em metas, prazos e resultados, que podem ou não ter utilidade pública. As políticas públicas têm um alto grau de especificidade.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2010, p. 17), na votação proferida na instauração da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, assim se escreve:

No Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de Políticas Públicas, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Além do argumento positivo e/ou negativo sobre a utilização do diálogo institucional no cumprimento dos direitos fundamentais à saúde, bem como exposto da omissão dos poderes Executivo e Legislativo em implementar e garantir a efetividade de políticas públicas, é importante analisar a possibilidade de um diálogo institucional em cada contexto, pois há casos em que isso não ocorre. Sabe-se que é uma solução, pois além do Judiciário, aqui em última análise, seriam os outros

poderes que buscariam zelar pela efetivação desses direitos fundamentais e, assim, não permaneceriam lentos na sua execução.

Após esta introdução, é necessário compreender as formas de diálogo institucional e então discutir a melhor forma de aplicá-lo as políticas públicas de saúde que será visto a seguir.

Através de seu estudo seminal, Bateup (2006, p. 17) mostra como os diálogos institucionais, em geral, são categorizados, de forma empírica ou de forma metodológica.

Na forma empírica, os diálogos institucionais são abordados como resultado natural do design institucional e da interação entre os três poderes. Executivo, Judiciário e Legislativo. Esse diálogo é aferível empiricamente, com decisões das Cortes sendo respeitadas ou superadas pelos outros Poderes e, do mesmo modo, decisões dos Poderes políticos sendo mantidas ou revisadas pelo Poder Judiciário.

Já na forma metodológica, os diálogos institucionais são elaborados como exigência legal que impõe essa comunicação e interação entre os três poderes: executivo, Judiciário e Legislativo.

Bateup (2006, p. 18-19) diz que o método empírico mostra que a cooperação entre os poderes é natural apesar de poder haver conflito, ou seja, cooperação e conformidade, mesmo tornando ineficazes as decisões do outro. Essa abordagem, no entanto, deixa de lado um aspecto relevante, a existência de incentivos comuns que promovam o diálogo, e não o conflito entre Poderes e instituições. Portanto, a abordagem metodológica tem a vantagem de mostrar que os dispositivos legais podem favorecer a interação mais desejada entre os poderes.

Entende-se que os diálogos institucionais devem ser motivados por incentivos legais que possam levar os Poderes a se comunicar, com instituições e com a sociedade. É possível promover, desta forma, tanto teórica como normativamente, uma cooperação onde cada Poder não queira comprometer-se usando o seu poder, mas que dê uma resposta adequada e contingente em sua atuação.

No entanto, como alerta Gargarella (2016, p. 63-64), esse interesse e compromisso com o diálogo institucional devem ser tomados com cautela, pois nosso sistema institucional é pensado para as relações de conflito entre os Poderes, não para o diálogo, e ainda se baseia numa concepção pouco democrática, que teima em confundir a participação efetiva e plural com as organizações oficiais da esfera pública.

A lei do Supremo Tribunal Federal⁴⁵ mostra o entendimento aceito pelo órgão em relação ao fato de que o Ministério Público pode intervir caso haja omissões na implementação das políticas públicas. As denúncias de descumprimento da Regulamentação Básica n.º 45, relatadas pelo Ministro Celso de Mello, são sempre utilizadas como base para as decisões que sustentam esse entendimento. Recorde-se, nas palavras de Leal, que:

Tal questão debatida, ao fim e ao cabo, restou prejudicada em face do envio, pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, e aprovada posteriormente, da Lei Federal nº 10.777/2013, versando sobre o mesmo tema, agora com a inclusão do dispositivo vetado, suprimindo a omissão motivadora do ajuizamento da ação constitucional sob comento. (LEAL, 2005, p. 158).

Importante destacar a citação do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, quando disse:

(...) é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. (BRASIL, 2004, p. 03)

Fica claro, como pode ser visto no trecho citado acima, que o STF estabeleceu um entendimento sobre a implementação de políticas públicas e o controle das autoridades nas ações que envolvem o tema. Em diversas decisões há tal indicação, como, por exemplo, na afirmação do Ministro Gilmar Mendes de que “o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento” (BRASIL, 2010, p.17). Ainda, quando a Ministra Cármen Lúcia afirmou, ao julgar o RE 665.764, que “o Supremo Tribunal Federal assentou que o Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde” (BRASIL, 2012, p. 7), que mostra a força da lei construída sobre o tema – e é muito utilizada na construção dos votos dos Ministros da Corte.

Outra grande crítica à intervenção judicial vem diretamente dessa questão, onde se afirma que qualquer “ação judicial” por parte do Poder Judiciário pode criar ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

45 Trata-se da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, a política de saúde é feita em nível federal e implementada por Estados e Municípios e, embora a Lei 8.080/1990 introduza as competências de cada poder, algumas são compartilhadas, exigindo a promoção e implementação de estratégias de gestão e controle, de coordenação de ações e atuação (Brasil, 1990)⁴⁶.

No curto, médio e longo prazo, as políticas públicas de saúde enfrentam diversos desafios, principalmente por exigirem mais recursos e otimização dos gastos públicos. No entanto, ao contrário dessa afirmação, o que se quer agora é entender como o diálogo institucional, especificamente entre os Poderes, melhora a efetividade das políticas públicas relacionadas à saúde.

Com isso, sugerido, com o objetivo de fortalecer e utilizar o diálogo institucional, é uma importante forma de participação na discussão, avaliação e monitoramento das políticas públicas de saúde. Por meio dos diálogos institucionais, os três níveis de governo aprovariam o orçamento de saúde apropriado, monitorariam seu desempenho e seriam responsáveis por suas competências específicas.

A análise da constituição jurídica do STF nos últimos anos permite concluir que, apesar da natural evolução, há preocupação na manifestação dos Ministros e nas decisões do Tribunal quanto à preservação das coisas importantes. A essência do princípio da separação e coordenação dos Poderes (art. 2º da CF), a relação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, como a reserva da ação legislativa (art. 61, § 1º, da CF) e o poder executivo do Presidente da República (art. 84), com destaque, por fim, devido ao direito de associação e o funcionamento dos órgãos e estruturas que compõem a administração pública e a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, programas, projetos e ações governamentais.

O STF tem sido muito atuante na manutenção do conteúdo essencial dos poderes e prerrogativas do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo, suas principais características são o esclarecimento das leis (art. 48 da CF) e a regulamentação do Poder Executivo (art. 49, inciso X, da CF), ambos em face da Constituição.

Importa ainda salientar, nos termos da lei da manutenção do princípio da separação de poderes, o respeito das competências estabelecidas pela Constituição e a manutenção da cláusula da reserva da iniciativa do Chefe do Poder Executivo,

⁴⁶ Faz referência a distribuição de competências administrativas da saúde aos entes políticos da federação, promovendo a saúde de forma descentralizada em cada unidade federativa.

que o STF não permite que sequer um parlamentar compense a automaticidade do Chefe do Poder Executivo quanto à instauração do processo judicial das matérias registradas pela reserva de iniciativa.

A análise da jurisprudência dos últimos dez anos do STF permite concluir que a “lei autorizada” é inconstitucional, nos casos de reserva de iniciativa, pois contém violação dos princípios e regras básicas do Estado Democrático de Direito, que afetam o sistema de independência e consistência do Poder e são suas principais consequências constitucionais: a reserva da ação legislativa e o direito de auto-organização conforme o poder do Poder Executivo.

O debate sobre a extensão da intervenção do STF na construção de políticas públicas e a priorização e alocação de recursos orçamentários são aprimoradas e a oportunidade de trilhar outros caminhos, como “entregar-se significativo” (interação significativa), essa estratégia consiste na disposição do Judiciário em constante intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, aonde as partes tentam, entendendo as opiniões do outro, chegar a um acordo resultando na criação e implementação de programas socioeconômicos que afetam as comunidades ou grupos de pessoas.

Como mencionado acima, a participação de outros poderes auxiliou no desenvolvimento da evolução da jurisprudência do STF, que se tornou uma forma de intervenção jurídica nas políticas públicas a partir da “percepção” de uma instituição rica e muito complexa. O que garante a efetivação dos direitos fundamentais e a preservação do poder constitucional do Executivo e do Legislativo, mas também dá um passo importante para a inovação no relacionamento entre os Poderes no Brasil, com o objetivo de alcançar a harmonia em sua interação.

No STF, o principal defensor dos diálogos institucionais é provavelmente o ministro Luís Roberto Barroso, que muitas vezes os menciona em suas votações e entrevistas. No entanto, deve-se notar que a peculiaridade de seu modelo considera o STF como uma “vanguarda iluminista da nação” que deve “empurrar a história” diante das omissões políticas.

Como se vê, longe de apagar a importância do modelo de diálogo, mas fazendo-se assim uma problematização desse tema que desafia, com sua profundidade, os necessários mecanismos institucionais, incentivos, sanções, desenhos, processos que compõem o diálogo. E pede um recuo, para a parte mais

importante dos debates sobre o ativismo jurídico, especialmente em torno da questão da interpretação das normas constitucionais.

Pode-se concluir que o diálogo institucional com os demais poderes pode trazer mais legitimidade nas decisões inovadoras adotadas pelo STF, levando-se em conta que através deste ato de dialogar com os três poderes podem reconhecer em conjunto suas autenticidades e aplicar aos casos concretos os seus diferentes princípios. Portanto, o diálogo institucional promoveria o equilíbrio, que até agora se viu necessário.

Para próxima reflexão e dando continuidade nas questões até aqui expostas, nas palavras de Barroso:

O Brasil enfrenta muitos problemas que vêm de longe. Conseguimos avançar muito, mas ainda estamos atrasados e com pressa. Por essa razão, é preciso ir buscar soluções e respostas originais, fora da caixa. O debate de ideias deve ser universal, mas as soluções devem ser particulares. Nem tudo o que eu penso e disse pode ser universalizado. Cada povo carrega a sua própria história, as suas circunstâncias e os seus desafios. Porém, na frase feliz de Albert Einstein, “não podemos resolver nossos problemas pensando do mesmo modo como pensávamos quando os criamos”. (BARROSO, 2015, p. 5).

Se o STF assume um papel contramajoritário, por exemplo, aos direitos fundamentais, ele tem permissão para protegê-los. Portanto, se o STF for contra a maioria quando deveria ser deferente, sua conduta será indefensável. Mesmo que atue como vanguarda iluminista, salvo nos raros casos em que deve, ao contrário, assumir o papel de agente da história, não haverá como justificar seu comportamento.

O papel contramajoritário refere-se, como se sabe, ao poder dos tribunais superiores de invalidar leis e atos ordinários, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. Apesar da redução de opiniões divergentes, entende-se que esse é o papel legítimo do STF, principalmente quando atua, em nome da Constituição, para proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, ainda que contra a maioria.

Por fim, assumindo este papel, o STF promoveu avanços na promoção do direito à saúde, garantindo a proteção dos direitos fundamentais, principalmente, o da saúde.

Como mencionado, os três poderes podem e devem garantir a promoção da saúde, prevenção de doenças, proteção e vigilância contra potenciais perigos e/ou ameaças à saúde, ou à vida humana. Uma mudança, esperada e desejada, ocorre

quando se há conscientização e educação para a cidadania e controle social. É importante destacar também que, por meio do diálogo institucional, cada poder terá sua responsabilidade na implementação e melhoria nas políticas públicas de saúde, tornando obrigatório seu funcionamento. Garante, portanto, especialmente no setor da saúde, “o acesso universal, integral e equânime” aos cuidados de saúde necessários.

Para Klarman citado por George Marmelstein (2011, p. 8) mesmo que atuando de modo dialógico, as decisões judiciais não estão imunes aos efeitos do *backlash* – é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. Como efeito colateral das decisões judiciais sobre questões que dividem a opinião pública, mesmo as melhores decisões para proteger os direitos fundamentais podem provocar fortes tensões emocionais, influenciar a opinião pública e as preferências eleitorais gerais e, em última análise, resultar em leis potencialmente capazes de criar situação normativa ainda pior do que a que havia antes das decisões judiciais questionadas.

Além disso, o diálogo garantirá que os poderes do Estado precisem prestar contas de suas atividades de tempos em tempos a seus membros, se posicionar e responder às decisões judiciais das quais discordam, tornando-o mais transparente e responsável. Como apontam Clémerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto:

[...] faz parte do amadurecimento das democracias a tradução de desacordos profundos e irreconciliáveis em espaços adequados de deliberação, como meio de resguardar a própria democracia. Não se espera com isso, que os diálogos conduzam necessariamente a um consenso ou que a parte que possui melhores razões venha efetivamente a prevalecer. Há, afinal, uma série de fatores passionais que podem levar a formação de consensos e a tomada de decisões casuísticas para além dos bastiões da racionalidade. Aquilo que se combate são os ‘monólogos majoritários’, pois, em uma democracia, os desacordos irão surgir, mas, as instituições que permitem que as pessoas continuem a discordar devem permanecer. (CLÉVE; LORENZETTO, 2015, p. 409).

Nessa etapa, o Judiciário pode continuar sendo o último lugar de conflito, como combinação de segurança jurídica, motor de programas progressistas e como agente motivador contra o injusto “status quo”. No entanto, ele não será necessariamente a estrela ou o proprietário exclusivo da última palavra (exceto em casos de negociações impossíveis), pois através dos acordos firmados nesses diálogos institucionais há o incentivo potencialmente que permitem sequências enxergando com novas lentes a

revisão judicial. Ressalta-se, no entanto, que em determinados contextos, os diálogos institucionais servirão com a falsa pretensão de garantir legitimidade a um governo autoritário, portanto, maquiando-o.

Por esses motivos, deve-se zelar pela finalidade dos diálogos institucionais que devem buscar resolver problemas na realização dos direitos fundamentais relativos à saúde, tais como: a) a implementação da prestação de serviços com os recursos tecnológicos atuais; b) a manutenção dos serviços com a máxima efetividade; e c) o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de doenças e agravos a integridade física e mental do indivíduo.

Portanto, com esse raciocínio, pode-se afirmar que os diálogos institucionais entre o Judiciário e os outros Poderes, tem um condão concretizador, no que tange as políticas públicas inerentes à saúde, e nestes encontros, oportunamente, celebrando, em comum acordo, percepções e entendimentos capazes de resolver os problemas do tema.

É interessante destacar a principal atuação do Judiciário, nos últimos tempos, que se deparou com pretensões que envolvem tanto a avaliação da atuação (ação ou omissão) estatal setorial direta (políticas públicas), mas também uma atuação em relação aos agentes privados, em razão da pandemia enfrentada. As medidas judiciais no combate à pandemia, bem como a atuação do Poder Judiciário, têm direta relação com a maior ou menor eficiência dos órgãos públicos em oferecer respostas adequadas, oportunas e convincentes para a população e agentes privados.

No contexto federativo nacional e considerando aqui as características de propagação do vírus, a adoção de uma estratégia nacional e de medidas gerais de controle da enfermidade era essencial para reduzir seus danos. Não tivemos tal atuação, o que certamente contribuiu e ainda contribui para um grande número de casos, como se constata nas estatísticas diárias, por todo o país.

Caso emblemático sobre o tema diz respeito as “Responsabilidades das Esferas de Governo no Âmbito do SUS”, a portaria definiu as atribuições de cada ente da federação, colocando o Ministério da Saúde como o responsável pela formulação das políticas gerais e listas de medicamentos do SUS, enquanto a distribuição dos produtos fármacos ficou a cargo dos Estados (medicamentos estratégicos, especializados e oncológicos) e dos Municípios (medicamentos essenciais).

Compete ao gestor federal do SUS (Ministério da Saúde) implementar e avaliar a política nacional de medicamentos, realizando a cooperação técnica e financeira às

demais instâncias; estabelecendo normas; destinando recursos para a aquisição de medicamentos mediante repasse fundo a fundo. Mas também compete ao gestor federal a aquisição e distribuição de produtos em algumas situações.

Ao gestor estadual caberá, “em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde”, cabendo-lhe, dentre várias ações, a formulação da política estadual de medicamentos, a cooperação técnica e financeira aos Municípios e a execução da assistência farmacêutica no seu âmbito.

Já quanto aos Municípios, caberá a execução da assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito, assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica, dentre outras incumbências.

Assim, conquanto se possa ter a impressão de que os entes federados são solidariamente responsáveis pela execução da assistência farmacêutica, indistintamente, o fato é que “a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite”, conforme art. 19-U da LOS.

Em contrassenso, Daniel Santos e Jordão Lima asseveram que os diálogos institucionais são utilizados de forma errônea, a fim de mascarar a verdadeira usurpação de competência do Poder Judiciário.

(...) o voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.741/RN5 é bem significativo, pois, apesar de expressamente enunciar as teorias dos diálogos, não as aplica para resolver o problema da usurpação das funções do Ministério da Saúde e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) pelo Poder Judiciário através dos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NatJus). Se o Poder Judiciário, como ficou assentado no voto do ministro Barroso, ainda está autorizado a obrigar o Estado a fornecer medicamentos sem que se demonstre o descumprimento dos parâmetros da política de assistência terapêutica e de incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema único de Saúde (SUS) (por exemplo, nos casos de mora irrazoável, erro ou fraude), então, na prática, magistrados estão a cumprir funções no lugar do Executivo, o que fulmina as premissas dos diálogos institucionais. (RODRIGUES; LIMA, 2021, p. 163-164).

Esses arranjos buscam legitimarem as ações do Judiciário e possibilitarem que os outros entes federativos alcancem o mesmo entendimento daquele. Entretanto, nem sempre será possível tal composição e, assim, espera-se que o Poder Judiciário se utilize de sua função precípua e efetive o direito deficitário.

Sabe-se que a tripartição de poderes constitucional distribuiu competências diversas para os três Poderes do Estado, não obstante, com a ineficiência na atuação de algum deles, permite que o Poder Judiciário, quando provocado, atue diretamente na resolução do problema por meio de uma decisão judicial.

3.2. O Judiciário como realizador da ordem econômica constitucional na efetivação do direito fundamental à saúde

Este subitem analisará o Poder Judiciário como uma organização pública em sua evolução, nas condições históricas e políticas, que deixou alguns vestígios que ainda hoje persistem e, de alguma forma, influenciam sua imagem na sociedade.

Tradicionalmente, o judiciário brasileiro desempenha um papel auxiliar na produção do direito. A organização jurídica, que prevalece nos tempos modernos, corresponde ao modelo em que o legislador é responsável pela formação da lei, enquanto o judiciário é responsável por interpretar e julgar com base nas leis feitas pelo legislador.

O Poder Judiciário deve estar preparado para resolver conflitos de diversas naturezas, em que o bom senso e a boa vontade de fazer justiça prevalecerão sobre a intenção de qualquer legislador. Surgem visões conflitantes sobre a posição do Judiciário, ou seja, como instituição legal e cultural, que aplica as leis, e como força política e democrática, que administra a justiça de acordo com os princípios da Constituição Federal de 1988.

Este é chamado a assumir seu papel de poder político, ou seja, agente transformador da sociedade, influenciando nas decisões do governo e no destino da nação. A estrutura do Poder Judiciário foi alterada pela Constituição Federal, haja vista a criação de cinco Tribunais Regionais Federais, órgãos de segunda instância da justiça federal, bem como a criação do Superior Tribunal de Justiça, encarregado de várias competências originárias ou recursais antes atribuídas ao Tribunal Federal de Recursos, ou ao Supremo.

Quanto suas funções precípuas, a principal é julgar, é regularmente estruturado para exercer sua função jurisdicional utilizando seus órgãos. O Poder Judiciário é o único que detém o poder jurisdicional para que não possa omitir a análise das demandas judiciais que lhe são apresentadas (art. 5º, XXXV da CF/88). No entanto,

com o princípio da inércia jurisdicional, o Poder Judiciário não atua de ofício nos litígios, ou seja, deve ser provocado pelo interessado para poder intervir na relação.

Eugenio Raúl Zaffaroni citado por Zulmar Fachin, em seu trabalho sobre o tema, apresenta três funções do Poder Judiciário: decidir os conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e exercer sua autonomia (FACHIN, 2009, p. 7). Zulmar Fachin explica que para Luiz Flávio Gomes, o Poder Judiciário apresenta cinco funções: aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos, controlar os demais poderes, realizar seu autogoverno, concretizar os direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito (FACHIN, 2009, p. 7-8).

Serão citadas as funções de acordo com cada temática, a seguir:

Aplicar contenciosamente a lei aos casos particulares: o juiz não tinha outro dever senão identificar a lei aplicável no ordenamento jurídico, aplicá-la a um caso concreto e resolver o litígio que lhe foi apresentado. É claro que essa ideia não é mais aplicável nos tempos atuais, pois simplifica o uso do poder em um mecanismo rígido e reduz os magistrados a meros guardiões da lei.

Deste modo, afirma Marina Faraco:

O Poder Judiciário, portanto, pode até assumir uma postura protagonista, na conceituação acima, mas não lhe é dado ultrapassar a barreira das próprias competências e, tampouco, fundamentar suas decisões apenas nas consequências que se pretende alcançar, quando essas estejam em desacordo com o direito.

Nesse caso, não se terá propriamente um ativismo ou protagonismo judicial, senão, como dissemos, uma atuação judicial claramente inconstitucional, ainda que o objetivo da decisão seja socialmente relevante, como é a garantia de acesso da população à água. (FARACO, 2015, p. 663).

Controlar os demais poderes: ao Poder Judiciário, além da tarefa de resolver os conflitos que lhe foi trazida, como mencionado anteriormente, foi reservado o papel de controlar os demais Poderes que compõem as funções do Estado.

Certamente que o judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana. (FACHIN apud ZAFFARONI, 1995, p. 37).

Realizar seu autogoverno: o Judiciário tem o poder de governar a si mesmo. Essa autonomia, prevista na Constituição Federal (art. 99), tem três dimensões: administrativa, financeira e operacional. A autonomia administrativa é uma conquista

democrática. Atua como garantia de seu poder, de seus juízes e, sobretudo, dos direitos fundamentais do povo. A Constituição, por outro lado, garante a autonomia financeira do Judiciário (art. 99, §§ 1º e 2º). Nesse sentido, destacou que os tribunais têm a faculdade de ajustar suas propostas orçamentárias, levando em consideração as limitações especificadas, conjuntamente, com os poderes do Legislativo e do Executivo na lei de diretrizes orçamentárias. Ou seja, todos os tribunais interessados serão ouvidos para a elaboração da proposta orçamentária do Poder Judiciário. Já quanto a autonomia funcional, os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – têm autonomia para exercer suas funções.

Proteger os direitos fundamentais: os direitos fundamentais são capazes de gerar demandas independentes, efetivadas no sistema Judiciário, independentemente de qualquer controle sobre o texto constitucional, e cabe à população (inclusive ao Poder Judiciário) tomar medidas para que o direito fundamental possa ser protegido e utilizado da melhor maneira possível. Em suma, cabe ao Estado suprir tais necessidades ou criar as condições necessárias para satisfazê-las.

Diante dessa conceituação preliminar, passa-se à análise de dois comportamentos que podem ser adotados por componentes do Poder Judiciário: “juiz boca da lei” e o “juiz concretizador”.

A ideia do filósofo francês Montesquieu (2000, p. 175) de que o juiz seria realmente a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*), sem usar seu significado ou medida, é derrotada. Fica claro que a fala do juiz foi uma afirmação condizente com o ordenamento jurídico-positivista. Por outro lado, a título de ilustração, não faz sentido o ministro do STF usar a lei segundo a boca do juiz, como explica o Sr. Humberto Gomes de Barros em relação à doutrina pátria.

Vários e claros casos de pensamento diferente entre o juiz na palavra da lei e a lei na palavra do juiz podem aparecer, porém, a título de exemplo, verifica-se o julgado do TJMG, em que o voto vencedor pelo deferimento de medicação sem registro na ANVISA limitou-se a uma fundamentação genérica, de caráter exclusivamente moral, ressaltando que “a saúde é direito fundamental para a preservação da vida”⁴⁷ e que caberia ao Estado promover meios para sua realização,

47 TJMG – Agravo de instrumento - Processo n. 0520260-48.2016.8.13.0000 - Relatora Desembargadora Heloisa Combat – julgamento: 01/12/2016. Registramos outros julgados em que a questão foi objeto do mesmo debate e controvérsia entre os juízes, tendo sido, igualmente, decidida por maioria: TJMG – Agravo de instrumento - Processo n. 0648680-71.2016.8.13.0000 - Relatora Desembargadora Heloisa Combat – julgamento: 01/12/2016; TJMG – Agravo de instrumento - Processo n. 0756917-39.2015.8.13.0000- Relator Desembargador Luís Carlos Gambogi – julgamento: 07/07/2016; TJMG – Apelação Cível e Reexame Necessário - Processo n. 0199127-80.2009.8.13.0028- Relatora Desembargadora Ângela de Lourdes Rodrigues – julgamento: 16/12/2015; TJMG –

desrespeitando os princípios fundamentais das regras de proteção à saúde expostas na Carta Magna, no norte da República Federativa do Brasil.

Tratava o devido processo legal sob o ponto de vista do juiz boca da lei, amparado pelo “clamor popular” que era sistematicamente insuflado pelo sensacionalismo midiático por não tratar o processo segundo as garantias constitucionais. Por isso, convém trazer à tona o célebre questionamento de Piero Calamandrei:

Agora, qual é no processo a função do juiz? Digo qual é hoje, segundo a noção abstrata que lhe concedem as leis, mas também segundo a concreta realidade histórica, a função do juiz colocada no sistema jurídico de uma constituição democrática? (CALAMANDREI, 2017, p. 38).

Diante desse aspecto jurídico, a Constituição Federal deve, no exercício de seu poder geral, orientar o aplicador da norma. Portanto, ele não deve agir automaticamente como “*la bouche de la loi*”, muito menos aplicar a lei como *porta-voz de um juiz*. Com base nessas constatações, o guardião da lei deve exercer seu papel com base na Lei Fundamental.

O juiz concretizador deve estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Cabe ao juiz exercer a atividade do Direito adaptando as regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar soluções justas para os conflitos, sempre com a observância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Em suma, a Constituição Federal quer nos alertar para manter o entendimento entre os extremos, ou seja, na aplicação da lei, valores e princípios, o juiz deve buscar um senso de equilíbrio. Em outras palavras, ele não deve ser apenas “*la bouche de la loi*”, e ele não deve ser o usuário das regras e regulamentos de acordo com suas convicções pessoais. O juiz, antes de tudo, deve ser orientado de forma ponderada sobre como conduzir o processo sem perder de vista as garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

Avançando mais sobre o conteúdo aqui proposto, será analisado como a ordem econômica e sua efetivação é um meio de concretização da saúde.

O direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, sendo certo caber ao Poder Público o cumprimento desse dever, garantindo a todo o cidadão o acesso aos serviços de saúde. Esse aspecto assume extrema importância na medida em que a norma estabelecida pela Constituição aponta para a obrigação do Poder Público se responsabilizar pela cobertura e pelo atendimento na área de saúde, de forma, integral, gratuita, universal e igualitária, isto é, sem nenhum tipo de restrição.

Como afirma Ingo Sarlet:

De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público (SARLET, 2001, p. 9).

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio básico de todo o ordenamento jurídico brasileiro e fundamento do Estado Democrático de Direito, o Estado não pode abandonar o cumprimento de seu dever de proporcionar o direito à saúde de forma efetiva e eficiente para todos. É responsabilidade do poder público garantir que todos, sem discriminação, tenham direito à saúde, conforme preconiza a Constituição.

Com a Constituição Federal de 1988, diversos esforços dos institutos jurídicos criaram as condições para a plena efetivação do direito à saúde no Brasil. Nesse sentido, destaca-se a Lei n.º 8.080/90, que organiza o funcionamento dos serviços de saúde; Lei n.º 8.142/90, que garante a participação dos usuários do sistema na gestão desses serviços e o repasse de recursos financeiros dos órgãos governamentais; portaria n.º 3.916, que autoriza a Política Nacional de Drogas; e Prática de Cuidados de Saúde, n.º 01/2002 (NOAS-SUS 01/02), aprovado pela Portaria do Ministério da Saúde, e seguindo a Norma Operacional Básica do SUS, n.º 01/96.

Nesta ótica, a Administração Pública está diretamente ligada à promoção e efetivação do direito à saúde. O Governo Federal, os estados, os municípios e a iniciativa privada, está com participação de forma complementar, administram os serviços realizados pelo Sistema Único de Saúde, com objetivo de garantir a prestação de serviços gratuitos a todos os brasileiros.

É importante, que sejam garantidos recursos sistemáticos, adequados e seguros na área da saúde pública, pois sem recursos financeiros adequados, a saúde não conseguirá atingir, ou funcionar de acordo com o previsto na Constituição brasileira.

É preciso fazer o que está definido em lei, principalmente quanto ao percentual que deve ser investido pelos órgãos públicos, sem desviar recursos para outras ações que não sejam ações ou serviços de saúde. Nesse caso, é importante identificar claramente os pequenos percentuais que devem ser investidos na área; como deve proceder o repasse desses recursos entre os órgãos governamentais e uma descrição clara das fontes de arrecadação; e, sobretudo, em que podem ser gastos os recursos públicos direcionados ao Sistema Único de Saúde, uma vez que não haverá ponto de investimento nele, onde os recursos não possam ser repassados ou utilizados adequadamente.

A insegurança quanto à garantia desse direito, relacionado aos cuidados e atenção essenciais à saúde, é real. O sistema é inadequado diante da necessidade atual, estamos diante da falta de recursos adequados para incluir o direito constitucional à saúde.

Já que o direito a saúde é indiscutível, concedendo liminares à pacientes de risco, para a obtenção de tratamento de que necessita, o Poder Judiciário sujeita o Poder Executivo, em caso de descumprimento da decisão, ao pagamento de multa diária de valor bem significativo, como pena pecuniária. Posto isso, é de se afirmar que seria mais aplausível e menos custoso ao Estado, se este cumprisse o seu dever constitucional para com a saúde, sem coerção judicial e sem que o cidadão necessitasse fazer jus do seu direito subjetivo a saúde para efetivar o mesmo constitucionalmente assegurado, através do Judiciário.

Ademais, não seria necessário compelir o Poder Judiciário a fazer escolhas, entre proteger a vida de um, em detrimento de se alocar recursos a muitos, sempre que o cidadão de direito é forçado a buscar a efetivação do seu direito à saúde na esfera judicial, principalmente quando está em jogo direito fundamental, a vida e a saúde.

Igualmente, observa-se que, todo o processo de assistência à saúde pública é fator da maior relevância quando se trata de garantir o direito à saúde constitucionalmente previsto. Tal afirmação justifica-se não só pela prestação da saúde com enfoque no sujeito de direito, ou seja, credor do dever constitucionalmente

imposto ao Estado, mas também porque a demora no atendimento a esse direito tem consequências relevantes e, sendo omissa a prestação, acarreta para o Poder Público um aumento desnecessário nos custos para o tratamento e/ou ressarcimento das complicações decorrentes.

Não se pode ignorar a fundamentalidade do direito constitucional a saúde, esculpido no artigo 196 da CRFB, assegurando ser direito de todos e dever do Estado, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

Neste diapasão, quanto aos direitos subjetivos dos indivíduos, depreende-se que a saúde se faz presente, uma vez que compõe o bloco de direitos fundamentais a existência deste, como também, o direito à vida e da integridade física. O que se busca é a verdadeira realização das promessas constitucionais, por meio da tutela jurisdicional, invocando o Estado-Juiz para deliberar sobre os compromissos assumidos pela Constituição.

Aqui, o Judiciário não age em nome próprio ou ao seu bel-prazer, atua nos moldes da lei e mediante provocação, e neste contexto, vislumbra-se duas funções assumidas pelo STF, sendo elas: a) representativa; b) contramajoritária. Destaco, que ambas as funções, possuem grande relevância na pacificação dos conflitos levados ao Judiciário, tendo em vista que inexistente discussão sobre a validade dos direitos fundamentais, mas, uma crise de legitimidade em relação à efetivação destes direitos pelo Judiciário, em detrimento aos demais Poderes.

Em que pese ser papel do Executivo o adimplemento do direito à saúde, quando não realizado ou fornecido com deficiência, de modo divergente do determinado pela Constituição Federal, cabe ao Judiciário, quando provocado, realizar o exame de legalidade e constitucionalidade do direito negligenciado e, se for o caso, determinar a imediata efetivação, sob pena de multa e bloqueios de verbas da Administração Pública.

A Suprema Corte ao exercer seu papel constitucional, consoante artigo 101 da CRFB, se atenta as funções ordinárias e as extraordinárias, as ordinárias são aquelas inerentes ao exercício regular das competências determinadas taxativamente pela Constituição, no entanto, aquelas não enumeradas, em verdade, são competências extraordinárias ou políticas, como pode ser observado no caput do artigo 102 da

CRFB; “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”. (BRASIL, 1988).

Com esse entendimento, de guardar a Constituição, o STF exerce as funções representativa e contramajoritária. Majoritariamente, a função representativa é a que prevalece, vez que consagra e legitima o entendimento sustentado pelo Executivo e Legislativo, dando razão aos Poderes democraticamente eleitos, como acontece quando o STF julga constitucional determinado ato normativo ou lei. Apesar disso, nem sempre será possível que o Judiciário atenda os anseios da maioria, de modo representativo, muitas vezes, de forma diversa, deverá agir de forma contramajoritária, buscando efetivar direitos das minorias ou contrapor aos anseios políticos, tradicionalistas e religiosos, em prol dos valores fundamentais, impulsionando a nação para o próximo nível destes direitos.

De acordo com essa inteligência, Barroso verbaliza:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO, 2009, p. 21).

Não basta o intento constitucional de zelar pela Constituição, se faz necessário medidas enérgicas e pontuais, por parte do Judiciário, de modo a corrigir eventuais deslizes por parte da Administração Pública na garantia do direito à saúde. Compreende-se, então, que a saúde ultrapassa a esfera de discricionariedade do Administrador e precisa ser analisada como um direito social subjetivo do indivíduo, imprescindível para a dignidade da pessoa humana.

Demarcando, em linhas gerais, a Constituição, ao proclamar a saúde como direito social fundamental e estabelecer o seu regramento inicial, confirmou a existência de uma cláusula de garantia do conteúdo essencial protegido por esta, que possui natureza somente declarativa, dado que o conteúdo essencial já foi devidamente expresso e garantido pela Constituição. Desse modo, cabe ao Estado cumprir o determinado em sua Carta Constituinte, seja efetivando os direitos

declarados, ou criando mecanismos de promoção dos direitos prestacionais. (SCARPA, 2021, p. 123).

Os direitos sociais fundamentais não podem ser ignorados e nem ter sua força normativa subtraída, de modo a torná-los insignificantes e sem efeito, assim, em conformidade com a doutrina majoritária, Antonio Oswaldo Scarpa afirma:

Pode-se concluir, pois, que da natureza jusfundamental dos direitos sociais decorre a circunstância de possuírem, assim como os demais direitos fundamentais, um conteúdo mínimo intangível, que os poderes públicos não podem vulnerar, e que, portanto, é possível de aferição pelo Poder Judiciário. Cuida-se de princípio implícito, que se extrai da Constituição a partir da destacada posição conferida aos direitos fundamentais, independentemente de previsão expressa a respeito. (SCARPA, 2021, p. 125).

Deste modo, constata-se que o direito social da saúde se encontra expresso na Constituição Federal, em seus artigos 6º, 196, 197, 198, 199 e 200, ademais, como já foi mencionado neste trabalho, deve-se ter atenção ao orçamento público mínimo destinado a esse fim, sob pena de o ente federativo que descumprir tal determinação sofrer intervenção em seu governo, nos moldes dos artigos 34 e 35 da CRFB:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e **serviços públicos de saúde**.

(...)

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

(...)

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e **serviços públicos de saúde**;

(...)

Sabe-se que a intervenção é uma exceção, pois, todos os entes federativos são independentes e autônomos, mas, o intuito do legislador constituinte, ao estabelecer tais regras, foi garantir o conteúdo mínimo essencial de direitos fundamentais sociais considerados indispensáveis para que o indivíduo consiga viver e se desenvolver com dignidade.

A par disso, o Judiciário exerce um papel fundamental na garantia do direito à saúde, ora atuando na sua função típica, por meio da subsunção normativa, ora atuando de forma extraordinária com um certo ativismo judicial, pacificando e criando soluções para problemas iminentes. Além disso, com essa postura, reafirma o seu papel de protetor dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser de defesa, a prestação e de participação. Em sua maioria, quando tratamos de direitos sociais é ressaltado os direitos a prestação, sendo eles: jurídica e material, no entanto, nada impede a existência e importância dos direitos de defesa na proteção dos direitos sociais, pois protegem bens jurídicos contra ações do Estado que os afetem. De outro modo, em relação ao direito à saúde, o Estado não pode prejudicar a integridade física e mental do indivíduo.

Quanto aos direitos a prestação, aqueles que visam assegurar o status quo do indivíduo, exigem prestações positivas do Estado a fim de minimizar as desigualdades, cumprindo as promessas Constitucionais (objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil). A relação jurídica prestacional corresponde uma obrigação de fazer ou dar, que difere dos direitos de defesa, especialmente, no que se refere ao modo de execução e à eficácia.

Nota-se que nos direitos a prestações, reivindica maior densidade normativa da matéria, sendo que a doutrina o classifica em prestações jurídicas e materiais, apesar de que parte minoritária da doutrina também admite os direitos a participação como direitos a prestação. Passa-se, então, a estudar os direitos prestacionais em espécie.

Neste sentido, os direitos a prestação jurídica, consoante Mendes e Branco, são aqueles que se esgotam com a satisfação do objeto pelo Estado em uma única prestação de natureza jurídica (2018, p. 236). Daí, depreende-se que, muitas vezes, a Constituição exige a confecção de normas infraconstitucionais para dar sentido real ao direito fundamental garantido, mas, em situações específicas, “há direitos que se condicionam a normas outras que definam o modo do seu exercício e até o seu significado.” (2018, p. 236).

Interessante que a Constituição garante direitos fundamentais e dá aplicação imediata a estes (art. 5º, §1), contudo, determina que o legislador edite normas que confirmem a existência e eficácia dos direitos fundamentais, igualmente estabeleça as

diretrizes, princípios e interpretações que demonstrem a sua imprescindibilidade para o direito fundamental tratado.

Isso não inviabiliza o acesso à Justiça, porém o julgador não pode dispensar legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedido de solução de conflito pelo Estado. Em outras palavras, dispensa a interpretação processual de modo excessivamente rigorosa, sem justificativa, que prejudique a intervenção necessária do Poder Judiciário na resolução do conflito.

De certa forma, ao Estado é admissível uma margem de discricionariedade na confecção da norma conformadora de direito fundamental, quanto ao seu conteúdo, e sempre observando a razoabilidade, princípio orientador da discricionariedade política do Poder Público. Assim, denomina-se por direito a prestação jurídica, as normas infraconstitucionais, estatuídas pela Constituição, para o gozo pleno de determinados direitos fundamentais.

Quanto ao direito à saúde, a norma reivindicada pela Constituição Federal de 1988, foi devidamente elaborada e promulgada no ano de 1990, injetando em nosso ordenamento jurídico a Lei n.º 8.080/1990 – que regulou o funcionamento dos serviços de saúde e deu outras providências – também em movimento semelhante, o legislativo disciplinou na Lei n.º 9.656/1998 – que dispõe do regramento dos planos de saúde e assistências privadas à saúde (saúde complementar) - conformando os comandos normativos imprescindíveis a interpretação do direito garantido pela Constituição.

Todo esse aparato legal, inaugurou a ordem jurídica da saúde no Brasil, de modo a materializar esse direito fundamental, como de prestação jurídica, alinhado com o interesse da Constituição, no entanto, sem deixar de aclamar o interesse da população majoritária, que, elegeu os membros do Poder Legislativo para patrocinar suas predileções. De outro modo, a Constituição ordenou a criação do mandamento legal com o fito de implementar e regular o direito à saúde, apesar disso, nada obsta a discricionariedade do Legislativo na elaboração do diploma legal, que pode dar maior atenção aos assuntos sensíveis ao seu eleitorado.

Situação parecida ocorre nos direitos a prestação material, uma vez que atende a concepção social do Estado, assim, considerada como prestações em sentido estrito, isto é, aquelas relacionadas umbilicalmente aos direitos sociais à prestação,

pois objetivam diminuir as desigualdades sociais. Tudo se resume em dar uma finalidade tangível a um bem ou serviço de utilidade pública.

Parte das normas, de direito a prestação material, dispensam regulamentos e edições de leis para sua satisfação, dado que se originam e são reguladas integralmente pela Constituição. Não obstante, constata-se que a maioria dos direitos fundamentais sociais, a prestação material, dependem da interposição do legislador para produzir efeitos plenos, por isso, há de se valorar um elemento de cunho político na efetivação destes, que excede o interesse social e bate às portas da ordem econômica constitucional.

A economia é base para concretização dos direitos fundamentais a prestações, uma vez que, somente, é possível dar o que se tem, em outras palavras, requer do Estado um determinado grau de riquezas para sua distribuição a sociedade através de parcelas. Sabe-se que o legislador detém maior protagonismo no processo de confecção da norma reguladora, traçando, de certa forma, a vontade política do Ente Público, porém, adverte-se que inexistente qualquer possibilidade de implementação e promoção de políticas públicas sem recursos públicos destinados para tanto. Daí, é oportuno dizer, que o legislativo possui capacidade política de eleger os bens jurídicos que merecem maior atenção, em contraste, tudo isso, sujeita-se a saúde econômica do Estado, que deve ser considerada em todas as fases do processo legislativo e na execução das políticas públicas sociais.

A Constituição não confere regramento inevitável para a alocação de recursos, ficando a critério do órgão político, legitimado pelo povo, a competência para definir os caminhos a serem trilhados na política financeira e social. A predileção dos bens jurídicos escolhidos, implica em priorizar segmentos da sociedade, a serem beneficiados pela concretização dos direitos sociais tutelados pelo legislador. Esses recursos são escassos, devendo o legislador privilegiar os bens jurídicos atendidos pelos direitos sociais sobre outros, posto que esses direitos amparam maior pluralidade de pessoas.

Sobre o objetivo dos direitos sociais, Walber de Moura Agra dispõe em seu livro:

De forma bastante genérica, pode-se dizer que o fator teleológico dos direitos sociais é a proteção dos hipossuficientes estatais, a redistribuir dos ativos materiais para que a população possa ter uma vida condigna e de criar um Welfarestate, forcejando a criação de uma justiça equitativa. Personificam a principal ferramenta de que dispõe o Estado para a realização da justiça

distributiva, em que os entes estatais auxiliam os cidadãos carentes de recursos mínimos para sua subsistência ou os que possam cair na marginalidade social ou os que não possam obter por conta própria esses bens ou serviços em qualidade razoável. Por essa razão não é possível o retrocesso das normas que os definem, a não ser em virtude da existência de motivos plausíveis. (MENDES; et al, 2012, p. 517).

Percebe-se, que o Estado não pode se afastar do adimplemento dos direitos sociais, em razão da sua fundamentalidade, entretanto, sem prejudicar a força normativa destes direitos, em sua maioria, requer complemento normativo, a ser elaborado pelo Poder Legislativo, mediante lei. A importância do regulamento normativo é notada, há todo momento, haja vista que sem a existência do devido diploma legal, inviabiliza a efetivação dos direitos tratados, pelo Poder Executivo, inclusive, como regra geral, também, impossibilita a intervenção do Poder Judiciário nas demandas inerentes aos direitos sociais. Não obstante, a ausência de Lei ou sua deficiência, permite a intervenção judicial, a fim de efetivar o direito negligenciado, em consequência da omissão estatal.

A Constituição Federal de 1988, autorizou que o Poder Judiciário velasse pelos direitos sociais, cuidando da sua concretização, além disso, informou existir outros direitos da mesma categoria fora do texto constitucional, consoante o disposto no artigo 5º, § 2 “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988).

A tripartição de Poderes, consagrada na Constituição, determina ser competência do Poder Legislativo, em proêmio, a criação de leis, assim sendo, o dever institucional de confeccionar regramentos legais para a concretude e efetivação dos direitos sociais prestacionais. Ocorre que, diante a inércia do Legislativo, em criar leis indispensáveis para o cumprimento do direito, abre espaço para a atuação do Poder Judiciário, que, quando provocado, tem o dever constitucional de julgar o que lhe foi pedido, de outro modo, a inércia do Legislativo permite ao Judiciário que dê concretude e efetividade ao direito omitido.

Cabe esclarecer, a noção de fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, respectivamente, a primeira decorre diretamente do texto constitucional, que tem supremacia sobre os demais diplomas normativos, mas, na segunda hipótese, também, do seu conteúdo normativo, em razão de sua relevância, sendo

considerados os valores preponderantes da sociedade, com base nos ditames constitucionais. (MENDES; et al, 2012, p. 526).

Em relação ao enfoque dado aos direitos humanos subjetivos, Robert Alexy citado por Martins, Medes e Nascimento, admite três tipos: normativo, empírico e analítico.

A dimensão normativa propõe uma análise mais ampla dos diplomas legais, da jurisprudência, da doutrina, etc. Descrevem que “ela pode ser dividida em ético-filosófica ou jurídico-dogmática.”, continuam asseverando que “A primeira aborda a questão independentemente da validade do ordenamento jurídico, enfocando os direitos fundamentais e sua extensão.”, e concluem que “A segunda enfoca o direito fundamental dentro de um ordenamento jurídico válido, ressaltando o seu caráter sistêmico.”. (MENDES; et al, 2012, p. 526-527).

Em seguida, quanto a dimensão empírica, essa pesquisa o surgimento dos direitos subjetivos, forma de aplicação, movimentos históricos, finalidade, base legal, legitimação social, etc. Destaca os autores, que “Constituem marco importante dessa dimensão os argumentos históricos e teleológicos. ” (MENDES; et al, 2012, p. 527). Por último, a dimensão analítica preocupa-se com o “aperfeiçoamento do sistema jurídico sob forma científica”, metodológica, de modo a prestigiar a “clareza, coerência e precisão semântica das expressões utilizadas. Sofreu influência direta da filosofia analítica, da semiótica, da lógica deôntica e das teorias argumentativas. ” (MENDES; et al, 2012, p. 527).

A doutrina ensina que os direitos sociais se apresentam de duas formas: objetiva e subjetiva.

Os direitos sociais objetivos são aqueles que prescindem de complemento normativo para atingir eficácia plena, como regra geral, não tem natureza prestacional, outrossim, admite desde sua entrada no ordenamento jurídico o controle administrativo e judicial, a título de exemplo, verifica-se o direito ao salário mínimo assegurado na Constituição.

De outro modo, no que diz respeito aos direitos sociais subjetivos, neste caso, se mostra indispensável o complemento normativo a ser editado pelo legislador com o fito de dar eficácia plena aos direitos sociais a prestações, além de possibilitar o controle de legalidade e constitucionalidade, por parte do Poder Judiciário, quando provocado, com base nas diretrizes, interpretação e princípios norteadores, da norma regulamentadora.

Mendes e Branco asseveram que “os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados.”. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1012-1013).

Em sintonia, Barroso ensina que “todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos.”, e arremata com a explanação de todas as normas criam direitos subjetivos, políticos, individuais, sociais ou difusos, sendo exigíveis, imediatamente, do Poder Público ou do particular, por intermédio das ações judiciais pertinentes – são elas, em regra, constitucionais ou infraconstitucionais, pois, ambas estão contempladas no ordenamento jurídico. (BARROSO, 2018, p. 138).

Em síntese, conclui-se que os direitos sociais, em sua maioria, são direitos subjetivos dos indivíduos e possuem força cogente, outrossim, verifica-se, em razão da sua fundamentalidade, a característica da aplicabilidade imediata, de acordo com o artigo 5, §1, da CRFB, o que permite aos jurisdicionados a busca da tutela jurisdicional na omissão ou negligência do Poder Público.

Apesar disso, Mendes e Branco advertem que a aplicabilidade imediata “(...) indicada pela própria Constituição, entretanto, não significa que, sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos.”. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 227). Ou seja, a efetividade de determinados direitos fundamentais sociais depende de políticas públicas ou prestações positivas do Estado, estabelecidas por Lei.

Isso, por si só, não seria um problema, mas, acumulado com carência de atenção e desídia por parte do Poder Público, na entrega desses direitos a sociedade, revela, então, a moratória ilimitada do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, forçando o indivíduo a buscar a tutela jurisdicional com a esperança de alcançar a concretude do pleiteado.

Há de se considerar que a intervenção judicial nas hipóteses de garantia dos direitos fundamentais sociais, impõe-se, em razão da supremacia do poder normativo da Constituição, que tratou a Ordem Social, no título VIII, inaugurando em seu artigo 193 o seguinte: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” (BRASIL, 1988). Tratando, em especial, na seção II,

do capítulo referido, o direito fundamental a saúde, que importa substancialmente na efetivação do bem-estar social e da justiça.

Compreende-se, ainda, que a ordem social e a econômica guardam correlação entre si, uma vez que ambas possuem a mesma finalidade e utilizam-se dos mesmos meios para sua consecução, ou seja, a valorização do trabalho digno, a fim de conquistar a existência digna e a justiça social. O histórico das Constituições brasileiras também demonstra a correlação entre a ordem social e econômica, sempre contemplando ambas no mesmo capítulo, por causa de sua similaridade, entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o constituinte originário, buscou dar maior autonomia a ordem econômica e financeira, dedicando o título VII e seus capítulos ao tema. Frisa-se, o intuito do constituinte não foi isolar os temas, mas, em verdade, dar maior significado para cada um deles.

A saúde não pode ser visualizada de forma apartada da ordem econômica, tendo por conta que ela é imprescindível para o trabalho digno, também é verdade que alcança a finalidade de promover uma existência digna, em que pese, não pertencer diretamente à ordem econômica se correlaciona diretamente, como pode ser visualizado em diversos arestos do STF, STJ e TJs.

Na ADI n.º 3.937 São Paulo, que teve como plano de fundo a questão do amianto e a constitucionalidade do artigo 2º da Lei n.º 9.055/1995, que permitia o uso do asbesto/amianto crisotila para fins industriais e comerciais (extração e industrialização), revela a aplicação conjunta da ordem social e econômica pelos ministros do STF.

De um lado, os Estados emanavam leis proibitivas quanto a extração e uso do amianto para qualquer fim, considerando o dano comprovado a saúde dos indivíduos, por meio de sua competência legislativa suplementar. Do outro lado, as empresas, sindicatos e cooperativas, inclusive, de trabalhadores, buscavam o Judiciário para afastar a proibição das leis estaduais restritivas, pleiteando a inconstitucionalidade dessas leis estaduais que vedavam a utilização de qualquer tipo de amianto por considerar extremamente danoso à saúde dos indivíduos, em especial, dos trabalhadores e consumidores do mineral.

Havia um dilema severo a ser resolvido pelo STF, isso porque a questão envolvia muitos interesses distintos, tais como, a favor, a liberdade econômica e a livre iniciativa, milhares de empregos na área da extração do mineral, distribuição e comercialização, além da melhoria na infraestrutura que os municípios recebiam por

comportar essas mineradoras, etc. De outro lado, com a evolução da ciência, constatou-se que o asbesto/amianto da variedade crisotila (branco) é altamente cancerígeno e põe em risco todos os indivíduos expostos ao mineral, até mesmo aqueles que utilizam o equipamento de proteção. Além de que foi verificado existir outros substitutos, iguais ou melhores, ao amianto, que não violam diretamente a saúde dos indivíduos.

A situação era tão delicada que até mesmo parte dos sindicatos dos trabalhadores sujeitos aos riscos do amianto crisotila, se posicionaram no sentido de verificar a constitucionalidade do artigo 2º da Lei n.º 9.055/1995, quase sempre amparados nos fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, estampados no artigo 170 da Constituição. Os trabalhadores estavam tão preocupados com a saúde econômica (dano imediato) que nem consideraram a possibilidade de estarem se envenenando (dano futuro) expostos ao mineral cancerígeno do amianto.

Deste modo, aparentemente, havia um conflito constitucional entre a saúde e a liberdade econômica. Sabiamente, o que ocorreu, foi um longo debate sobre qual dos valores deveria prevalecer, no entanto, sem desprezar totalmente o outro, utilizando, para tanto, a técnica da ponderação. Destarte, que a Suprema Corte agiu de forma atípica, considerando elementos externos ao processo, como a evolução da tecnologia e a representação por entidades sociais interessadas e com notório conhecimento técnico-jurídico.

Pois bem, com base nisso, decidiu em prol da saúde e da integridade física e mental do indivíduo, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei n.º 9.055/1995, de forma autônoma, um tanto ativista, tendo em vista que não foi provocado para decidir sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, nem mesmo houve pedido para isso.

O STF, ao declarar a inconstitucionalidade da norma que permitia a utilização, extração e comercialização do asbesto/amianto crisotila, concretizou o direito fundamental a saúde e, assim, efetivou a finalidade da ordem econômica constitucional, isto é, confirmou o ideal de justiça social e preservou a dignidade da pessoa humana.

Em momento algum, o Judiciário agiu contra à liberdade econômica, em contrário disso, ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo referido, confirmou a finalidade da ordem constitucional econômica, que pretende

assegurar a todos a existência digna, além de fundamentar a decisão argumentando haver outros substitutos similares para a mesma função do mineral cancerígeno, menos danosos à saúde da pessoa humana. Ademais, os trabalhadores não seriam instantaneamente desempregados em razão da decisão, mas, como pode ser notado, estes seriam realocados para trabalhar em atividades congêneres, porém, com mais dignidade e sem os danos à saúde aludidos.

Ressalta-se que a ordem social também é baseada no princípio do trabalho, do mesmo modo que a ordem econômica, ambos visam assegurar a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

A par disso, é papel do Judiciário decidir sempre que provocado, em questões referentes aos direitos fundamentais, objetivos ou subjetivos, frisa-se, determinando ao Poder Público o estrito cumprimento da Constituição, dentro de suas possibilidades técnicas e econômicas, respeitando suas limitações, com o propósito de não prejudicar a coletividade em detrimento do indivíduo, excepcionalmente, admitindo o argumento da reserva do possível, em situações reais, que o Estado não dispõe dos recursos necessários para o adimplemento da obrigação.

Diferenciar a subsunção normativa do ativismo judicial, nem sempre é uma tarefa fácil, principalmente, no que se refere ao direito a saúde. Isso porque o Estado tem o dever constitucional de assegurar a saúde a todos, assim sendo, nos parece, inicialmente, que, quando o Judiciário determina a efetivação do direito garantido pela Constituição, ele estará somente aplicando o fato a norma, isto é, utilizando-se da subsunção normativa. Muito embora, em situações excepcionais, o magistrado ao se deparar com um fato de relevante valor social e que as soluções jurídicas dispostas no ordenamento jurídico não se mostram adequadas ou suficientes ao caso concreto, este pode, munido dos princípios constitucionais, interpretar a constituição e inovar no ordenamento jurídico dando máxima eficácia ao texto constitucional, denomina-se esse movimento como ativismo judicial.

Daí se verifica, um condão concretizador, por parte do Poder Judiciário, porque mesmo sem norma adequada, para o caso apresentado, interpreta e julga, com base em princípios constitucionais e, desta forma, atribui sentido ao caso concreto, de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Esse movimento, em outras conjunturas, pode se apresentar de modo mais discreto e com conotação diversa, uma vez que recorre ao uso de princípios ou normas já existentes na órbita jurídica, porém, conferindo-lhe a estes significados diferentes.

Relembre-se que a palavra sentença se deriva da palavra sentir, isto significa que o julgador ao interpretar a norma deverá sentir e, somente após isso, sentenciar com base no seu livre convencimento motivado, buscando a verdade real, com base nos ditames da justiça social.

O argumento jurídico utilizado não descaracteriza a postura ativista do julgador quando exceder o significado da norma e inovar em sua atuação, como ocorre, constantemente, em diversos julgados, onde o magistrado atua de forma diversa da esperada e confere outro sentido a norma, sob o argumento de outorgar o sentido teleológico da lei, contudo, tal afirmação é sensível, sendo certo que, verdadeiramente, a norma nem sempre exterioriza o seu fim e, desta maneira, estaremos diante de um ativismo judicial, pois o sentido que o intérprete atribuiu a norma é o resultado de seus conhecimentos e convicções sobre o tema.

André Ramos Tavares ensina sobre o papel intervencionista do Estado no Estado Social:

O Estado chamado Social é marcadamente um Estado intervencionista. Nas omissões materiais imputadas ao Estado-Administração e até ao Estado Legislador, o juiz constitucional (seja o juiz ordinário, seja uma instância exclusiva, como um Tribunal Constitucional) é chamado para fins de implementação dos direitos fundamentais sociais proclamados em certas constituições contemporâneas. (TAVARES, 2012, p. 50).

O autor destaca a importância do Judiciário na implementação dos direitos fundamentais sociais, seja dito de passagem, que os direitos fundamentais abarcados pela Constituição devem ser cumpridos integralmente pelo Estado por intermédio de ações ou omissões, independentemente do modo. Cabe ao Poder Público dar concretude e efetividade a estes direitos.

Considera-se necessária a intervenção do Poder Judiciário em questões relativas a políticas públicas judicializadas com o objetivo de implementar e garantir o gozo dos direitos fundamentais, em ocasiões em que os outros poderes não agem ou agem de modo deficiente em sua efetivação.

O Judiciário exerce regularmente esse papel concretizador por meio de decisões que determinam o cumprimento do direito à saúde pelo Poder Público. O STF colaciona inúmeros julgados de repercussão geral nesse sentido.

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

(RE 566471 RG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I. - **Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes.** II. - Agravo não provido.

(AI 486816 AgR, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 06-05-2005 PP-00028 EMENT VOL-02190-07 PP-01299)

Conforme ilustrado acima, é pacificado na jurisprudência da Suprema Corte o dever do Estado de fornecer medicamentos aos necessitados. Além disso, em outra oportunidade, o STF decretou na ADPF n.º 45-9, em 2004, por decisão do ministro Celso Mello, relator, a possibilidade e legitimidade do Poder Judiciário intervir nas políticas públicas quando:

- a) visar sua concretização;
- b) a política pública já estiver prevista no texto da própria Carta;
- c) seu descumprimento pelas instâncias governamentais destinatárias (Poderes Legislativos ou Executivo, conforme o caso) for total ou parcial. (ADPF nº 45 MC/DF, 2004).

O ministro relator, motivou sua decisão, sob o argumento de que a Constituição Federal permitiu, de forma expressa, a intervenção judicial, nas situações em que o Poder Público descumpriu, total ou parcialmente, as políticas públicas.

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

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 (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: (ADPF nº 45 MC/DF, 2004).

A intervenção judicial admitida é aquela que garante a efetividade dos “direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda

geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas” e que podem ser violados por ação ou omissão. (ADPF n.º 45 MC/DF, 2004). Apesar de ser marco jurisprudencial importante, a respectiva ADPF, ao final, foi extinta sem análise do mérito, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Se faz necessário, agora, compreender a extensão dos efeitos, positivos e negativos, do ativismo judicial na saúde e na ordem econômica constitucional. Inicialmente, cumpre salientar, que quase tudo na vida tem vantagens e desvantagens, então, não diferiria com o ativismo judicial. Trata-se das externalidades do instituto jurídico intervencionista.

Barroso afirma que “(...) o ativismo judicial, 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. ” (BARROSO, 2009, p. 21). O autor chama atenção para a expansão exacerbada do Judiciário, que tem sido usado como substituto dos Poderes democraticamente eleitos, por ausência de representatividade e legitimidade, em especial, do Legislativo. (BARROSO, 2009, p. 21).

É notória a crise de representatividade, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, porque ambos atuam com interesses distintos aos dos representados e, por isso, se faz indispensável uma reforma política, com urgência. Não obstante, “essa reforma não pode ser realizada por juízes. ”. (BARROSO, 2009, p. 21). Deve-se respeitar a Constituição Federal, que instituiu o pacto federativo e a tripartição de poderes.

Deste modo, nota-se, que, até o presente momento, o ativismo judicial resolveu os problemas apresentados ao Judiciário, de forma benéfica, isso revela que o instituto tem um condão concretizador e, se usado com prudência e moderação, pode-se obter excelentes resultados, de modo a remediar os problemas emergentes, até que os outros Poderes tomem as devidas providências e resolvam de forma definitiva.

Tem-se, então, que esse movimento judicial, objetiva concretizar direitos fundamentais, individuais e sociais, a fim de trazer máxima efetividade aos comandos constitucionais. Para isso, serve-se dos valores e princípios da Constituição Federal, manuseando com cuidado e aplicando ao caso concreto, solucionando o problema e efetivando o direito. Dito isto, os magistrados atuam como intérpretes e até mesmo legisladores, criando entendimentos, com base em comandos gerais, abstratos,

considerados como janelas abertas, em outras palavras, julgam embasados em conceitos jurídicos abertos ou indeterminados.

Ocorre que, nem sempre, essa atuação é vista com bons olhos, sendo severamente criticada, por parte dos estudiosos do direito, especificamente, aqueles adeptos da corrente positivista. Para estes, o juiz deve se restringir a interpretar e julgar dentro das normas pré-estabelecidas no arcabouço jurídico, inexistindo lacunas a serem preenchidas pelo magistrado. Não cabe ao Judiciário inovar no ordenamento jurídico e nem criar soluções diversas das normatizadas, essa função é exclusiva do Poder Legislativo, tendo em vista que é composto, em sua integralidade, por membros democraticamente eleitos.

É verdade que a expansão dos poderes do Judiciário preocupa, haja vista que coloca em cheque o regramento de separação dos poderes estatuído pela Constituição. Também, deve ser dito, que o Judiciário tem sido protagonista na resolução de vários problemas de natureza política, o que seria função originária do Legislativo. A judicialização da política pelos próprios parlamentares é um fenômeno atual que, de certo modo, transfere ou aumenta os poderes do Judiciário, uma vez que almeja a legitimação judicial de competências típicas do Legislativo.

Esse grande movimento, repercute de modo considerável na cultura e economia do país, sendo normalizada a interferência judicial nos mais diversos temas, alterando, significativamente, o comportamento dos indivíduos na convivência entre si e nas realizações de negócios jurídicos e sociais, posto que o Judiciário poderá ser chamado a intervir em todas as relações jurídicas e alterar substancialmente o acordado.

A falta de confiança desvia o olhar dos investidores nacionais e internacionais. Sabe-se que ninguém aplica o seu dinheiro em uma nação bipolar, instável, que altera as regras do jogo a todo instante. Isso é notado como fator prejudicial, em relação à expansão dos poderes do Judiciário, além de que não passa segurança para os investidores interessados no mercado nacional. O Estado intervencionista, por muitos, ainda é considerado inimigo do capitalismo, pois a enorme mão do Estado se mostra presente em tudo.

O preço a ser pago por toda a sociedade pela concretização dos direitos fundamentais, por intermédio do Judiciário, é alto e expressivo, pois afastam investimentos relevantes do Brasil.

Noutra perspectiva, há de salientar que a ausência de limites ao Poder Judiciário no exercício de suas funções, também se revela como preocupação. Se o Judiciário é o limitador, quem limita o Judiciário? Quais são seus limites? Até onde o Judiciário pode intervir e inovar? Quem julga o julgador? São as perguntas que carecem de respostas neste instante.

Tavares argumenta que o juiz constitucional deve promover direitos fundamentais, mesmo que para isso dependa de recursos materiais, humanos, etc., isso quer dizer que o Direito possui uma capacidade de transformação especial e que seus órgãos devem implementar. (TAVARES, 2012, p. 48). Entretanto, o mesmo autor adverte sobre limites na atuação do juiz:

Mas deve admitir-se que a defesa de uma atuação intransigente, global e exclusiva da Justiça Constitucional (juízes constitucionais de modelos distintos, seja de controle difuso, seja de Tribunal Constitucional), no âmbito dos direitos fundamentais, é democraticamente repulsiva. Casos haverá nos quais a atuação do juiz constitucional seria não apenas desastrosa mas também tecnicamente indesejável. Portanto, existem impedimentos que não podem ser afastados mesmo numa construção teórica acerca do papel da Justiça Constitucional ativa e substantiva. (TAVARES, 2012, p. 48).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Tavares admite existir áreas de não intervenção do juiz constitucional, em especial, aquelas definidas pela própria Constituição, isto é, “o que passa pela compressão da cláusula da “separação de poderes”, de um desacordo moral razoável em torno de um direito fundamental e do contexto histórico”. (TAVARES, 2012, p. 48). Apesar disso, o Judiciário não poderá se omitir, mesmo nos casos de exclusão constitucional, quando o assunto tratado for o controle judicial por violação do Estado de direitos fundamentais, ou em relação à concretização e implementação de direitos fundamentais impostos pela Constituição como limites da atuação estatal.

Credita-se ao Judiciário uma vigilância constante (concorrencial), a respeito de sua atuação como concretizador, assim, Tavares conclui que “o juiz constitucional terá suas decisões sob constante teste de legitimidade por força da sua própria atuação (“concorrencial”) do legislador, que também busca a manutenção constante da legitimação. ”. (TAVARES, 2012, p. 49).

O legislador desempenha função importante no controle da função ativa do Judiciário, permitido pela Constituição, a ratificação ou alteração do entendimento do órgão judicante, por intermédio da promulgação de lei ou de emendas à Constituição.

Nem mesmo o entendimento consolidado em súmula vinculante pelo STF é capaz de verificar força normativa superior ao determinado por lei. Em outras palavras, o legislador não tem qualquer vinculação com o estabelecido por súmula vinculante, tendo ampla liberdade para legislar, ainda que de modo diverso do decidido pelo STF.

Celso de Mello, ministro do STF, em entrevista ao site ConJur, trata sobre o tema de limites da atuação da Suprema Corte:

O Supremo Tribunal Federal, hoje, busca revelar-se fiel ao mandato que os Fundadores da República lhe outorgaram. É preciso agir com cautela, no entanto, para que o Supremo Tribunal Federal, ao desempenhar as suas funções, não incorra no vício gravíssimo da usurpação de poder. (MELLO, 2016, p. 5).

Percebe-se que o próprio STF, busca atuar com cautela de modo a não ultrapassar os limites da função judicante, evitando, vícios e a usurpação de função dos outros Poderes. Em suma, pode-se afirmar que os principais aspectos negativos do ativismo judicial são: o “*pamprincipiologismo*”, a discricionariedade do julgador, o desrespeito à repartição de poderes e, indiretamente, à democracia.

Conforme já foi estudado no capítulo antecedente, o “*pamprincipiologismo*”, sustentado por Streck, refere-se a postura do magistrado que, inconformado com a legislação vigente e com anseio de atender novas necessidades, cria princípios conformadores, com base na Constituição e de acordo com as suas convicções, gerando uma tempestade principiológica. Isso prejudica o tema, porque banaliza o instituto dos princípios.

No que diz respeito a discricionariedade do julgador, também já tratado ao longo do texto, concentra-se na liberdade do juiz em decidir de acordo com normas de conteúdo aberto e princípios. Tamanha margem de discricionariedade pode ser prejudicial, uma vez que permite o afastamento do real sentido da norma, pelo julgador.

O desrespeito à repartição de poderes, reflete a preocupação atual do STF, ilustrada pelo ministro Celso de Mello. Aqui, paira o maior problema, posto que a Constituição realiza a distribuição de competências entre os Poderes, no entanto, assevera que o Judiciário tem o dever de implementar e efetivar os direitos fundamentais já garantidos no texto. Delimitar até onde o Judiciário foi permitido atuar para concretizar esses direitos não são uma tarefa fácil, sendo que nem mesmo a

Constituição estabeleceu explicitamente esses limites. Neste ponto, mora a principal insegurança e insatisfação do ativismo judicial.

Por consequência do ativismo, o Judiciário assume o risco de extrapolar na sua função e usurpar competências de outros Poderes, em especial do Legislativo, uma vez que inova ou desconsidera o determinado na legislação, que foi democraticamente estatuída, pelos representantes diretos do povo. Tendo isso em consideração, verifica-se a possibilidade de desrespeito à democracia, em prol da interpretação judicial.

Esses apontamentos, são os principais argumentos sustentados pelos estudiosos que semeiam ideias contrárias ao ativismo judicial, ou seja, são aqueles entusiastas da autocontenção e/ou passivismo judicial.

No entanto, vale relembrar, que ao longo deste trabalho, restou demonstrado vários aspectos positivos do ativismo judicial, a título de exemplo, temos: a) a concretização dos direitos fundamentais; b) a legitimidade para invalidar daqueles que exercem mandato popular quando contrários aos direitos fundamentais; c) a garantia do Estado Democrático de Direito, etc.

Há um consenso entre os defensores da autocontenção judicial e do ativismo judicial, ambos entendem pela necessidade do STF exercer a função de Tribunal Constitucional e promover os direitos fundamentais já estabelecidos, mas, o que pesa, realmente, é o fato de o Judiciário assumir uma espécie de supremacia em detrimento dos outros Poderes.

Destaco, que o protagonismo assumido pelo Judiciário, em razão da judicialização das políticas públicas, desperta a sensação de insegurança em parcela da comunidade jurídica, ademais, com a adoção da postura ativista em suas decisões, maximiza a desconfiança dos opositores, que sustentam a teoria da autolimitação do Judiciário.

Além de tudo isso, percebe-se que parte do inconformismo com a expansão dos poderes do Judiciário, decorre do regramento constitucional exposto no artigo 102, que confere ao Poder Judiciário a competência de dizer a última palavra e, assim, para os seus críticos, a chance de errar por último. Sem qualquer margem de dúvida, a competência atribuída de dar a decisão definitiva, incomoda, substancialmente, os indiferentes ao Poder Judicante.

Apesar das discordâncias entre o ativismo e a autocontenção, o controle judicial deve ser realizado, sempre que invocado para resolver o conflito, por ordem

constitucional, conferindo concretude e efetividade ao ordenamento jurídico, contudo, sem desprezar o controle legislativo, que assume papel relevante na manutenção do Estado Democrático de Direito. Em conclusão, reafirma a importância do equilíbrio entre os Poderes, uma vez que inexiste, de fato, supremacia do Judiciário sobre os demais Poderes.

Em linhas finais, denota-se que o Judiciário, ao efetivar à saúde, motiva e fundamenta a sua decisão, com base nos direitos sociais e econômicos, em sua maioria, sempre de forma conjunta, como se a ordem social complementasse a ordem econômica e vice-versa. Tal comportamento do STF, confirma que a ordem social, neste caso, à saúde, conforma a ordem econômica constitucional, pois, efetiva os seus fundamentos, possibilitando ao indivíduo trabalhar com dignidade e promover a sua existência digna, com base na justiça social.

Por tudo isso, chega-se ao entendimento de que o Judiciário ao efetivar à saúde, conseqüentemente, realiza a ordem econômica constitucional, posto que garante a integridade física e mental do indivíduo e, assim, viabiliza por meio do trabalho humano a busca por mais dignidade e justiça social a todos.

CONCLUSÕES

No decorrer do trabalho, observamos que existem muitos fatores que mostram o Judiciário como realizador da ordem econômica constitucional na efetivação do direito fundamental à saúde no Estado brasileiro após a Constituição de 1988. Esses fatores decorrem de sua nova posição e atuação no Estado Social e Democrático de Direito.

Inicialmente, no Capítulo 1, foi tratado a relação do direito fundamental à saúde e à vida como valores da existência digna da pessoa humana na ordem constitucional econômica.

Neste sentido, investigou-se como a ordem econômica se comportava na concretização da dignidade da pessoa humana, qual era a sua relação e seu grau de importância. Por conclusão, verificou-se existir uma relação direta entre a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana, uma vez que a primeira, tem por fundamento garantir a existência da segunda, além disso, ressaltou-se a imprescindibilidade da efetivação do direito à saúde para concretização dos fundamentos da ordem econômica.

Não é possível argumentar a existência da dignidade da pessoa humana no Brasil, sem que o Estado efetive, ao menos, os direitos de saúde, assegurados na Constituição Federal. Constatou-se, então, que o indivíduo sem saúde, física e mental, não alcançará os demais direitos necessários para sua realização como pessoa, assim, como é notado, jamais conseguirá se realizar como pessoa humana.

Portanto, a ordem econômica visa assegurar a todos a existência digna, com base nos ditames da justiça social, isso significa que, a dignidade da pessoa humana é princípio norteador da ordem econômica, sendo indispensável a efetivação do direito à saúde e a vida para concretizar o fim social da ordem econômica constitucional.

Adiante, foi estudado no Capítulo 2, a relevância do Judiciário na promoção das políticas públicas no Brasil. Ao longo da investigação, restou comprovado que o Judiciário não promove diretamente as políticas públicas, sendo que somente poderá intervir se for provocado, nos limites da Constituição, em relação às questões orçamentárias (reserva do possível), preservação da vida com dignidade (mínimo existencial), observância do equilíbrio entre os meios e os fins visados (razoabilidade e proporcionalidade) e nos limites políticos (separação dos poderes).

Durante os levantamentos realizados, também foi possível observar que a busca pela efetivação e protagonismo do Poder Judiciário frente a garantia e execução das políticas públicas já existentes se dá pelo fato de que através da omissão e inércia dos demais poderes, Poder Executivo e Poder Legislativo, tornar-se, portanto, indispensável uma atitude ativista do Judiciário brasileiro para garantir os direitos fundamentais. Aqui destaca-se que o Judiciário deve atuar em benefício de todos os cidadãos, de forma democrática.

Não se trata de uma ação ativista ou protagonista dos juízes que atuam no Judiciário, mas sim da efetivação dos direitos fundamentais, resultado da Constituição de 1988. É imprescindível esclarecer que os órgãos componentes do Judiciário brasileiro devem assumir o papel de protagonista quando voltado para garantir os direitos econômicos, sociais e culturais, por meio da atividade jurisdicional, tendo à sua frente, o dever de se basear na legitimidade atribuída pela Constituição. Como visto no Capítulo 2, é um grande desafio diante da judicialização desses direitos e da possibilidade de eventuais “ativismos”.

Já no Capítulo 3, onde se dedicou a compreensão de como a ordem econômica constitucional garante a efetivação do fundamento da dignidade da pessoa humana, foi identificado que através da omissão dos demais poderes e atuação do Poder Judiciário é possível que se tenha conflito entre eles. Apontamos, então, a necessidade de implementar mudanças, como um diálogo permanente entre os três poderes, com aperfeiçoamento contínuo na formação dos magistrados, conforme foi apresentado ao final do Capítulo 2.

Nessa toada, vimos que a sociedade atual exige que o Estado exerça de forma plena e eficaz sua função. Cabendo assim, a busca contínua para que os direitos fundamentais sejam executados de forma imediata e garantidos pelo Poder Judiciário de forma efetiva. Impõe-se aqui o papel de controlador do Poder Judiciário para sua concretização.

Através da Constituição Federal, considerada aqui como um marco inovador e transformador, entendemos que o seu próprio objetivo é constituir uma sociedade livre, justa e solidária, o que acontece quando a liberdade se torna segurança, a igualdade se torna diversidade e a solidariedade se torna fraternidade.

A principal crítica contra a judicialização do direito à saúde pelo Poder Judiciário, é a quebra dos demais poderes e suas funções. Como foi visto nos Capítulos, porém, enfatizamos aqui que, na prática, o direito à saúde, quando é

promovido pelo Poder Judiciário, deve ser baseado na sua legitimidade para atuar em defesa de todos os indivíduos, de forma coletiva.

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que o Judiciário realiza a ordem econômica constitucional ao efetivar o direito à saúde, devendo manter a harmonia e equilíbrio entre os Poderes, sendo necessária a participação da sociedade neste debate, para que sejam asseguradas e protegidas as normas constitucionais existentes, especialmente aquelas relacionadas a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 5º ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde: o papel da Defensoria Pública nesse processo**. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez, 2016.
- AMARAL, Antonio José Mattos do; CAPELARI, Rogerio Sato. **A ordem econômica constitucional como proporcionadora da máxima eficácia dos direitos sociais: o desenvolvimento da cidadania possibilitado pelos deveres fundamentais**. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas, Curitiba, v.2, n.2, p. 109 - 134, Jul/Dez, 2016.
- ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARAGÃO, João Carlos Medeiro de. **Judicialização da Política no Brasil. Influência sobre atos internacorporis do Congresso Nacional**. Brasília, Câmara dos Deputados, 2013.
- AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública**. São Paulo: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 2000.
- ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. **Uma concepção hermenêutica de saúde**. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 17, n. 1, p. 43-62, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a04.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In: TORRES, R. L. Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. **Poder local e política: a saúde como locus de embate na cidade de Santos – SP**. 2005. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em: 10 nov. 2022.
- _____. **A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário**. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

_____. **Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos.** Os Constitucionalistas, 2015. Disponível em: <
<https://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Biblioteca Digital do TSE, 2009. Disponível em: <
https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BATEUP, Christine. **A promessa dialógica: avaliando o potencial normativo das teorias do diálogo constitucional.** Nova York: Brooklyn Law Review, v. 71, p. 1 - 85. 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e dignidade da pessoa humana.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 102, p. 457-467, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67764>. Acesso em: 7 jan. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21^a ed. atual, São Paulo: Malheiros, 2007.

BORBA, Camila Andrade Pacheco de. **O estado de coisas inconstitucional (ECI) e o ativismo judicial estrutural dialógico como instrumento de proteção do direito fundamental à saúde.** 2017. 68 f. Monografia (Especialização) - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em: <
<https://consorciobdjur.stj.jus.br/vufind/Record/oai:bdjur.stj.jus.br.TJCE:oai:localhost:123456789-700>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. 1990.

_____. Ministério Público. **Recurso Especial 488.208/SC.** Relator: Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 1 jul. 2013.

_____. **Resolução nº17**, de 17 de março de 2020. Concede redução temporária da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de

Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do Corona Vírus / Covid-19. Diário Oficial da União, Brasília, 18 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Especial 665.764/RS**. Relatora: Cármen Lúcia – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STA 175 AgR /CE**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Pleno, Brasília, DF, 17 de março de 2010, DJ 30.04.2010 p. 76. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. **Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial**. Revista Ciência Jurídica Social. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"**? Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out. 2015, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 10 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas públicas e prestações judiciais determinativas**. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) Políticas Públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6º ed. rev., ampl. Salvador: JusPodivm, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

COSTA, Claudia Marcia. **O protagonismo do Poder Judiciário no estado social e democrático de direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática**. 2017. 167 f. Tese (Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23118>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais**. ANIMA: REVISTA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO DA OPET, v. 1, p. 205-220, 2009.

FARACO, Marina. **Deixando de lado o “ativismo” e a “autocontenção” judicial**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 38, n. 140, p. 147 - 155, nov. 2018.

_____. **Poder Judiciário no Brasil: o protagonismo judicial no controle de políticas públicas**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, Ano 9, n. 33, p. 621 - 646, set. 2015.

FONSECA, Claudia de Oliveira. **O ativismo judicial e a prática dos diálogos institucionais no âmbito da concretização do direito à saúde**. 2014. 136 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. ISBN 978-85-450-0196-6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5º ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 1º ed. Lisboa: Edições 70 LTDA, 2007.

KLARMAN, Michael. **Tribunais, Mudança Social e Reação Política**. In: Hart Lecture at Georgetown Law Center, 31 de março de 2011 - Speaker's Notes, disponível em In: Hart Lecture at Georgetown Law Center, 31 de março de 2011 - Speaker's Notes.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Jurisdição e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157-177.

LEITE, Vanessa Gomes. **Saúde em juízo: o excesso do judiciário e a escassez dos leitos de UTI no estado do Ceará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A era dos direitos de Bobbio Entre a historicidade e a atemporalidade**. Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/192/ril_v48_n192_p7.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2º ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARMELSTEIN, George. **O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?**, 2015, Disponível em: <
<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em 10 nov. 2022.

_____. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**, 2016, Disponível em: <
https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf>. Acesso em 10 nov. 2022.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. **O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde**. Revista Jurídica – CCJ, v. 21, n. 44. Blumenau: FURB, 2017.

MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. **O Poder Judiciário e a efetivação do direito à saúde**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, nº 1, 2015 p. 194-206.

MELLO FILHO, José Celso de. **Entrevista: José Celso de Mello Filho**. Márcio Chaer. Consultor Jurídico, 2006. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei#:~:text=Quem%20afirma%20%C3%A9%20o%20ministro,mesmo%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20defende%20ele.>. Acesso em: 10 nov. 2022

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. São Paulo-SP, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Tratado de Direito Constitucional**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MPEs geram cerca de oito a cada dez novos empregos criados em 2021. **Sebrae**, 2021. Disponível em: <
<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ma/noticias/mpes-geram-cerca-de-oito-a-cada-dez-novos-empregos-criados-em-2021,1e1fc0f4415ce710VgnVCM100000d701210aRCRD>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

NOBRE, Ticiania Maria Delgado. **A legitimidade e efetividade da decisão judicial concretizadora do direito à saúde no Brasil: uma abordagem político-jurídica do problema**. 2016. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: < <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/24864>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

NOLETO, Maria Clara Barros. **O controle judicial do orçamento da saúde no Brasil**. 2009. 171 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2009. Disponível em: < <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/7296>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e jurisdição**. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.

PEREIRA, Affonso Insuela. **O direito econômico na ordem jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

PERES, Patricia Silva Bernardi. **EDUCAÇÃO: INSTRUMENTO PARA A CIDADANIA, ÉTICA E DIGNIDADE HUMANA**. 2008. 58 f. Artigo Científico – Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS, Brasília, 2008. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/162314/trab%20final%20TCC.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PISKE, Oriana ; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF, 2018. Disponível em: < [RIBEIRO, Danielle Sachetto. **O direito à saúde em tempos neoliberais: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos?**. 2014. 169 f. Dissertação \(Mestrado\) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: < <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/595>>. Acesso em: 10 nov. 2022.](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-orianapiske#:~:text=O%20Sistema%20de%20Freios%20e%20Contrapesos%20consiste%20no%20controle%20do,Executivo%2C%20Legislativo%20e%20Judici%C3%A1rio).>. Acesso em: 23 set. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

RODRIGUES, Daniel dos Santos; LIMA, Jordão Horácio da Silva. **Judicialização da saúde, acesso a medicamentos e diálogos institucionais**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 21. n. 83, p. (161-180), jan./mar. 2021.

SALES, Jucele Gomes. **Judicialização e políticas públicas: reflexões sobre a inserção do Judiciário no modelo processual**. Espaço Público, v. 2, p. 58-66, dez. 2018.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Ingo%20Wolf. Acesso em: 06 jan. 2023.

SCARPA, Antonio Oswaldo. **Direitos fundamentais sociais: conteúdo essencial, judicialização e direitos sociais em espécie**. Salvador: JusPODIVM, 2021.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SENNE, Andressa de. **Políticas sociais no Brasil: uma reflexão preliminar**. Rio Grande do Sul: Manancial, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz, et al. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito**. Revista de Informação Legislativa, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Biblioteca Digital FGV, 2012. Disponível em:

<<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. DOI: 10.1590/S0103-20702007000200002. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**. 2011. 257 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e Caribe de Direito e Economia (ALACDE), XI, 2007, Brasília-DF. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE): annual papers. Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007, p. 01-26.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad.: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.