

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO PAULO MENDES DOS SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATIVISMO JUDICIAL OU CONCRETISMO DO
TEXTO CONSTITUCIONAL**

**BRASÍLIA - DF,
JUNHO 2017**

PEDRO PAULO MENDES DOS SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATIVISMO JUDICIAL OU CONCRETISMO DO
TEXTO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

**BRASÍLIA - DF,
JUNHO 2017
PEDRO PAULO MENDES DOS SANTOS**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATIVISMO JUDICIAL OU CONCRETISMO DO
TEXTO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Brasília-DF, ____ de Junho de 2017.

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho a minha esposa pelo apoio incondicional; ao meu filho, pelo simples fato de existir, a minha família e amigos, pelo carinho e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Jesus Cristo, meu único salvador e redentor, que nos momentos de turbulência traz conforto para o meu coração e refrigério para minha alma.

A minha esposa Marilú Fernandes Gomes, pelo apoio incondicional. A conclusão do curso de graduação e a aprovação no Exame da Ordem, só foram possíveis em razão de toda confiança e amor que venho recebendo ao longo dos últimos sete anos.

Ao meu orientador, professor Dr. Daniel Falcão, pelo empenho e dedicação durante a elaboração deste trabalho.

*Eu me rasgo por inteiro
Faço tudo, mas vem novamente
Eu mergulho na mirra ardente
Mas peço que Tua presença aumente*

*E se eu passar pelo fogo, não temerei
Na Tua fumaça de glória, eu entrarei
Longe do Santo dos Santos não sei mais viver*

*Quem já pisou no Santo dos Santos
Em outro lugar não sabe viver
E onde estiver, clamar pela glória
A glória de Deus*

“Duda Monn”

RESUMO

A Constituição Federal conferiu ao cidadão uma série de direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde. É sabido que a administração pública não consegue proporcionar o direito à saúde de forma satisfatória, o que acaba por desaguar no Poder Judiciário demandas com o pleito de efetivação desse direito. O objetivo desse trabalho é identificar em que medida uma decisão judicial que garante o direito à saúde, pode ser classificada como ativismo judicial. Para alcançar o objetivo da pesquisa, os conceitos utilizados no trabalho abordam os direitos fundamentais, direitos sociais, classificação das normas constitucionais assim como os institutos da judicialização e do ativismo judicial. Os conceitos são trabalhados nos termos das doutrinas gerais de direito constitucional passando por livros e teses especializadas em cada conceito apresentado e desenvolvido ao longo do trabalho. O trabalho identifica que não são todas as decisões judiciais que conferem ao cidadão o direito à saúde que ostentam a característica de ativismo judicial.

Palavras-chaves: Direito. Saúde. Eficácia. Ativismo. Judicialização.

ABSTRACT

The Federal Constitution granted the citizen a series of social rights, among them, the right to health. We know that the public administration can not provide the right to health in a satisfactory way, which ultimately leads to demands in the judiciary with the right to health claim. The purpose of this paper is to identify whether judicial decisions that guarantee the right to health can be classified as activist decisions. To reach the objective, the concepts used in the study deal with fundamental rights, social rights, classification of constitutional norms as well as institutes of judicialization and judicial activism. The concepts are worked out in terms of the general doctrines of constitutional law, passing through thesis books specialized in each concept presented and developed throughout the work. The work identifies that it is not all the judicial decisions that give the citizen the right to health that bear the characteristic of judicial activism.

Keywords: Law. Health. Efficacy. Activism. Judicialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
1.1 Direitos sociais como direitos fundamentais.....	17
1.2 Direitos sociais.....	19
1.3 Direito à saúde.....	25
2 EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS	28
2.1 Normas de eficácia limitada.....	34
2.2 Eficácia do direito à saúde	38
3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	41
3.1 Ativismo e judicialização, uma diferenciação necessária	42
3.2 Judicialização da saúde e ativismo judicial.....	45
3.3 O STF e o direito à saúde	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A chegada do Estado de bem-estar social trouxe consigo um anseio pela concretização das promessas esculpidas no texto constitucional. Devido a inúmeros motivos, dentre os quais se destacam fatores políticos e econômicos, os direitos de segunda geração ainda restam carentes de implementação efetiva em solo brasileiro, o que acarretou nos últimos anos o advento de novas demandas no poder judiciário. Essas demandas buscam a efetivação dos direitos sociais via decisão judicial. Esse fenômeno ficou conhecido como judicialização das políticas públicas.

Uma vez distribuída à demanda no Poder Judiciário o juiz da causa vai proferir uma decisão e de acordo com o teor da determinação judicial, solução apresentada ao caso concreto, a crítica jurídica vai classificar a decisão emanada do Poder Judiciário em ativista ou conservadora. Dessa forma, o presente trabalho acadêmico tem como objetivo identificar em que medida uma decisão judicial, que garante ao jurisdicionado a efetivação do direito à saúde, com fundamentos na Constituição de 1988, pode ser considerada uma decisão ativista.

A carta política de 1988 ficou conhecida pelos juristas como Constituição Cidadã, ocorre que passados quase trinta anos de promulgação da Constituição e os direitos de segunda geração ainda padecem de efetividade satisfatória, não atingindo por completo a população. Se o constituinte originário tinha como objetivo a criação de melhores condições de vida para a sociedade, elevando os direitos sociais à *status* de direitos e garantias fundamentais, e os Poderes a quais foram estabelecidos a responsabilidade de concretizar a promessa constitucional não conseguem atingir os objetivos constituídos nos comandos constitucionais, sugere nesse cenário, que, uma decisão judicial que confere ao cidadão o direito efetivo de acesso à saúde não pode ser classificada como ativismo judicial, uma vez que o Poder Judiciário estaria apenas concretizando o texto constitucional.

A pesquisa tem por objetivo principal analisar a importância dos direitos sociais, com a finalidade de identificar, nos moldes da doutrina, se determinada decisão judicial é ou não ativista. Pretende-se chegar a esse objetivo por meio dos seguintes caminhos: Adotar a

importância necessária para os direitos sociais, classificar as normas constitucionais e distinguir os conceitos de ativismo e judicialização.

A judicialização de políticas públicas é uma questão cada dia mais presente no Poder Judiciário o que acende o debate sobre ativismo e judicialização, não raras às vezes em que os temas são usados como sinônimos, todavia não são. É importante conhecer os institutos a fim de saber a diferença entre eles, empregando o sentido correto frente ao fato que se deseje analisar.

Outro ponto que deve ser observado está relacionado com as classificações utilizadas nas decisões judiciais, uma vez que não são todas as decisões favoráveis ao jurisdicionado, na forma de efetivação do direito à saúde, que podem ser classificadas como ativismo judicial. Conhecer cada instituto jurídico relacionado a judicialização de políticas públicas se torna fundamental de forma a possibilitar condições aos operadores do direito para constranger o Poder Judiciário quanto em atitudes não democráticas.

A busca para responder esta problemática, assim como para conhecer os institutos jurídicos analisados ao longo do trabalho foi feita por meio de pesquisa dogmática, realizada em livros e artigos científicos, com a finalidade de compreender e concatenar de forma sistemática todos os institutos necessários.

Os livros utilizados se dividem em dois grupos, o primeiro de manuais de direito constitucional, aparato necessário para o conhecimento da base constitucional, que é a matriz reveladora de todas as normas e princípios jurídicos. E o segundo grupo é representado por livros específicos, que são, em sua maioria publicações de teses de mestrado e doutorado sobre cada um dos temas desenvolvidos no corpo do trabalho. Em relação aos artigos científicos, foram utilizados para o estudo individualizado de cada tema, uma vez que o objetivo do artigo científico é tratar de um determinado assunto de forma contundente.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos, com o objetivo de trabalhar com três preceitos jurídicos e seus subitens. O primeiro capítulo aborda a equiparação dos direitos sociais a direitos fundamentais, demonstrando a importância que o constituinte conferiu aos direitos de segunda geração, em específico o direito à saúde.

No segundo capítulo analisa-se a estrutura das normas constitucionais no que tange a eficácia das referidas normas, principalmente ao caráter programático conferido as normas sociais, com efeito, a norma constitucional de direito à saúde.

Por fim, no terceiro capítulo foi abordado os institutos da judicialização e do ativismo judicial, quanto a esta temática, o objetivo é distinguir cada um dos institutos e em seguida identificar quando uma decisão judicial é eivada pelo ativismo judicial, bem como verificar a possibilidade de efetivação judicial do direito à saúde sem afronta ao princípio de separação dos Poderes, ou seja, garantir o direito à saúde sem incorrer em ativismo judicial.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

É sabido que os direitos fundamentais são os direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos que, em regra, encontram previsão legal em uma Constituição de uma nação.

Conforme leciona Bobbio, os direitos não nascem de uma vez, nascem quando devem ou podem nascer¹. Para o jurista, os direitos fundamentais possuem caráter histórico:

que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de um vez e nem de uma vez por todas.²

E assim, não foi diferente a evolução, nem a positivação de tais direitos no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que ao seu tempo, cada Constituição foi positivando, de acordo com o contexto político e social que o País atravessava, uma quantidade maior de direitos e garantias fundamentais.

No mesmo sentido leciona Paulo Gustavo Gonet Branco em relação à positivação dos direitos fundamentais e sua decorrência de uma evolução da sociedade:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.³

A maturação histórica que se revela na positivação dos direitos e garantias fundamentais pode ser compreendida como a vontade da sociedade, transmitida pela representação do constituinte originário.

¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.

²Ibidem, p. 5.

³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

Em sede de direitos e garantias fundamentais fica mais evidente que a vontade do constituinte, originário ou derivado, não é nada mais do que a vontade e a esperança da população frente a suas expectativas com o Estado.

Konrad Hesse, em seu *Manual de direito constitucional*, também reconhece o avanço dos direitos fundamentais e fala sobre suas variadas concepções nas diferentes matrizes constitucionais:

Um aspecto importante de nossa época é a significação, cada vez maior, dos direitos fundamentais, evidenciada nos esforços das Nações Unidas que conduziram à Declaração dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 e, mais recente, às Convenções Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Evidencia-se, também, na incorporação de direitos fundamentais às Constituições mais recentes, como a de Portugal e Espanha e, ultimamente, às dos Estados do Leste da Europa.

Este avanço universal dos direitos fundamentais podia significar algo absolutamente diferente numa Constituição socialista e no texto constitucional de uma democracia ocidental.⁴

Dessa forma, é possível inferir-se que a progressão de alguns direitos para o patamar de direitos fundamentais, faz parte da evolução do pensamento e objetivos de uma nação, ainda que, conforme Konrad Hesse, com significados distintos a depender da cultura e estilo de governo de cada país.

Em seu livro sobre direito à saúde e ativismo judicial, Denise dos Santos Vasconcelos, reconhece o desenvolvimento da sociedade como mola propulsora para o reconhecimento dos direitos fundamentais:

Podemos afirmar que os direitos fundamentais refletem o desenvolvimento político, econômico, social, cultural etc. de um determinado momento histórico em que aquele Estado ao positivizar aqueles direitos fundamentais determina os direitos indispensáveis para a dignidade da pessoa humana.⁵

Assim, parece natural que um país que ascende em suas concepções políticas e que paralelamente obtém um desenvolvimento econômico, aumente o seu rol de Direitos tidos como fundamentais.

⁴HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24 – 25.

⁵SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 24.

Para boa parte da doutrina o Título II da Carta Magna é o cerne da Constituição. Na visão de Paulo Groff, os direitos fundamentais estão no centro da Constituição:

A Constituição brasileira de 1988 colocou no seu centro os direitos fundamentais. A própria localização topográfica do catálogo dos direitos fundamentais, no início do texto constitucional (TítuloII), demonstra a intenção do constituinte em lhe dar grande importância. Além disso, já no preâmbulo e depois do Título I, é possível constatar o acento forte dado aos direitos fundamentais. Podemos dizer que, além de os princípios fundamentais da Constituição, eles se encontram presentes de uma forma direta ou indireta em todo o corpo da Constituição.⁶

Não sendo diferente a posição da doutrina de Paulo Gonet, sobre a relevância dos direitos fundamentais na Constituição cidadã:

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembleia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Esse objetivo há de erigir-se como pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição.

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.⁷

Isto posto, é possível vislumbrar que o constituinte originário conferiu um grau maior de significância para os direitos fundamentais. Tal afirmativa pode ser corroborada com a leitura do § 1º do artigo 5º da Constituição Cidadã, que assim proclama: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ora, não só colocou as normas fundamentais em um patamar mais alto no texto constitucional, como assim fez constar no próprio texto da Lei o caráter de sua eficácia, qual seja, imediata.

Não é difícil imaginar que o imediatismo da eficácia dos direitos fundamentais, vontade soberana da população, deveria ser, desde então, o objetivo do Estado brasileiro

⁶GROFF, Paulo Vargas. **Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 mar.2017.

⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.136.

manifestado e implementado por meio de ações positivas de políticas públicas via Poderes Executivo e Legislativo.

Embora os Poderes Executivo e Legislativo assumam papel de protagonistas na implementação e efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário não se desonera da responsabilidade de se concretizar o texto constitucional.

Em seu livro *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, Gilmar Ferreira Mendes, ensina que os direitos fundamentais previstos na Constituição acendem uma vinculação aos Poderes Públicos, que devem atuar em conformidade afim de promover-lhes:

Vinculação do Poder legislativo: A vinculação da atividade legislativa é essencial não só para a proteção dos direitos fundamentais como também para a concretização destes em inúmeras hipóteses.

Outra consequência clara da vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais refere-se ao reconhecimento de que o legislador não só deve respeitar estritamente os limites estabelecidos para a Constituição, no caso de imposição de restrições a direitos, como também está compelido a editar as normas indispensáveis à concretização de inúmeros direitos fundamentais.

Vinculação do Poder Executivo: Não se questiona que os direitos fundamentais vinculam os órgãos do Executivo no exercício de qualquer atividade pública, aqui contemplados os órgãos da Administração direta e os entes que compõem a administração indireta.

Vinculação do Poder Judiciário: Também indiscutível se afigura a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais. Dessa vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estritamente obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares.⁸

Para Simone Savazzoni, no plano objetivo, os direitos fundamentais assumem uma dimensão institucional, a partir da qual se verifica que o seu conteúdo deve ser observado para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados⁹. Na visão da autora, os objetivos idealizados pelo constituinte geram obrigações dos Poderes da República frente aos direitos fundamentais.

⁸MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EBB). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118 – 120.

⁹SAVAZZONI, Simone de Alcântara. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/990895/eficacia-dos-direitos-fundamentais-simone-de-alcantara-savazzoni>. Acesso em: 28 mar. 2017.

É possível observar que a busca pela realização e efetividade dos direitos fundamentais é um mandamento que se estende para todos os Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, cada Poder atuando em competências distintas, mas com o mesmo objetivo, qual seja, garantir a efetividade dos direitos proclamados como fundamentais.

Desse modo, a atividade legislativa se vincula aos direitos fundamentais ao passo que o legislador, em sua atividade de criação normativa e na condição de primeiro intérprete da Constituição, é obrigado a respeitar os limites estabelecidos pela Carta Política.

Em relação ao Executivo, a atividade pública dos órgãos integrantes da Administração, direta ou indireta, está vinculada e deve observância aos direitos fundamentais que ocorre por meio de implementação de políticas públicas.

No tocante ao Judiciário, não só o dever de guardar estrita observância e obediência aos direitos fundamentais em sua atividade julgadora, mas, também, o de assegurar a efetiva aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais e verticais.

1.1 Direitos sociais como direitos fundamentais

Ao se fazer uma leitura rápida da Constituição Federal de 1988, a ideia primária que se tem é de que somente ostentam o caráter de direitos fundamentais os direitos constantes no artigo 5º, da referida norma fundamental, o que não é verdade.

Embora não tenha utilizado a melhor técnica legislativa, a vontade do constituinte originário é de equiparação entre direitos fundamentais e direitos sociais. Essa ideia de igualar os direitos fundamentais e sociais, não é diferente na posição da doutrina especializada.

Gilmar Ferreira Mendes, em sua doutrina, classifica os direitos sociais como um tipo de direito fundamental com um viés de proteção aos indivíduos:

Há várias formas de classificar os direitos fundamentais. De fato, nesse campo, as variações taxonômicas são múltiplas. Entretanto, os direitos à organização e ao procedimento são normalmente considerados como uma espécie dos direitos de prestação em sentido amplo. Já os direitos sociais, que também podem ser chamados de direitos de prestação em sentido estrito, são uma outra espécie de direitos de prestação em sentido amplo.

Em ambos os casos, cuida-se de um tipo de direito fundamental em que os pressupostos fático-materiais são particularmente relevantes para o exercício pleno desse respectivo direito.¹⁰

De forma ainda mais clara, Gilmar Mendes, em seu livro *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, fala sobre os direitos sociais como direitos fundamentais:

Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestação de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.¹¹

Em seu livro *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, Andreas Krell, adota a equiparação de direitos sociais como direitos fundamentais. Para o autor, os direitos sociais estão longe de formar um grupo homogêneo no que diz respeito a conteúdo e posituação:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais.¹²

No mesmo sentido, Ingo Sarlet em sua doutrina também defende a um regime jurídico único para os direitos fundamentais e sociais:

Os direitos sociais são direitos fundamentais, estando, em princípio, sujeitos ao mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais (ainda que não necessariamente de modo igual quanto ao detalhe e em alguns casos), é preciso, numa primeira aproximação, destacar que o elenco dos direitos sociais (termo que aqui é utilizado como gênero) não se resume ao rol enunciado no art. 6º da CF, abrangendo também, nos termos do art. 5º, §2º, da CF, direitos e garantias de caráter implícito, bem como direitos positivados em outras partes do texto constitucional (portanto, fora do Título II) e ainda direitos previstos em tratados internacionais.¹³

No direito comparado também é possível observar a equiparação entre direitos sociais e direitos fundamentais. Seguem as lições de Konrad Hesse:

¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 627.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EBB). São Paul: Saraiva, 2012, p. 483.

¹²KRELL, Andreas Joachim. **Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

¹³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 565.

Não é, por isso, casual que o debate mais recente tenha por objeto o significado e a possível eficácia dos direitos sociais fundamentais, entendidos como garantia das bases em que se assenta a existência individual. Algumas constituições dos *Länder* ocidentais incorporaram direitos fundamentais sociais.¹⁴

Por conseguinte, não restam dúvidas sobre a elevação dos direitos sociais ao *status* de direitos fundamentais, ainda que existisse alguma corrente doutrinária que advogasse em sentido oposto, conforme narrativa de José Afonso da Silva:

Certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos políticos e do direito a nacionalidade. São direitos fundamentais do homem-social, e até “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades.”¹⁵

Esclarecida a relação direta entre direitos fundamentais e direitos sociais, para fins didáticos, no presente trabalho é possível referir a direitos fundamentais ou direitos sociais, ambos no mesmo contexto.

1.2 Direitos sociais

Os direitos sociais constituem a chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais e objetivam possibilitar melhores condições de vida aos homens e mulheres, assegurando o atendimento efetivo do princípio da igualdade.

Pertencendo à segunda geração dos direitos, os direitos sociais, que estão ligados ao valor da igualdade material, uma vez que a igualdade formal, também denominada igualdade perante a lei ou igualdade jurídica, que consiste no tratamento equânime atribuído pela lei aos indivíduos, independentemente de raça, cor, sexo, credo ou etnia, já havia sido consagrada na primeira geração.

De forma didática, Alessandro Santos de Miranda, conceitua e demonstra o significado dos direitos sociais:

Os direitos sociais são direitos que, sem negar a validade dos direitos da primeira geração, vinculam-se ao segundo termo do tríptico da Revolução

¹⁴HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

¹⁵SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151.

Francesa de 1789: *égalité*. Pretendem superar a noção de igualdade meramente formal e fictícia preconizada pela concepção liberal por intermédio da afirmação da igualdade real. Surgem como produto da questão social, típica dos países industrializados europeus no século XIX.

O empobrecimento de grandes massas da população, principalmente nas concentrações urbanas, determinou a necessidade de intervenção estatal com o objetivo de diminuir os graves desajustes sociais que ameaçavam a própria estabilidade do regime capitalista.¹⁶

Agora, trata-se de uma igualdade material, conhecida também como igualdade real ou substancial, a qual tem por finalidade a equiparação, ou seja, criar formas de igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais.

Em seu livro, Alessandro Santos de Miranda, também explica o motivo da nomenclatura de direitos social, fazendo ainda uma relação com o direito comparado, no caso, Constituição da Espanha:

São chamados direitos sociais porque não concebem a pessoa como ser humano único (concepção abstrata), mas sim como o indivíduo que se relaciona com o grupo em que convive (concepção concreta). São os direitos pertinentes à gama de relações sociais formada pela pessoa no meio em que atua como trabalhador, membro de comunidades, participante de coletividade, entre outros, sem as quais não poderia desenvolver suas potencialidades nem desfrutar dos bens econômicos, sociais e culturais a que aspira. Desta forma, são os direitos relacionados, por exemplo, no art. 6º (e outros a ele correlacionados) da Constituição Brasileira de 1988, assim como nos arts. 17,18,27,33,35,39 ao 52 da Constituição Espanhola de 1978: a educação (inclusive a sanitária, física e desportiva); a saúde (preventiva e curativa); a alimentação; o trabalho e o pleno emprego (inclusive a reabilitação profissional); o ócio; a cultura; a moradia; o meio ambiente; a segurança; a proteção à maternidade, à infância, à juventude, à terceira idade e à família; a previdência social; a assistência aos desamparados (inclusive os deficientes físicos, sensoriais e psíquicos), entre outros. Estes direitos resultam da sociabilidade do ser humano e têm em vista objetivos de promoção do bem-estar, da comunicação e da cultura.¹⁷

Em sede de direitos sociais, a polo ativo da relação entre indivíduo-Estado, é ocupado por este, que tem o dever de atuar positivamente em prol de viabilizar a sociedade o gozo dos direitos de segunda dimensão.

A chegada das Constituições de caráter social foi representada por uma evolução na forma de se pensar, para José Carlos Vasconcelos, nesse período houve um avanço dos conceitos socialistas:

¹⁶MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais**: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013. p. 52.

¹⁷Ibidem, p. 53

Resumidamente, pode-se dizer que a tensão entre burguesia e proletariado e o avanço das ideias socialistas, que acabaram desaguando na Revolução Russa de 1917, formaram o pano de fundo do cenário em que surgiu o constitucionalismo social. Foi então que ocorreu, nos quadros do Ocidente, uma profunda transformação: a positivação, no corpo das novas Constituições, dos direitos sociais e das normas programáticas, visando a tornar o político e o social também jurídico.¹⁸

Em sua obra, *As normas constitucionais programáticas e o controle do estado*, José Carlos Vasconcelos reconhece também a importância dos discursos filosóficos como fonte de colaboração para o novo modelo de Constituição:

A positivação dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, para além dos direitos meramente individuais da pessoa, foi produto também de um amplo movimento intelectual de profundas bases filosóficas, que remontam aos escritos de Aristóteles, Sócrates e Platão, ainda na Grécia antiga, sobre a amizade e a cooperação como inseparáveis da dimensão política do ser humano, passando ainda por trechos da *Ilíada*, de Homero, até a afirmação, pelo Cristianismo primitivo, da fraternidade como valor social, revestido de aspectos religiosos.¹⁹

Na visão de Vasconcelos, esses pensamentos filosóficos foram inspirações de muitas doutrinas e manifestações intelectuais e artísticas ao longo da história humana. As obras de Sócrates, Platão e Aristóteles, serviram de base para toda a Filosofia.

Na prática, ou melhor, na Constituição, os direitos sociais somente foram positivados em nível constitucional no início do século XX, conforme leciona Andreas Krell:

Depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os Direitos da “segunda geração” surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934).²⁰

Nas lições de Fábio Konder Comparato, as conquistas dos direitos sociais são reflexos dos movimentos socialistas, recebendo *status* constitucionais nas Cartas Políticas do México e Alemanha:

A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a

¹⁸ IREIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 17.

¹⁹ *Ibidem*, p. 18.

²⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 19.

ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX.²¹

José Carlos Vasconcelos, também remonta em seu livro a chegada dos novos ideais nas Constituições do século XX, apontando as inovações recepcionadas pelas Constituições do México e de Weimar:

Duas Constituições do mundo ocidental destacaram-se, nessa época, pela recepção das novas tendências: a Constituição do México, de 1917, oriunda da Revolução Mexicana, e a Constituição da República Alemã, de 1919, a célebre “Constituição de Weimar”, promulgada pouco depois da explosão revolucionária que se seguiu à derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, à abdicação do Kaiser Guilherme II e à supressão da Monarquia.

O famoso e extenso artigo 27 da Constituição mexicana, por exemplo, operou verdadeira reviravolta no regimento da propriedade, que passou a experimentar a prevalência do interesse público. A nacionalização dos bens da Igreja e as normas referentes à reforma agrária e à definição da pequena e da grande propriedade, tudo isso dilatou o campo de incidência da Constituição, para além da formulação individualista dos direitos fundamentais.

A Constituição de Weimar recebeu a ordenação técnica de Hugo Preuss, convertendo-se em paradigma das Constituições do primeiro pós-guerra e marco que separa duas eras: a do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do século XX, em que se insere, inclusive a Constituição brasileira de 1934.²²

Em sede de direitos sociais, a doutrina, de forma pacífica, reconhece que fala-se de poderes de exigir, conhecidos também, como direitos de crédito. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Há, sem dúvida, direitos sociais que são antes poderes de agir. É o caso do direito ao lazer. Mas assim mesmo quando a eles se referem, as Constituições tendem a encará-los pelo prisma do dever do Estado, portanto, como poderes de exigir prestação concreta por parte deste.²³

Semelhante é a definição feita por André Ramos Tavares que conceitua direitos sociais como direitos de atuação positiva:

que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por

²¹COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

²²REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

²³FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.²⁴

No livro *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, Gilmar Ferreira Mendes também fala sobre a providência Estatal frente aos direitos sociais:

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento, que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vista à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.²⁵

No mesmo sentido, agora citando o jurista alemão Krebs, em capítulo dedicado aos direitos sociais, Gilmar Mendes fala sobre o direito às prestações positivas:

Como ressaltado, a visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (abwehrrecht) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Krebs, não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (freiheit von...), mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (freiheitsdurch...).

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vira ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão por parte do Estado.²⁶

De fato, os direitos sociais exigem a intermediação dos entes estatais para sua concretização, consideram o homem para além de sua condição individualista, e guardam íntima relação com o cidadão e a sociedade, porquanto abrangem a pessoa humana na perspectiva de que ela necessita de condições mínimas de subsistência. Assim, o Estado passa de mero espectador, direitos de primeira geração, para assumir o papel de protagonista dos direitos de segunda geração.

Em relação ao protagonismo do Estado, na teoria dos quatro *status* de Jellinek, estaríamos diante do *status* positivo, conforme Paulo Gustavo Gonet Branco:

Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a

²⁴TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p, 837.

²⁵MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EBB). São Paulo: Saraiva, 2012. P, 464.

²⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 635.

capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo (*status civitatis*).²⁷

Segundo Paulo Gonet o *status* positivo, também conhecido como direito de prestação, estabelece o objetivo do Estado, um olhar para o futuro:

Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o *status quo* do indivíduo, os direitos de prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade.

Os direitos de defesa, conforme a própria denominação os designa, oferecem proteção ao indivíduo contra uma ação, apreciada como imprópria, do Estado. Já os direitos a prestação partem do pressuposto de que o estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma “igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política. São direitos que se realizam por intermédio do Estado”.²⁸

Em relação aos direitos devidos pelo Estado em favor do cidadão, eles compreendem o objetivo do Estado social, qual seja, diminuir as desigualdades, os direitos são ofertados na forma de prestações materiais. Essas prestações se materializam na forma dos direitos sociais:

Os chamados direitos a prestações materiais recebem o rótulo de direitos a prestação em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviços).²⁹

No campo da teoria, já resta pacificado o dever do Estado em atuar de forma ativa frente a atenuar circunstâncias de desigualdade entre os homens, que, em regra, é promovida pela prestação dos direitos sociais. Ao passo, que o que surge ao horizonte é a real efetivação desses direitos, que buscam minimizar a desigualdade, por parte do Estado. Bobbio, em seu livro intitulado *A era dos direitos*, já demonstrava preocupação entre a teoria e prática:

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas,

²⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 157.

²⁸Ibidem, p. 159.

²⁹Ibidem, p. 161.

mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”).³⁰

A efetividade dos direitos sociais continua a ser uma preocupação da doutrina. Andreas Krell, em sua obra *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, a qual faz uma análise crítica da aplicação do direito comparado, defende que a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.³¹

1.3 Direito à saúde

No Brasil a primeira referência aos direitos sociais foi inserida na Constituição de 1934, a qual recebeu influências do direito comparado, de forma que a primeira Constituição brasileira, de 1824, em nada contribuiu para os direitos sociais.

Em seu livro, *Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais*, Alessandro de Miranda faz um contexto histórico da evolução da positivação em sede Constitucional dos direitos de segunda geração, passando pelas constituições de 1934 a 1969:

A primeira menção aos direitos sociais foi levada a cabo no título sobre a ordem econômica e social da Constituição de 1934, na qual se observa uma clara influência da Constituição de Weimar, como se observa...

Essa Constituição foi o marco em que se começou a tratar dos direitos sociais, e foi fruto do constitucionalismo social, segundo o qual as cartas máximas passaram a cuidar do homem social ao lado do homem político, ajustando limites à autonomia da vontade dos indivíduos e consagrando os interesses do homem enquanto ser humano.

A Carta de 1937 estabeleceu oficialmente no Brasil o corporativismo, fortalecendo o Estado Nacional e a submissão de todas as partes aos interesses da nação. Neste modelo, estabeleceu-se a negação dos conflitos entre trabalhadores e empregadores, pois todos deveriam buscar o mesmo objetivo, qual fora, o fortalecimento do Estado, registrando-se que o aludido corporativismo restringiu-se ao campo da economia. Já as Constituições de 1967 e a Emenda de 1969 não mudaram muito com respeito aos direitos sociais. Nas Constituições de 1934 até 1969 os direitos sociais sempre foram sancionados sob o título da “Ordem Econômica e Social”, como para propagar uma subordinação do social ao econômico.³²

³⁰BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 67.

³¹KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 23.

³²MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais**: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013, p. 59.

Somente em 1988, com o advento da Constituição Cidadã, é que houve a emancipação dos direitos sociais. O constituinte originário reservou um capítulo próprio para os direitos sociais, dentro do título dedicado aos direitos fundamentais, juntamente com os direitos individuais e coletivos.

Nas Constituições anteriores, sempre houve uma vinculação entre ordem econômica e direitos sociais. Esse panorama mudou na carta política de 1988, conforme Miranda, os direitos sociais receberam do constituinte originário um tratamento único, diferenciado:

Acerca desta troca topográfica dos direitos sociais dentro da Constituição e seus efeitos, Copatti ensina que diferentemente de todas as Constituições anteriores, as quais encerravam uma certa harmonia valorativa e axiológica liberal-individualista, a Constituição de 1988 declarou formalmente como de relevância constitucional uma série inédita de bens e valores até então nunca previstos como tal.³³

Nos termos da Carta Magna, 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, conforme a redação atual do artigo 6º.³⁴

Em relação ao direito à saúde, a Constituição de 1988 é a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde, seu *status* de direito fundamental é adquirido pela posição topográfica em que se encontra sua previsão legal no artigo 6º, sendo que mais adiante, no artigo 196, encontra-se a dimensão que o constituinte conferiu ao direito fundamental à saúde. *In verbis*:

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.³⁵

Gilmar Mendes, no referido artigo da Constituição, identificou 6 (seis) âmbitos de proteção, ou seja, bens jurídicos que devem ser protegidos e não podem ter seu núcleo essencial esvaziado. Vejamos o que diz o Gilmar Mendes sobre cada um deles:

(1) direito de todos:

³³Ibidem, p. 60.

³⁴Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015.

³⁵Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

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

(2) dever do estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas.

(4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos:

Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas na área da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo art. 198, II, da Constituição.

(5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário:

O constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.

(6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.³⁶

No entanto, apesar das disposições constitucionais expressas, um tratamento diferenciado conferido pelo constituinte originário e transcorridas quase três décadas da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida pelos constitucionalistas com a Constituição Cidadã, os direitos sociais fundamentais, em especial o direito à saúde, permanecem sendo tratados pela maioria dos membros dos poderes públicos como simples normas programáticas de intenções, em uma espera eterna da sociedade pela sua efetiva aplicação.

³⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. P, 643 - 644.

2 EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

Como visto no primeiro capítulo, as atividades dos três Poderes da República estão vinculadas aos direitos fundamentais e sociais

A atividade legislativa é vinculada aos direitos fundamentais à medida que o legislador é obrigado a respeitar os limites estabelecidos pela Constituição, no caso de imposição de

restrições a direitos, assim como para editar normas indispensáveis à concretização dos direitos fundamentais.

Em relação ao Executivo, os direitos fundamentais vinculam os órgãos do Executivo, integrantes da Administração direta e indireta, no exercício de toda atividade pública.

E quanto ao Judiciário, tem o dever de assegurar a efetiva aplicação dos direitos fundamentais, como, também, guardar e zelar pela aplicação dos direitos fundamentais de caráter judicial.

Frente à vinculação dos Poderes ao objetivo de se promover o deleite dos direitos fundamentais, tem-se as teorias das eficácias jurídicas das normas constitucionais, que de forma simples, pode-se entender como a capacidade de uma norma jurídica, no caso norma constitucional, produzir seus efeitos esperados.

Nosso primeiro conceito de classificação no tocante à eficácia de uma norma constitucional, veio do direito comparado por meio do jurista Ruy Barbosa, conforme leciona Andreas Krell:

Foi Rui Barbosa quem introduziu no Brasil, inspirado no sistema norte-americano, o conceito das normas constitucionais “autoaplicáveis” (self-executing) e “não autoaplicáveis” (not self-executing).³⁷

Assim, Ruy Barbosa estabeleceu a primeira classificação das normas constitucionais, fazendo uma distinção entre normas aptas a gerar efeitos sem depender de qualquer ação legislativa, e normas que dependem de uma atividade do legislador para que possam produzir seus efeitos.

Ruy Barbosa como estudioso do modelo de Direito norte-americano, inspirou-se em grande medida na doutrina e nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, a discussão sobre a eficácia das normas fundamentais teve início com a Constituição de 1891, e a tese de Ruy Barbosa prevaleceu até os anos 1960:

³⁷KRELL, Andreas Joachim. **Diretos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 37.

O tema da eficácia das normas constitucionais tem ocupado lugar de destaque na doutrina brasileira, de modo especial a partir da Constituição de 1981. Desde então, pode-se afirmar que, ao menos até a década de 1960, prevaleceu (e não apenas no que diz com a eficácia das normas constitucionais) o entendimento adotado e difundido por Ruy Barbosa, um dos idealizadores da ordem constitucional republicana.³⁸

Para Ruy Barbosa, a partir da leitura da norma é que se torna possível fazer a verificação da possibilidade de a norma produzir seus efeitos jurídicos:

Há que ressaltar, ainda, que Ruy Barbosa – no âmbito de sua teoria sobre as normas constitucionais – reconheceu que é com base na formulação da norma, isto é, da expressão literal de seu enunciado e de seu conteúdo, que se logrará perceber se determinado preceito constitucional é dirigido ao Legislativo ou se pode ser objeto de aplicação pelo Judiciário, o que, em última análise, depende da circunstância de a norma exigir (ou não) uma concretização em nível legislativo, de acordo com a sua possibilidade, por si só, de gerar efeitos jurídicos ou do fato de conter apenas princípios de cunho genérico.³⁹

Essa distinção em dois modelos de normas constitucionais e a espiração do Direito norte-americano, que marca a doutrina de Ruy Barbosa, ficam mais claras em outra passagem do Curso de Direito Constitucional de Ingo Sarlet:

Citando posição da Suprema Corte norte-americana, Ruy Barbosa sustenta que “uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime”. Já no que concerne às normas não autoaplicáveis (ou não auto executáveis), Ruy Barbosa, aqui também valendo-se das lições do mesmo George Tucker, salienta que muitas normas constitucionais requerem uma ação do legislador para tornar efetivos os seus preceitos, visto que “não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem”.⁴⁰

Dessa forma, a conclusão que se tem da leitura da teoria apresentada por Ruy Barbosa é que deve-se observar a norma constitucional com o objetivo de se verificar a completude da norma, se ela já é passível de ser invocada, fazendo incidir no caso concreto, ou se a norma constitucional está dependente de uma atuação legislativa.

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

³⁹Ibidem, p. 175.

⁴⁰Ibidem, p. 175.

Ponto importante a ser esclarecido e contextualizado é o período em que Ruy Barbosa escreveu sua doutrina sobre eficácia das normas constitucionais, onde ainda predominava o autoritarismo é o arbítrio político. Hoje em dia, em um Estado democrático de direito, não é mais aceitável que o cidadão tenha seus direitos censurados em virtude da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Considerado como um dos principais juristas brasileiro, Pontes de Miranda, também apresentou uma classificação para a eficácia das normas constitucionais:

Neste sentido, Pontes de Miranda, cuja terminologia apresenta o mérito de ressaltar com maior precisão o critério com base na qual pauta a distinção entre as normas no que concerne à sua eficácia e aplicabilidade, também sustentava a classificação das normas em dois grupos, dependendo de seu grau de completude, notadamente, as normas bastantes em si mesmas, que independem de concretização legislativa para alcançarem sua plena eficácia, bem como de normas incompletas, isto é, não bastante em si mesmas e que, por este motivo, reclamam atuação do poder legislativo infraconstitucional.⁴¹

A classificação apresentada por Pontes foi contemporânea a teoria apresentada por Ruy Barbosa. Conforme relata Ingo Wolfgang Sarlet, as teorias partiam de Constituições em momentos diferentes, com objetivos distintos e pressupostos teóricos distintos:

Cumprе salientar que, diversamente de Ruy Barbosa, Pontes de Miranda (que já formulou sua teorização sob a égide da Constituição de 1934, de forte conteúdo social) parte do pressuposto da existência de normas constitucionais programáticas, que constituem expressão do fracasso do modelo liberal de Estado, reconhecendo, contudo, que tais normas (praticamente não disponíveis no constitucionalismo liberal no qual se estabeleceu Ruy Barbosa) possuem alguma (ainda que limitada) carga vinculativa, no sentido de implicarem o cerceamento da atividade do legislador, que não pode contrariar o programa estabelecido pela Constituição.⁴²

A teoria de Pontes de Miranda iniciou uma reflexão sobre a classificação de inspiração norte-americana importada por Ruy Barbosa, abrindo caminho para o desenvolvimento de uma nova doutrina de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais:

Com efeito, a teoria de Ruy Barbosa, em que pese sua inegável importância, passou a ser objeto de acirrada crítica, especialmente pelo fato de não mais corresponder ao modelo preponderante no âmbito de nossa doutrina, além de ser em boa parte incompatível com o direito constitucional positivo brasileiro, pelo menos desde a Constituição de 1934, de cunho notadamente

⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 176.

⁴²Ibidem, p. 177.

social, e que teve como uma de suas fontes de inspiração a Constituição de alemã de 1919, a famosa Constituição de Weimar.⁴³

Nesse segundo momento de discursão sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais houve uma evolução frente à concepção de que a maioria das normas constitucionais não possuía carga de aplicabilidade e dependiam diretamente do legislador infraconstitucional. A doutrina de Pontes de Miranda passa a reconhecer que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e são capazes de ser aplicadas em alguma medida, mesmo que seja indiretamente.

Posteriormente à classificação de Pontes, surgiram diversas concepções doutrinárias que contribuíram para a reformulação da doutrina brasileira em relação a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, cita-se doutrinadores como Meireles Teixeira, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Britto, Maria Helena de Diniz, Celso Antônio Bandeira de Melo e Luís Roberto Barroso.

Dentre as variadas teses doutrinárias, a sistematização feita por José Afonso da Silva, teoria tricotômica da eficácia das normas constitucionais, foi a que teve a maior aceitação. Essa classificação foi esculpida em sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

Na doutrina de José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos, quais sejam: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Segue abaixo cada uma delas nas lições de seu idealizador.

Normas constitucionais de eficácia Plena:

Quanto à natureza, contudo, bem se compreenderá que só ficará definitivamente fixada após examinarmos as normas constitucionais de eficácia contida e de eficácia limitada. Mas podemos adiantar que estabelecem condutas jurídicas positivas ou negativas com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua

⁴³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 177.

executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.⁴⁴

Assim sendo, pode-se entender que as normas constitucionais de eficácia plena possuem condições de aplicabilidade imediata e se caracterizam por produzirem efeitos desde o início de sua vigência sem a necessidade de edição de lei infraconstitucional posterior para sua aplicação, outra característica das normas plenas é que não se admite a edição de lei infraconstitucional que imponha qualquer tipo de restrição à norma constitucional.

Normas constitucionais de eficácia Contida:

Têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do Poder Público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas.

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo).⁴⁵

Em relação às normas constitucionais de eficácia contida, percebe-se em primeiro momento, que se assemelham as normas de eficácia plena na medida em que produzem efeitos desde o início de sua vigência, também possuindo condição de aplicabilidade imediata, apesar disso, diferentemente das normas de eficácia plena, as normas constitucionais classificadas como contidas, podem ter seus alcances reduzidos por outra norma constitucional ou ainda por uma norma infraconstitucional futura.

Por fim, tem-se as normas constitucionais de eficácia Limitada, elas são divididas em duas categorias, a primeira de normas constitucionais de princípios institutivos e a segunda

⁴⁴SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 101.

⁴⁵Ibidem, p. 116.

são as normas programáticas. As normas constitucionais de princípios institutivos, como as programáticas, são de eficácia jurídica limitada⁴⁶.

No que se refere às normas constitucionais de eficácia limitada e sua pertinência temática em relação aos direitos sociais, segue um tópico especial para o seu estudo.

2.1 Normas de eficácia limitada

Conforme estudado no item anterior, as normas constitucionais, de acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, são classificadas em três grupos, normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e por fim, normas de eficácia limitada.

As normas classificadas como de eficácia limitada, possuem uma subdivisão, sendo as normas de princípio institutivo e as normas programáticas.

Importante são as lições de José Afonso da Silva sobre cada uma das ramificações das normas constitucionais de eficácia limitada.

As normas constitucionais de princípios institutivos ou organizativo contêm apenas comandos de estruturação geral da instituição de determinado órgão, entidade ou instituição, de forma que a efetiva criação, organização ou estruturação, por expressa disposição constitucional, deve ser feita por normas infraconstitucionais:

São de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Não são, todavia, destituídas de aplicabilidade, como querem aqueles que as chamam de normas de eficácia ou aplicabilidade diferida, como a pretender que nada significam enquanto o legislador não emitir regras jurídicas que as complementem.

A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.⁴⁷

José Afonso faz questão de deixar claro em sua teoria que ainda que a norma constitucional seja classificada como de eficácia limitada, ela é apta para produzir algum tipo de efeito jurídico, não sendo em sua totalidade dependente do legislador infraconstitucional:

Pelo que deixamos exposto, podemos asseverar que elas são aplicáveis, independentemente da lei previstas, enquanto possam, o que se percebe pela

⁴⁶SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126.

⁴⁷Ibidem, p. 123.

configuração de elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa. Esta, no caso, vale como instrumento de sua executoriedade. Convém, contudo, afastar uma possível confusão que esse fenômeno pode gerar: a lei é mero instrumento subordinado; a norma constitucional, ainda que revele simples esquema, continua a ter sua característica básica de regra jurídica dotada de supremacia hierárquica.

As normas constitucionais em tela são de aplicabilidade imediata no que tange à legislação anterior, inclusive em relação a norma da constituição preexistente, bem como em relação à legislação futura, que a elas tem que se conformar.⁴⁸

Dessa forma, as normas de princípio institutivo podem ser entendidas como normas que contêm a estrutura de órgão, instituições ou entidades com a finalidade de demonstrar para o legislador qual é o direcionamento que ele deve seguir, demonstrando, ainda, o que o legislador não pode contrariar, no caso, as diretrizes esculpidas nas normas de princípio institutivo.

Em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático, entende-se como normas constitucionais que estabelecem programas a serem implementados pelo Estado, objetivando a realização dos direitos sociais:

I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômicos-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e a tecnologia.

II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.

III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhe constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos, como teremos oportunidade de mostrar.⁴⁹

De acordo com as lições da doutrina de José Afonso, é possível compreender que as normas tidas como programáticas disciplinam matérias de caráter econômico-sociais, que dependem de conduta ativa por parte do Estado, seja na elaboração de leis ou na implementação de políticas públicas, e por fim, não estão aptas a gerar por completo os seus efeitos, possuindo eficácia reduzida.

⁴⁸SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 135.

⁴⁹Ibidem, p. 150 - 151.

Na visão de José Afonso da Silva, a relevância hodierna do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais manifesta-se mais acentuadamente na sua consideração em relação às chamadas normas programáticas⁵⁰. O autor destaca três razões para defender sua afirmativa de maior relevância no tocante ao estudo das normas programáticas:

Uma é que ainda se ouve em relação à Constituição de 1988 que ela está repleta de normas de intenção, como se jurídicas e imperativas não fossem. Outra é que tais normas traduzem os elementos socio-ideológicos da Constituição, onde se acham os direitos sociais, tomada, aqui, a expressão direitos sociais num sentido abrangente também dos econômicos e culturais. Uma terceira razão, talvez de maior importância, é que indicam os fins e objetivos do Estado, o que importa definir o sentido geral da ordem jurídica.⁵¹

Destaca-se a relevância das normas tidas como programáticas, pois elas representam o compromisso do Estado social democrático de direito em manter o liberalismo capitalista em harmonia com o intervencionismo social. O que é perfeitamente possível, basta que o Estado utilize a dosagem correta de cada um dos modelos.

As normas programáticas são tidas como um objetivo a ser alcançado, nas lições de José Afonso da Silva, revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares da justiça social⁵², buscando por tanto um objetivo dos novos tempos, a valorização do homem juntamente com a elevação dos direitos humanos contra as injustiças do modelo puramente capitalista:

As normas programáticas, introduzidas na Constituição como resultado do conflito de interesses, importam, ou menos, uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.⁵³

De acordo com a teoria adotada para a interpretação do texto constitucional de 1988, as normas de conteúdos sociais estabelecem um direcionamento para os Poderes constituídos, passando um direcionamento e o objetivo que o Estado deve alcançar nos termos estabelecidos pelo constituinte. Nesse contexto, a programaticidade dos direitos sociais pode ser entendida na forma de comandos legais, esculpidos no texto da Carta Política, que

⁵⁰SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138.

⁵¹Ibidem, p. 140 - 141.

⁵²Ibidem, p. 145.

⁵³Ibidem, p. 156.

estabelecem o escopo para o Estado frente aos direitos prestacionais em favor do cidadão e da coletividade.

Ocorre que as normas programáticas não são totalmente desprovidas de eficácia jurídica, em alguma medida já estão aptas a produzirem efeitos, mesmo que não sejam os efeitos mais desejados pela sociedade. José Afonso da Silva, em sua doutrina, ressalta a importância das normas constitucionais programáticas:

Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências sócio-culturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente. Ora, conjugada essa ideia com os fundamentos da interpretação indicados por Recaséns Siches, acima transcritos, vê-se que elas se manifestam exatamente como aqueles critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição, como todo intérprete e aplicador do direito subjetivo.⁵⁴

Nesse diapasão, ainda que desprovida de maior efetividade, as normas constitucionais proclamadoras de direitos de segunda geração carregam efetividade para orientar o aplicador do direito diante dos casos concretos, não podendo, por tanto, o julgador se afastar dos objetivos, estabelecidos na Carta Política, em relação à direção que o Estado deve seguir.

Ainda em relação à eficácia imediata das normas constitucionais programáticas, José Afonso da Silva, citando o jurista italiano Balladore Pallieri, aponta para o controle de constitucionalidade das leis frente às diretrizes das normas proclamadas como objetivo a ser alcançado pelo Estado:

Do que expusemos nos parágrafos anteriores, fácil é extrair outro efeito notabilíssimo das normas constitucionais programáticas, como exprime Balladore Pallieri, que conclui: Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constringer, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não ser a seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás.⁵⁵

Assim, percebe-se que as normas constitucionais de direitos sociais, ainda que dependam de atitudes positivas dos Poderes Executivo e Legislativo, não estão fadadas a mera projeção para o futuro, estando aptas a produzir efeitos jurídicos, mesmo que não sejam os

⁵⁴SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138.

⁵⁵Ibidem, p. 158.

efeitos esperados pela sociedade, qual seja, a efetiva concretização do texto constitucional de 1988.

2.2 Eficácia do direito à saúde

Frente ao constitucionalismo dos direitos sociais e o entendimento que sua positivação significa diretrizes que o Estado deve buscar, ou seja, um olhar para o futuro, Norberto Bobbio demonstra sua preocupação com a baixa efetividade desses direitos, em sua obra *A era dos direitos*, apresenta a distância entre proclamação de direitos e sua real efetividade,

Nada impede que se use o mesmo termo para indicar direitos apenas proclamados numa declaração, até mesmo solene, e direitos efetivamente protegidos num ordenamento jurídico inspirado nos princípios do constitucionalismo, onde haja juízes imparciais e várias formas de poder executivo das decisões dos juízes. Mas entre uns e outros há uma bela diferença! Já a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel.⁵⁶

Em seguida o autor fala sobre a incoerência da função dos direitos:

A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem-direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados).⁵⁷

A inquietação que Bobbio apresentava na introdução de sua obra no início dos anos 1990, em relação ao desfrute do direito por parte do cidadão, assume relevância até o presente momento. Em relação ao Brasil, passados quase três décadas de proclamação dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988, os Poderes Executivo e Legislativo, principalmente em relação ao primeiro, não conseguem condições ideais de implementação de forma a tornar tais direitos factíveis, a fim de se atingir o máximo de pessoas possível, estabelecendo entre a sociedade um senso de “verdade constitucional”, a qual, uma vez necessitando de algum

⁵⁶BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 9.

⁵⁷Ibidem, p. 10.

direito de segunda geração o indivíduo ou a sociedade se sinta devidamente amparado pela norma constitucional.

O objetivo deste trabalho não é identificar os motivos que geram a ineficiência do Estado frente à implementação satisfatória dos direitos sociais, nas perspectivas das necessidades individuais e coletivas. O que é sabido, em relação aos direitos sociais é que possuem eficácia insatisfatória, em que os programas de realização das demandas sociais não conseguem atingir por completo a sociedade, e a parcela mais pobre da população brasileira é a que mais percebe em seu cotidiano o peso da baixa efetividade de prestação social por parte do Estado.

Em relação à prestação estatal dos direitos de segunda geração, a criação de meios para a concretude dos direitos sociais, que ocorrem no âmbito das políticas públicas, devem sempre partir de atitudes dos Poderes Executivo e Legislativo, conforme ressalta Iris Catarina Dias Teixeira em sua tese de mestrado, a qual defende o respeito à repartição de competências para a realização de políticas públicas no domínio do direito à saúde. Veja:

Historicamente, como visto, com a concepção de Estado de Direito, coube ao Poder Legislativo – com a efetivação ou especificação mais minudente pelo Poder Executivo – a escolha racional das prioridades das necessidades da coletividade para a consecução do bem estar comum e isto se verifica por meio da definição de políticas públicas em determinado setor, no presente caso, no da saúde.⁵⁸

Logo, cabe aos Poderes, que possuem representatividade popular, a engenharia para implementar os direitos sociais, uma vez que a Constituição conferiu apenas diretrizes que o Estado deve seguir em prol da melhoria da qualidade de vida da coletividade.

De acordo com o entendimento apresentado, as normas constitucionais que instituem os direitos sociais, estão condicionadas a implementações futuras, assumindo assim, o caráter de programaticidade, logo são normas de eficácia limitada, não estando aptas a produzirem seus efeitos mais esperados pela sociedade, qual seja, o deleite de todos os direitos previstos no artigo 6º da Carta Magna de 1988, e, em especial, o direito à saúde.

No que pese à repartição de competências entre os Poderes, na forma estabelecida pela Constituição de 1988, frente a não completude de políticas públicas que garantam o efetivo

⁵⁸TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial**: gerenciamento das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editores, 2015, p. 32.

gozo dos direitos sociais, combinado com o fenômeno de acesso à justiça, o que se mostra nos últimos anos é o aumento de demandas judiciais fundadas em pretensões de reconhecimento e efetivação dos direitos sociais via decisão judicial.

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O termo “ativismo”, hoje bastante difundido no ramo do Direito, não nasceu de uma relação judicial; ele foi utilizado em um veículo de notícia voltado para o público em geral. No veículo em que o termo foi lançado, não se pretendia alcançar uma classe determinada, como, por exemplo, a classe dos juristas. Roberto Barroso remonta o nascimento do termo ativismo judicial:

A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurt-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.⁵⁹

Dessa forma, o autor do artigo, Arthur Schlesinger, fez uma análise do perfil dos juízes da Suprema Corte, dividindo em dois grupos, um capitaneado por Black-Douglas e o outro por Frankfurt-Jackson.

Assim, a expressão “ativismo judicial” tem origem americana, passando a ser utilizada para classificar a atuação de juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

No caso do grupo formado por Black-Douglas, que possuía uma tendência liberal, receberam a classificação de ativistas judiciais. Já o grupo de Frankfurt-Jackson, formado por juízes mais conservadores, foram denominados como uma postura de autolimitação.

O grupo capitaneado pelos Ministros Black e Douglas assumia a postura ativista, na visão de Schlesinger, quando decidia que a corte possuía competências para determinar a

⁵⁹BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369 - 370.

efetivação dos desejos sociais. Diferentemente, os conservadores, na perspectiva de Schlesinger, liderados por Frankfurt e Jacson, entendiam que o Judiciário não devia intervir nas ações dos outros Poderes, ainda que estas não estivessem de acordo com a opinião pública.

3.1 Ativismo e judicialização, uma diferenciação necessária

Os termos “ativismo judicial” e “judicialização” são frequentemente utilizados como sinônimos, o que não são, e o operador do direito deve ficar atento à distinção entre os conceitos a fim de evitar qualquer embaraço entre os institutos do ativismo judicial e judicialização. Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, demonstra os pontos que distinguem os dois institutos:

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 da 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 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.⁶⁰

Em seu livro sobre de controle de constitucionalidade, Barroso de uma forma didática aponta a distinção entre judicialização e ativismo:

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido de alcance.⁶¹

Denarcy Souza e Silva, também publicou um artigo científico falando sobre a necessária distinção entre os institutos do Ativismo e da Judicialização, fazendo a seguinte consideração:

⁶⁰BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/pdf>. Acesso em: 22 fev.2017, p. 3.

⁶¹BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direto brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 372.

Embora no senso comum teórico dos juristas, judicialização da política e ativismo judicial sejam utilizados como sinônimos, não há o que se falar nessa similitude, mesmo porque a judicialização, diante da baixa constitucionalidade em países periféricos e que ainda não se desincumbiram das promessas do estado social, é contingencial; já o ativismo judicial, mais voltado à vontade no agir do órgão julgador, está ligado a uma visão da decisão judicial como ato de escolha.⁶²

O jurista Lenio Streck, em seus livros e artigos, deixa claro em seus textos a importância de fazermos a distinção entre ativismo e judicialização. Na visão do referido autor, essa diferença entre ativismo e judicialização é de fundamental importância, não sendo possível que se possa fazer uma crítica adequada fazendo confusão entre os dois conceitos.

Em seu artigo, *O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* Lenio Streck apresenta de forma detalhada a diferença entre os dois institutos:

O problema do ativismo é muito maior do que da judicialização. Isto porque Werneck coloca ativismo e judicialização no mesmo patamar ou não faz diferença entre os dois. Penso que isso é um problema, como explicarei na sequência.

Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência - por motivo de inconstitucionalidades - de poderes ou instituições.

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições.

⁶²JÚNIOR, Denarcy Souza e Silva. **Judicialização da política e ativismo judicial**: uma necessária distinção. Disponível em: <http://emporiodireito.com.br/judicializacao-da-politica-e-ativismo-judicial/>. Acesso em 21 de abr. 2017.

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso “avanço” seja para manter o *status quo*).

Assim, de uma questão que sofreu judicialização pode-se ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável numa perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. Afinal, como diz Marcelo Cattoni, em seu *Devido Processo Legislativo* (Editora Forum, 3.^a ed.), há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.⁶³

Destarte é possível identificar que ativismos e judicialização andam em proximidade, mas possuem distinções a quais não permitem o uso dos institutos como se fossem sinônimos, como se estivesse falando da mesma coisa, quando não são.

A judicialização é o acontecimento da chegada de novas questões, demandas, ao Poder Judiciário que até então não eram levadas a juízo, conforme leciona Roberto Barroso, trata-se de um fenômeno mundial:

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 Poder Legislativo e o Executivo.⁶⁴

Na visão de Roberto Barroso, essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no mundo romano-germânico:

Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.⁶⁵

⁶³STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo?**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acesso em: 06 mai. 2017.

<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acesso em: 06 mai. 2017.

⁶⁴BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 366.

Frente à nova tendência mundial de ampliação do espaço de atuação do poder judiciário, a atuação como legislador negativo, atribuição clássica no controle de constitucionalidade, não corresponde mais com a realidade do modelo atual do Poder judiciário.

Na visão de Roberto Barroso, no Brasil a judicialização emana do nosso modelo constitucional:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário.⁶⁶

Assim, é possível se inferir que o fenômeno da judicialização que deságua no Poder Judiciário não é por ele causado, aqui o papel do Judiciário é de apresentar uma solução para a demanda judicializada.

3.2 Judicialização da saúde e ativismo judicial

Conforme já estudado, a judicialização pode ser compreendida com um fato que ocorre devido ao modelo constitucional adotado no Brasil, a judicialização não é uma opção do Poder Judiciário, e sim uma consequência de escolhas políticas.

Somada a abertura que a Constituição de 1988 confere ao cidadão para demandar o Poder Judiciário, com a gama de garantias e direitos conferidos aos cidadãos pela Carta Política de 1988, temos então, a combinação perfeita para a legitimidade das demandas judiciais que buscam a concretização das promessas sociais esculpidas na Constituição vigente.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 369.

Em seu livro *Direito à saúde*, Denise Vasconcelos Silva, defende que o princípio da inafastabilidade judicial é o passaporte para a entrada das demandas de caráter de políticas públicas no Poder Judiciário:

O princípio da inafastabilidade judicial está consagrado no art. 5º inc. XXXV da Constituição Federal Brasileira ao consagrar: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito” e a Constituição da República Portuguesa tem previsão similar em seu artigo 202, ao prever que: “na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

O presente princípio pode ser visto pela ótica da relação entre a jurisdição, a solução do conflito, bem como a efetivo acesso à ordem jurídica justa e eficaz, ou seja, um cidadão que entenda, por exemplo, não ter seu direito à saúde previsto na ordem interna efetivado, poderá ajuizar uma ação judicial e o juiz pelo referido princípio deverá apreciar a demanda.⁶⁷

Além do princípio da inafastabilidade, ao fazer a leitura da nossa Carta Política, assim como da legislação infraconstitucional, pode ser verificado que o Poder Judiciário, uma vez provocado pelo jurisdicionado, não tem o poder de escolha de se manifestar ou não para a solução do caso apresentado. A Constituição assegura o direito fundamental de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos, e o Código de Processo Civil preceitua que o juiz não pode deixar de decidir a demanda oferecida ao juízo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.⁶⁸

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Lei nº 13.105, de 2015.⁶⁹

Por conseguinte, pode ser entendido que a insatisfação com as formas de implementação de políticas públicas, em especial na relação das políticas de implementação de acesso à saúde, é perfeitamente possível a provocação do Poder Judiciário com o objetivo de assegurar uma tutela do direito pretendido, em regra, as demandas levadas ao Judiciário,

⁶⁷SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde**: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2015, p. 71.

⁶⁸http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

⁶⁹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

conhecidas como judicialização da saúde, possuem o objetivo de assegurar um tratamento adequado, seja por meio de cirurgias médicas, internações em hospitais, tratamentos em UTI's e recebimento de remédios de alto custo.

Na visão de Gilmar Mendes, a distribuição da demanda judicial não autoriza ao Poder Judiciário que execute atividades de competências dos Poderes Executivo e Legislativo:

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais de acesso universal e igualitário.⁷⁰

Dessa maneira, não cabe ao Judiciário criar ou implementar políticas públicas, função confiada pelo modelo constitucional brasileiro aos Poderes que ostentam a representação popular direta. Assim, ao Judiciário é perfeitamente possível fazer o controle das políticas, na figura de subsunção do fato à norma.

Para Gilmar Mendes, o cidadão não pode ser penalizado pela má gestão do Estado, e utilizando critérios de ponderação e razoabilidade, deve o Judiciário tutelar o direito que já possui previsão de incidência via políticas públicas:

Pode ocorrer de medicamentos requeridos constarem das listas do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais, mas não estarem sendo fornecidos à população por problemas de gestão: há política pública determinando o fornecimento do medicamento requerido, mas, por problemas administrativos do órgão competente, o acesso está interrompido. Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvidas de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.⁷¹

É possível observar que a doutrina de Gilmar Mendes caminha no sentido de proteger o direito à saúde no âmbito do programa social já implantado pelo Estado. Nessa hipótese, não haveria a substituição da vontade do julgador, em detrimento da vontade popular expressada na manifestação, dos políticos eleitos, via Poderes Executivo e Legislativo.

⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 650.

⁷¹Ibidem, p. 650.

Nesse contexto, uma possível decisão judicial que venha a concretizar o direito à saúde não poderia ser classificada como ativismo judicial, uma vez que o programa social já foi implantando, respeitando a discricionariedade que o administrador público possui para gerir a melhor forma e momento de promover a política pública.

Segundo Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial se caracteriza pela invasão de competência, o Judiciário se sobrepondo a competências legislativas e governamentais:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.⁷²

É nítida a preocupação de Elival Ramos com o princípio constitucional da separação dos Poderes, com a finalidade de se manter o Poder Judiciário dentro de sua competência, que é jurisdicional.

A doutrina de Elival Ramos apresenta máxima deferência às atribuições estabelecidas na separação de Poderes, principalmente quanto à independência de cada Poder constitucionalmente estabelecido:

Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins, o que, à evidência, está sujeito a toda sorte de condicionamento histórico, não se podendo, por exemplo, impugnar a cientificidade do modelo concebido por Montesquieu, no século XVIII, tendo em vista a implantação de um Estado democrático-liberal, com os olhos voltados para o *welfare state* de nossos dias. Esse elemento é o que mais profundamente mergulha no tempo, por estar relacionado à própria ideia de divisão de trabalho. Em segundo lugar, propõe-se que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam.⁷³

⁷²RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

⁷³RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112 - 113.

Dessa forma, para o referido autor, o desequilíbrio na separação dos Poderes, na forma de exercício legislativo protagonizado via Poder Judiciário, seria um dos aspectos do ativismo judicial:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common Law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido.⁷⁴

Nessa perspectiva, percebe-se uma diferença nos papéis jurisdicionais a depender do marco referencial da origem do sistema jurídico adotado em cada país.

Com a influência do sistema jurídico romano-germânico, o Brasil adota a o *civil law* como estrutura jurídica, partindo do ponto que o raciocínio jurídico deve buscar seu fundamento primeiramente na legislação posta, ou seja, o julgador, diante do caso concreto, deve procurar a melhor resposta na Lei.

Diferentemente, em países de influência anglo-saxônica, como no caso dos Estados Unidos da América, que segue o sistema *common law*, a Lei é apenas uma das mais variadas fontes de expressão do direito, sendo a jurisprudência a maior protagonista para a decisão dos casos concretos levados ao Poder Judiciário.

Utilizando a técnica do direito comparado, Elival Ramos, mostra a diferença entre os institutos de operação do direito, chegando à conclusão de que no âmbito da *common law*, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo⁷⁵:

Bem por isso, deve-se reconhecer que, nos sistemas de civil law, “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente esses quadros”. Em sentido inverso, nos sistemas de common law, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte.⁷⁶

⁷⁴Ibidem, p. 107.

⁷⁵Ibidem, p. 110.

⁷⁶RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

Fazendo uma análise sistemática das doutrinas de Gilmar Ferreira Mendes e Elival Ramos da Silva, não tem-se a disfunção no exercício da junção jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa⁷⁷, quando diante do caso concreto se identificar o problema de gestão: há política pública determinando o fornecimento do medicamento requerido, mas, por problemas administrativos do órgão competente, o acesso está interrompido⁷⁸.

Nesse diapasão, ainda não existindo a política pública para determinado tipo de remédio ou tratamento de algum tipo de patologia, uma decisão favorável do Poder Judiciário para a implantação do tratamento em desfavor da Administração Pública, pode ser classificado como ativismo judicial. Vejamos o exemplo trabalhado por Gilmar Mendes:

A Lei Federal n. 6.360/76, ao dispor sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, determina, em seu art. 12, que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

Na hipótese de o medicamento ainda ser experimental, a Administração Pública deve zelar pela segurança e qualidade das ações e prestações de saúde, não sendo razoável que decisões judiciais determinem o custeio dessa espécie de tratamento, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas.⁷⁹

Em seu exemplo, Gilmar Mendes não utiliza diretamente o termo “ativismo judicial”, ficando implícito em seu texto quando utiliza a expressão “não sendo razoável”.

Estudadas as concepções de Elival Ramos e Gilmar Mendes, torna-se mais evidente a separação dos institutos da judicialização e ativismo judicial, de forma que a judicialização se materializa sempre que se leva a demanda por política pública ao Poder Judiciário com a finalidade de concretização ou prestação da promessa constitucional em relação aos direitos de segunda geração, ao passo que o ativismo judicial se configura a depender da postura do julgador diante do caso concreto. Nos termos da doutrina de Luís Roberto Barroso, estudada no início do capítulo, se confirma que o primeiro é um fato e o segundo uma atitude.

Adotando como referências teóricas as doutrinas de Elival Ramos e Gilmar Mendes, com o escopo de definir uma postura ativista do julgador, deve ser verificado no caso

⁷⁷Ibidem, p. 107.

⁷⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 650.

⁷⁹Ibidem, p. 651.

concreto se já foram implementadas políticas públicas em relação ao objeto da demanda, se a resposta for positiva, e o Estado já vinha oferecendo o tratamento, remédio ou até mesmo o leito de UTI, e por falha na prestação dos serviços como, por exemplo, mudança de governo ou falhas nos processos licitatórios, deixando de ofertar a política pública, quer parecer que uma decisão favorável para compelir o Estado a promover o direito à saúde, de forma individual ou coletivamente, não poderia ser classificada como um aforismo ativista.

Diferentemente, seria o caso em que determinado Município não disponibiliza em seus hospitais leitos de UTI, no caso hipotético, o Município aplica os coeficientes constitucionais para investimento na saúde nos termos da Lei Complementar nº 141, de 2012⁸⁰, a verba é utilizada, de forma eficiente, em políticas públicas que garantam o atendimento básico no sistema de saúde. Nesse cenário, sendo o Poder Judiciário for provocado em um pleito visando à implantação de um leito de UTI, seja para um indivíduo determinado ou uma demanda fundada em uma necessidade coletiva, sobrevindo decisão judicial em desfavor do Município, compelindo aos gestores administrativos a implementação da UTI ou que custeie o tratamento de saúde em outro Estado da Federação, estaria configurada a atitude de ativismo judicial, uma vez que a vontade do julgador se sobrepôs à discricionariedade do gestor público.

3.3 O STF e o direito à saúde

Devido a sua competência recursal, as demandas judiciais com fundamentos no texto constitucional, chegam para apreciação do Supremo Tribunal Federal. Conforme observa Gilmar Mendes, são diversificadas as solicitações de prestação em relação à saúde:

Os contornos do direito à saúde há tempos vêm sendo desenvolvidos em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Relacionam-se a diversas espécies de prestação, como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTI's e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de

⁸⁰Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros⁸¹.

Em artigo publicado em 2013, os autores Fabiano Engelmann e Marcio Camargo Cunha Filho, buscaram na história do Supremo Tribunal Federal a chegada das demandas sociais, na época, uma novidade na jurisdição constitucional:

O STF começou a tratar da questão já na década de 1990, sempre em recursos oriundos do Rio Grande do Sul, estado em que primeiro surgiram disputas judiciais envolvendo o direito à saúde. Àquela época, as ações versavam quase que exclusivamente acerca do fornecimento de medicamentos ao combate do vírus HIV. Frente ao número ainda relativamente baixo de demandas desse tipo, não aparecem, nas primeiras decisões da Corte, as mesmas categorias de argumentos que fundamentam decisões posteriores (calcadas no desenvolvimento de doutrinas mais sistemáticas).⁸²

No estudo feito pelos referidos autores, eles chegaram à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal não utilizava nenhuma técnica sofisticada na fundamentação dos primeiros acórdãos:

Como se vê, o tema era tratado pelo Supremo como uma questão de mera subsunção de dispositivo constitucional: uma vez que o art. 196 menciona que a saúde é obrigação do Estado, uma pessoa enferma necessariamente tem o direito de obter todo o tratamento médico de que necessite.⁸³

Os autores citam os julgados dos seguintes processos: Agravo nº 232469 – RS, Relator Min. Marco Aurélio; Agravo nº 236644 – RS, Relator Min. Maurício Correa; Recurso Extraordinário nº 273-042 – RS, Relator Min. Carlos Velloso.

Na chegada do século XXI as demandas relacionadas ao direito à saúde aumentam de maneira significativa, assim como a Corte Constitucional passou a adotar posicionamentos doutrinários na fundamentação dos acórdãos:

A partir do início da década de 2000, o volume de processos envolvendo a temática do direito à saúde cresce, e as decisões no STF tendem a aparecer de maneira mais fundamentada em doutrinas constitucionais. É o que ocorre

⁸¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 653.

⁸²ENGELMANN, Fabiano; FILHO, Marcio Camargo Cunha. **Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a06v21n45.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸³Ibidem.

no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286 AgR/RS, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 12 de setembro de 2000.⁸⁴

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello classifica o direito à saúde como um público subjetivo, e que o caráter programático do artigo 196 da Constituição de 1988 não pode converter a regra em promessa constitucional, frustrando as expectativas da sociedade frente ao Poder Público, na visão do Ministro a falta de prestação do Estado é um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Constituição Federal. No Recurso Extraordinário nº 271286 – RS, já se pode observar o direito do indivíduo de exigir uma prestação do Estado, típico dos direitos fundamentais de segunda geração, conforme visto na primeira parte do presente trabalho.

Dessa forma, o entendimento que prevalecia no Supremo Tribunal Federal se direcionava no sentido de conferir efetividade ao direito esculpido na norma Constitucional, por consequência, compelindo o Estado a efetivar o direito à saúde.

Em sua pesquisa, Fabiano Engelmann identificou que até o ano de 2007, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era favorável a garantir o direito de acesso à saúde. Em 2007 o STF passou a utilizar argumentos mais sofisticados, ocasionando algumas decisões judiciais desfavoráveis ao pleito de direito à saúde:

O que se verifica, nesse sentido, é que o indeferimento da concessão judicial de medicamentos está ligado muitas vezes a questões processuais ou a probatórias, sendo que o entendimento de fundo do Supremo Tribunal Federal continua sendo predominantemente favorável à tese de que é lícito ao Poder Judiciário intervir em matéria de políticas distributivas. Entretanto, é necessário admitir que, antes de 2007, raramente uma demanda por medicamentos ou tratamentos médicos seria desatendida, ao passo que, atualmente, o indeferimento desse pleito é uma possibilidade, ainda que meramente excepcional. Em outros termos, a hipótese defendida nesta seção é que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, desde que se deparou com o tema pela primeira vez, tem sempre se mostrado favorável à necessidade de intervenção do Estado para assegurar condições mínimas de saúde aos cidadãos brasileiros hipossuficientes. As exceções a esse posicionamento não invalidam a tese geral.⁸⁵

Com fundamentos em novos argumentos, como separação de Poderes e limites orçamentários, em alguns casos o STF passa a enquadrar a norma constitucional de direito à saúde em outra moldura normativa. Essas decisões não representam uma parte significativa no

⁸⁴ENGELMANN, Fabiano: FILHO, Marcio Camargo Cunha. **Ações judiciais, conteúdos políticos:** uma proposta de análise para o caso brasileiro. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a06v21n45.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸⁵Ibidem.

entendimento e aplicação da Corte no tocante ao direito à saúde, não chegando ao ponto de uma virada jurisprudencial.

Alessandro Santos de Miranda se dedicou a identificar a postura do Supremo Tribunal Federal em relação aos direitos sociais, no caso específico de direito à saúde, tece as seguintes considerações:

Em relação a esse direito social, o Supremo Tribunal Federal assentou postura considerando que a Constituição impõe o dever estatal de implementar políticas públicas facilitando o efetivo acesso da população ao sistema de prevenção de enfermidades e às medidas necessárias para proteção e recuperação da saúde dos cidadãos. O Estado deve criar os meios necessários para proporcionar serviços médico-hospitalares e o provimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, vez que os entes federativos garantem recursos em seus orçamentos para sua concretização. Na prática, é comum a posição jurisdicional de que a provisão de medicamentos por parte do Poder Público é um direito fundamental, desde que o indivíduo comprove sua necessidade e impossibilidade de custeá-los com recursos próprios, considerando-se que o Estado deve ater-se ao espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido constitucionalmente.⁸⁶

O Supremo Tribunal Federal assume posição louvável frente à realidade do sistema de saúde pública brasileiro, o programa do Sistema Único de Saúde (SUS) não consegue corresponder às expectativas da sociedade nem da Constituição.

Gilmar Mendes, em seu *Curso de direito constitucional*, analisa alguns casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, RE nº 195.192-3/RS, RE-AgRnº 255.627-1 e ADPF-MC nº 45/DF, chegando ao seguinte termo:

Daí concluir-se que o administrador não age na implementação dos serviços de saúde com plena discricionariedade, haja vista a existência de políticas governamentais já estabelecidas que o vinculam.

Nesse sentido, o Judiciário, ao impor a satisfação do direito à saúde no caso concreto, em um número significativo de hipóteses, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões administrativas.⁸⁷

Nesse diapasão, ao administrador público não cabe ampla discricionariedade, devendo pautar sua gestão política na busca incansável da concretização do texto Constitucional. Os comandos que emanam das normas e princípios esculpidos na Carta Magna são os clamores

⁸⁶MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais**: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013, p. 125.

⁸⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 655.

de toda uma nação que se fez representada pelo constituinte originário e se faz representada pelo poder constituinte derivado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve como objetivo analisar a ocorrência do ativismo judicial frente às decisões judiciais que efetivam o direito à saúde. No desenvolvimento da monografia foram estudados os direitos fundamentais e sociais, as classificações das eficácias das normas constitucionais e os conceitos de judicialização e ativismo judicial.

Pode ser verificado que nos termos da doutrina que não são todas as decisões judiciais, que garantem ao jurisdicionado o direito à saúde, que podem ser classificadas como ativismo judicial, de forma que a crítica feita pela doutrina e operadores do direito deve partir de decisões judiciais que afrontam a repartição de competência dos Poderes atingindo a discricionariedade do administrador judicial.

Isto posto, a problemática levantada como objetivo do trabalho, *Em que a pergunta inicial questionava se o ativismo poderia ser classificado como uma decisão judicial que conferisse ao cidadão o direito à saúde?*. Com a hipótese inicialmente levantada, seria uma resposta negativa, uma vez que o direito social é uma vontade constitucional, e a sociedade não poderia ficar à mercê dos poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário não estaria atuando de forma ativista, sua postura seria de concretizar um mandamento constitucional.

Ocorre que, ao longo do trabalho, conhecendo e aplicando de forma sistemática os institutos jurídicos desenvolvidos em cada capítulo, percebe-se que a resposta deve ser dada após a análise do caso concreto, observando a postura do administrador público frente à implementação das políticas públicas, ao passo que é possível ter duas respostas para a pergunta problema.

A resposta seria positiva, reconhecimento do ativismo, se o magistrado ignorasse os programas de políticas públicas estabelecidos pelo administrador público, estando a gestão pautada nos termos da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional.

Diferentemente, a resposta deveria ser negativa, e a decisão não poderia ser classificada como ativismo judicial se identificado, no caso concreto, possíveis falhas na gestão da administração pública, ou configurado desrespeito à Constituição e a legislação infraconstitucional.

Nesse diapasão, não existem extremos, não são todas as decisões judiciais que garantem aos jurisdicionados um efetivo direito de acesso ao sistema de saúde que podem ser consideradas ativistas, como também não são todas as decisões que são proferidas dentro da legalidade e nos termos do Estado democrático de direitos.

O que pode ser pesquisado em um segundo momento, com o fito de melhor a classificação das decisões judiciais como ativistas ou não, seria um estudo aprofundado sobre a discricionariedade do administrador público e posterior identificação de possíveis ilegalidades nos atos administrativo que criam ou desoneram as políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/pdf>. Acesso em: 22 fev.2017

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposições sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010

ENGELMANN, Fabiano. **Ações Judiciais, Conteúdos Políticos: Uma Proposta de Análise Para o Caso Brasileiro**. Fabiano Engelmann / Marcio Camargo Cunha Filho. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a06v21n45.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª ed. Rev. E aum. São Paulo: Saraiva, 2009

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 mar.2017

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. – São Paulo: Saraiva, 2009

JÚNIOR, Denarcy Souza e Silva. **Judicialização da política e ativismo judicial: uma necessária distinção**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/judicializacao-da-politica-e-ativismo-judicial/>. Acesso em: 21 abr. 2017

KRELL, Andreas Joachim. **Diretos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EBB)**. 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo**

Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial / Alessandro Santos de Miranda. São Paulo: LTr, 2013

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado** / José Carlos Vasconcelos dos Reis. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 3. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/990895/eficacia-dos-direitos-fundamentais-simone-de-alcantara-savazzoni> . Acesso em: 28 mar. 2017

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde**: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível./ Denise dos Santos Vasconcelos Silva./ Curitiba: Juruá, 2015

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais** / José Afonso da Silva. 7ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2007

STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo?**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acesso em: 06 mai. 2017

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial**: gerenciamento das políticas públicas / Iris Catarina Dias Teixeira. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015