



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PETÚCIA GEANNE BEZERRA FERNANDES

JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

SOUSA - PB
2009

PETÚCIA GEANNE BEZERRA FERNANDES

JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Paulo Henriques da Fonseca.

SOUSA - PB
2009

PETÚCIA GEANNE BEZERRA FERNANDES

JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Msc. Paulo Henriques da Fonseca.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 19 de novembro de 2009

Orientador: Prof. Msc. Paulo Henriques da Fonseca

Examinador 1: Prof. Msc. Jonábio Barbosa dos Santos

Examinador 2: Prof^a. Especialista Maria de Lourdes Mesquita

Aos meus pais, fonte de toda minha força,
entusiasmo, carinho e atenção. A quem
devo muito mais que a vida. A eles
ofereço não apenas este trabalho, como
também todas as minhas vitórias e
conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço com carinho a todos que contribuíram para que este trabalho se concretizasse. Lembrarei alguns nomes que foram fundamentais nessa caminhada.

Deus, meu guia, meu protetor de todas as horas e luz da minha vida, que com sua força divina me incentiva a lutar por todos os meus sonhos, até mesmo aqueles considerados inatingíveis, sem ele nada disso seria possível.

Meus pais Luiz e Naeide pelos ensinamentos e exemplo de vida.

Meus irmãos Michel e Amélia (Melhinha), que além de irmã, amiga, será colega de profissão. Pelo exemplo de garra e perseverança agradeço a vocês dois.

Tio Normando, tia Wanda, Nayara, Oliveira Neto e Cláudia, obrigada por terem estado presentes.

Antônio José de Carvalho Araújo, acima de tudo um grande amigo, Juiz Federal, um exemplo de ser humano, a quem agradeço o carinho, a atenção, as palavras de incentivos e preciosos ensinamentos.

Paulo Henriques da Fonseca (Pe. Paulo), meu orientador. Agradeço os conhecimentos que me foram passados e o tempo dedicado na orientação deste trabalho.

Todos meus colegas de faculdade, em especial: Aline, Thalita, Isabella, Noélia, Tiago, Cássia, Wander e Adriana.

Aos meus professores, advogados do NPJ e funcionários da UFCG - CCJS a quem devo o prazer e a satisfação de ter feito parte desta casa.

A todos simplesmente o meu MUITO OBRIGADA!

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

Rui Barbosa.

RESUMO

Os direitos fundamentais devem ser efetivados de forma a assegurar à sociedade o verdadeiro Estado Social Democrático, através da execução fiel das normas previstas na constituição. Esta pesquisa tem como alvo o estudo a respeito do controle judicial de políticas públicas referentes aos direitos sociais, tema relevante e de grande importância no atual ordenamento jurídico das assim chamadas democracias sociais modernas, através do exame de casos pragmáticos que vem gerando grandes discussões. O objetivo é promover um debate qualificado a respeito da promoção das políticas públicas, a Separação dos Poderes e a atuação do judiciário na intervenção dos demais poderes estatais. Para isso, foi usada a pesquisa bibliográfica, leis e decisões dos tribunais relacionadas à temática através dos métodos adotados: histórico-evolutivo, exegético-jurídico e dedutivo, sistematizando a pesquisa em quatro capítulos. Inicialmente se faz um estudo a respeito do surgimento dos direitos fundamentais e a importância de suas declarações para o constitucionalismo moderno. Posteriormente mostrou-se necessário uma abordagem a respeito dos direitos sociais, por serem eles as principais causas dos debates, e sua justiciabilidade à luz do princípio da Reserva do Possível e da Separação dos Poderes. No terceiro capítulo é abordado o direito à saúde e seu acesso à justiça, tendo em vista que esse direito social deu início à questão em comento por sua efetivação depender altos custos. Por último, é abordado o direito à saúde nos tribunais na tentativa de demonstrar, através de jurisprudências, como e porque esse direito vem gerando tantas discussões no mundo jurídico. Como resultado observa-se a afirmativa a temática proposta, pois esta vem contribuindo para a proteção ao direito à vida, à saúde e a tantos outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Políticas Públicas. Intervenção Judicial

ABSTRACT

The fundamental rights have to be enforced in order to ensure the society the true Social Democratic State, through the faithful implementation of standards in the Constitution. This research targets the study about the judicial review of policies regarding social rights, relevant and of great importance theme in the current legal system of the so-called modern social democracies, through examination of case studies that has generated big debates. The objective is to promote a qualified debate about the promoting of public policies, the separation of powers and the performance of judicial intervention in the other state powers. For this, it was used the literature, laws and court decisions related to the subject by the methods used: historical evolution, exegetical and legal and deductive, systematizing the research in four chapters. Initially, it was made a study about the emergence of fundamental rights and the importance of its statements to modern constitutionalism. Subsequently, it was proved to be an approach to social rights, because they are the main causes of the debates and their justiciability under the principle of reserve for contingencies and the separation of powers. The third chapter deals with the right to health and access to justice in order that this social law opened the question under discussion for its effectiveness spends high costs. Finally, it addressed the right to health in the courts in an attempt to demonstrate, through case law, how and why this right is gerand many discussions in the legal world. As a result, it's affirmative the purposed theme because this has contributed to the protection of the right to life, health and many other fundamental rights.

Keywords: Social rights. Public policies. Judicial intervention.

LISTA DE TABELAS

- 1 Gastos judiciais com medicamentos excepcionais no Brasil em 2008... 48

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
EC	Emenda Constitucional
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ-RN	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
TRF	Tribunal Regional Federal
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS SOCIAIS	14
2.1 Direitos sociais: breve percurso histórico, conceito e classificação	14
2.2 Características	18
2.3 Agentes promotores de direitos sociais	20
2.4 Justiça social.....	22
2.5 Políticas públicas e o princípio da Reserva do Possível	24
3 DIREITOS SOCIAIS E A SUA JUSTICIABILIDADE	29
3.1 Justiciabilidade dos direitos sociais	29
3.2. A “Separação de Poderes”	31
3.3 Negativa à legitimidade de o Poder Judiciário exercer controle de políticas públicas.....	34
3.4 A legitimidade do judiciário no controle de políticas públicas: na ausência de políticas públicas.....	37
3.5 A legitimidade do judiciário no controle de políticas públicas: quando há políticas públicas insuficientes	39
4 DIREITO À SAÚDE E ACESSO À JUSTIÇA	42
4.1 Direito fundamental: a saúde na Constituição.....	42
4.2 Direito à saúde: caracterização do problema.....	45
5 DIREITO À SAÚDE E OS TRIBUNAIS	50
5.1 Constituição Federal de 1988, “uma Constituição Cidadã”	50
5.2 Surgimento dos conflitos entre direitos fundamentais relacionados ao direito social à saúde	52
5.3 Direito à saúde: análise de alguns casos práticos	56
6 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da observação de que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente os direitos sociais passou a exigir do Estado uma maior intervenção na garantia de direitos fundamentais sociais, seja por meio do Legislativo, seja do Executivo, surgindo à hipótese de que, positivados constitucional e infraconstitucionalmente, a sociedade busca a efetivação dos direitos sociais inseridos no artigo 6º da Constituição Federal.

Diante de um Executivo amarrado a acordos políticos e macroeconômicos mais ou menos eventuais em grande parte das vezes contrários à realização dos direitos sociais, a sociedade busca no Judiciário um instrumento de materialização das conquistas constitucionalizadas, reconhecendo-o como instituição do poder estatal possibilitadora do exercício da cidadania.

Isso vem ocorrendo nas chamadas democracias sociais. E o fato de o Judiciário brasileiro deparar-se com essa exigência apontaria para a consolidação de nossas instituições democráticas sociais, realizando a tripartição de poderes harmônicos e independentes entre si, como preceitua o artigo 1º da Carta Magna.

Uma das grandes discussões travadas no Direito Constitucional atual diz respeito às diversas funções, agentes, órgãos e atos estatais aos direitos fundamentais consagrados na constituição.

A trajetória doutrinária brasileira, assim como na esfera jurisprudencial, verifica-se a formação de um consenso no sentido de que os direitos fundamentais apresentam uma dupla função uma negativa e outra positiva, implicando posições subjetivas impeditivas de ações contrárias (proibições de intervenção) ao bem jurídico tutelado, mas também exigindo, no âmbito da função positiva ou prestacional, uma atuação efetiva do Estado e da sociedade como um todo, o asseguramento, mediante prestações fáticas ou normativas das mais diversas naturezas, a efetividade de todos os direitos fundamentais.

Além disso, os constitucionalistas têm admitido a discussão sobre os limites orçamentários que acabam por impedir ou dificultar a consecução de serviços públicos para a coletividade, o que tem sido debatido justamente no âmbito da assim designada "reserva do possível" ou da problemática posta pelo igualmente assim

chamado “custo dos Direitos”. Com efeito, existe acirrada controvérsia sobre os limites e possibilidades do reconhecimento de direitos subjetivos (individuais ou coletivos) a prestações vinculadas a direitos fundamentais por parte do judiciário, quando tais direitos esbarram na existência de limites fáticos e jurídicos relativos ao orçamento público.

Dos diálogos gerados e considerando a atualidade e relevância do tema, especialmente no que diz respeito à vinculação entre os Direitos Fundamentais e o estudo das relações entre o Direito e a Economia, surgiu a idéia de se fazer um trabalho científico, cujo eixo temático é justamente o de promover o debate qualificado sobre a necessidade de tornar efetivos os direitos fundamentais, levando em conta, a discussão a respeito dos eventuais limites econômicos, financeiros orçamentários que acabam por conflituarem muitas vezes com os próprios direitos fundamentais.

Portanto, com os resultados o quê se pretende ou se objetiva é a afirmação de uma resposta para o seguinte problema: se pode ou não haver a interferência do Judiciário nos direitos fundamentais, sociais dentro do limite de sua legalidade na aplicação da constituição de forma a satisfazer os interesses da sociedade. Para isso, entendeu-se necessário fazer um paralelo entre os institutos Direito e Economia, proporcionando resultados satisfatórios, os quais o leitor constatará durante a leitura do trabalho.

Essa trajetória está ligada ao entendimento da existência de “geração de direitos” construídos sob a noção de cidadania, que traça o seu desenvolvimento na consolidação dos direitos individuais, políticos e sociais.

Para tanto, serão utilizados os métodos histórico-evolutivo com o fim de demonstrar o surgimento e desenvolvimento desses direitos ao longo dos tempos, o exegético-jurídico na interpretação de princípios e regras, sempre baseados em fatores jurídicos e o dedutivo, objetivando observar a estrutura e a construção do Estado Democrático de Direito.

Estruturada em quatro capítulos, primeiramente será feita uma abordagem histórica dos direitos sociais (surgimento e desenvolvimento), caracterização levando em conta suas “gerações” ou dimensões e seus agente promotores: Estado, sociedade e o direito. Também versará sobre justiça social na busca do entendimento desse conceito e sua importância no constitucionalismo moderno.

Será feito ainda uma conceituação de políticas públicas levando em conta o Princípio da Reserva do Possível e discutindo-se a possibilidade ou não da interferência do judiciário no controle das políticas públicas desenvolvidas pelo Legislativo e Executivo a luz do princípio constitucional da Separação dos Poderes.

Posteriormente, o trabalho tratará do direito fundamental à saúde, localizando-o dentre os vários dispositivos constitucionais. Abordar-se-á ainda, alguns casos práticos fazendo uma análise da atual situação da saúde no Brasil e a dificuldade de sua efetivação.

Por fim, será abordado o direito à saúde nos tribunais tendo em vista que esse direito social foi o cerne da questão em comento devido os altos custos despendidos na sua efetivação por fazer parte dos direitos fundamentais e ter aplicação imediata.

2 DIREITOS SOCIAIS

O presente capítulo tratará dos direitos sociais elencados atualmente na Constituição Federal, que prevê de acordo com a Emenda Constitucional nº. 26/2000 em seu art. 6º como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados; conceituando-os, classificando-os, demonstrando sua importância perante a sociedade ao longo da história, seus objetivos na seara jurídica atual e sua conexão com os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Abordar-se-á também a questão das políticas públicas e sua conexão com o princípio da Reserva do Possível preconizado a partir de uma decisão proferida pela Corte Federal da Alemanha. Em nossa Constituição, esse princípio ganha fundamento no Título VI, Capítulo II, Seção II, art. 167, especialmente nos incisos II, V e VII.

2.1 Direitos sociais: breve percurso histórico, conceito e classificação

Os direitos sociais foram direitos conquistados ao longo do tempo através de lutas sociais e acompanha a humanidade ao longo de sua história. No século XVII, a Revolução Industrial teve como consequência o surgimento dos problemas sociais, entendido como a procura das causas que dificultavam a realização da justiça social na sociedade.

O grande crescimento da indústria e o surgimento da classe proletária desencadeou em um processo de exploração da mão-de-obra com estabelecimento de condições de trabalho não condizentes com a dignidade humana. As excessivas jornadas de trabalho, os baixos salários, e, por conseguinte, a insegurança quanto ao futuro era uma preocupação latente devido à inexistência de leis que amparassem o trabalhador.

A Revolução Francesa e as Revoluções Burguesas, apesar de não terem seus focos nos direitos sociais, pois foram revoluções por “liberdades” políticas,

acentuaram o reconhecimento das novas necessidades e de novos direitos que clamavam os trabalhadores.

Apesar do conteúdo liberal e individualista dessas Revoluções, as declarações advindas dela já começaram a apresentar indícios de novos direitos, denominados sociais.

No início do século XIX, a influência da doutrina socialista, tais como o comunismo, o socialismo, e o pensamento social católico, foi de extrema importância para o fortalecimento das discussões acerca dos direitos sociais e econômicos no mundo, em uma época em que os excessos individualistas do capitalismo levaram as massas proletárias a um grau de miséria incompatível com a dignidade humana.

Assim, os direitos sociais surgiram e se desenvolveram historicamente como criações do movimento socialista, que sempre colocou no topo da hierarquia de seus valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, na tentativa de que todos pudessem viver com dignidade.

Sob a influência dos movimentos sociais daquela época, iniciou-se no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 o chamado constitucionalismo social, movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social¹, propondo a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países.

Na mesma linha, a Constituição de Weimar publicada na Alemanha também tratou da ordem econômica, dos direitos trabalhistas e da seguridade social, elevando-os a categoria de direitos fundamentais.

Em 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e em suas inúmeras recomendações, tratou dos direitos sociais do trabalho e da seguridade social.

Com o intuito de desenvolver e complementar o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi elaborado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966. Conforme o referido Pacto, entre os deveres dos Estados Parte, está o de proteger a família, maternidade, crianças e adolescentes, bem como de proporcionar condições de melhoria de vida à população.

¹ Ver página 22 desse trabalho.

O Brasil a partir da Constituição de 1934 passou a prevê, no texto constitucional, uma ordem econômica e social. Porém, somente em 1988, a Constituição elevou estes direitos à categoria de direitos fundamentais da pessoa humana.

Diante do exposto, observa-se que o primeiro dos direitos sociais a surgir na história foram àqueles ligados ao direito do trabalho. A partir destes, observa-se o desencadeamento dos demais direitos sociais sendo, pois decorrência daquele, podendo ser observado também que tais direitos estão ligados à assistência aos pobres ou muito pobres.

Neste sentido, a legislação infraconstitucional brasileira que elenca direitos sociais é vasta, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, a Lei de Planos de Benefícios (Lei 8.213 de 24 de julho de 1991) e a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993).

Assim, os direitos sociais como partes dos direitos fundamentais, estão adstritos de forma exemplificativa nos termos do artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (EC n. 26/2000), onde o ser humano apresenta-se como destinatário dos direitos sociais, que foram estabelecidos como sendo a educação, a saúde, o trabalho, a moradia o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Ademais, esta discriminação não se deu na Constituição de forma taxativa, exemplo disso é o parágrafo segundo do artigo 5º:

Artigo 5º [...] *omissis*

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

A amplitude dos temas inseridos no art. 6º da Constituição deixa bastante claro que os direitos sociais não são somente os que estão enunciados nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11, estes podendo ser localizados, também, no Título VIII – Da Ordem Social, artigos 193 e seguintes.

Neste diapasão podemos afirmar que os direitos sociais, como dimensões dos direitos fundamentais, podem ser compreendidos como prestações positivas do Estado, previstas constitucionalmente, com intuito de possibilitar melhores condições

de vida aos mais fracos ou desamparados pela sociedade. São, portanto, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Mesmo a concepção abaixo mencionada sendo a majoritária, é importante destacar que alguns doutrinadores dispõem de forma diferente como afirma Luciano Benetti Timm (2008, p. 56):

Os autores mais comprometidos com o modelo de Estado Social empenham-se em classificar os direitos fundamentais – essenciais e não essenciais ou absolutos e relativos – de modo a que nos primeiros não possa haver alegação de restrições orçamentárias na sua implementação, já que dizem respeito ao mínimo existencial à dignidade humana. Além do mais buscam aplicar os direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, essencialmente nos contratos (previdência privada, planos de saúde, relações bancárias) e na propriedade. Com isso, mais direitos fundamentais seriam implementados.

A Constituição Federal ao declarar direitos e garantias por meio de regras e de princípios com conteúdo social difundidos em todos os seus títulos e capítulos, adquiriu forma que a coloca na condição de reguladora e garantidora da cidadania social.

Os direitos sociais doutrinariamente são classificados como direitos sociais do homem como produtor e como consumidor, nesse sentido Gilmar Antônio Bedin (2002, p. 63):

Os direitos relativos ao homem trabalhador referem-se ao homem enquanto produtor de bens e enquanto participe de uma relação empregatícia. [...] Os direitos relativos ao homem consumidor, ao contrário dos direitos relativos ao homem trabalhador, não se referem ao homem produtor de bens e participe de uma relação empregatícia, mas sim em relação ao homem como sujeito que consome bens e serviços públicos.

Na primeira classificação de direitos sociais do homem produtor teríamos a liberdade de instituição sindical, o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho, o direito de cooperar na gestão da empresa e o direito de obter emprego (C.F., artigos 7º a 11). Na segunda classificação de direitos sociais do homem consumidor teríamos o direito à saúde, à seguridade social, ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família, que estariam no título da ordem social.

Desta forma os direitos sociais declarados pela norma constitucional à condição de fundamentais, estão diretamente vinculados à necessidade de uma positivação de ações estatais voltadas para a preocupação com a questão da igualdade entre os indivíduos. Deve o Estado contribuir na manutenção do Estado Democrático de Direito, para que os direitos fundamentais não sejam violados, ou simplesmente, não aplicados.

2.2 Características

No curso da fundamentação histórica foram formadas “gerações” de direitos (a doutrina moderna prefere denominá-los “dimensões” de direitos, sendo esta nomenclatura a mais adequada). São os direitos humanos, cujo rol permanece aberto, mas que podem ser em sentido amplo agregado em torno dos ideais da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

Como estes direitos fundamentais foram sendo reconhecidos pelos textos constitucionais e o ordenamento jurídico dos países de forma gradativa e histórica, os autores começaram a reconhecer suas gerações, podendo assim ser sintetizado tal pensamento, em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.

Direitos de primeira geração são os surgidos no século XVII, caracterizados pela não-intervenção estatal nas relações particulares. Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor da liberdade. Portanto, exigem do Estado abstenções, ou seja, prestações negativas.

Direitos de segunda geração são direitos impulsionados e inspirados na Revolução Industrial que devido a péssimas condições e situações de trabalho, faz eclodir movimentos de reivindicações trabalhistas bem como de normas de assistência social. Portanto, os direitos humanos de segunda geração dão ênfase aos direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade passando a exigir do Estado sua intervenção para que a liberdade do homem fosse protegida totalmente (o direito à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve, entre outros) e exigem do Estado prestações positivas.

Direitos de terceira geração são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, voltados para a proteção da coletividade, marcados por alterações na sociedade e profundas mudanças na comunidade internacional, onde as Constituições passaram a tratar da preocupação com o meio ambiente, da conservação do patrimônio histórico e cultural, etc.

E por último os direitos de quarta geração que é resultado da globalização dos direitos fundamentais, de forma a universalizá-los, citando como exemplos o direito à democracia, ao comércio via meios eletrônico como a internet, a engenharia genética, onde já se apresentam novas exigências e respostas dos Estados para tais situações.

Ainda que se fale em gerações, importante observar que não existe relação de hierarquia entre estes direitos, mesmo porque todos interagem entre si, de nada servindo um sem a existência dos outros. Esta nomenclatura adveio apenas em decorrência do tempo de surgimento, na eterna e constante busca do homem por mais proteção e mais garantias, com o objetivo de alcançar uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em cinco espécies: direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos.

Por sua vez os direitos fundamentais são adstritos das seguintes características, conforme disciplina Pedro Lenza (2007 p. 590, 591).

Historicidade por possuírem caráter histórico. Nasceu com o Cristianismo, passou por diversas revoluções e chegando aos dias atuais.

Universalidade destinando-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos.

Limitabilidade, os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo algumas vezes confronto ou conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição em que caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração à regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição.

Concorrência podendo ser exercidos cumulativamente. Por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, juntamente, emite uma opinião (direito de opinião).

Irrenunciabilidade podendo ocorrer seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade. Uma observação a ser feita é a consideração que faz Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ao dizer que em alguns casos a doutrina vem aceitando a renunciabilidade temporária como, por exemplo, no caso dos reality shows.

Ainda segundo Pedro Lenza, o mesmo aponta outras duas características idealizadas por José Afonso da Silva, tais como a inalienabilidade sendo conferidos a todos e não podendo aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial, e a imprescritibilidade, pois como o instituto da prescrição abarca somente direitos de caráter patrimonial, os direitos fundamentais, por terem caráter personalíssimo, não são alcançados por tal instituto.

2.3 Agentes promotores de direitos sociais

Como agentes promotores ou “devedores” dos direitos ditos sociais, temos não só o Estado na sua função de garanti-los e protegê-los constitucionalmente, e assegurar sua efetivação através de políticas públicas que desenvolvam sua prestação a sociedade de forma equitativa e satisfatória, mas também a sociedade que em seu dever de exercer a cidadania assegurada pelo ordenamento jurídico atual, deverá observar tais normas, para que a mesma atinja sua função social.

Essa conjuntura pode ser observada na intenção do legislador constitucional em atribuir a esses entes responsabilidades recíprocas, em vários artigos que exemplificamos com os seguintes:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (EC nº. 20/98).

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

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Embora pareça óbvio, entretanto, não é demais recordar que os direitos fundamentais, são direitos cujos titulares ou “credores” são pessoas, individualmente consideradas, ou grupos sociais.

O traço tipificador do conceito de direito que usamos, é uma situação de vantagem conferida a um sujeito a quem é imposto um dever, cujo beneficiário é, obviamente, o titular do direito. Portanto, ter um direito em face de alguém significa poder pretender deste alguém um dado comportamento que é conteúdo do direito.

Diante do exposto, importante lição a de Van Hoof (1997) citado por Abramoviche e Lourtis (2004): “No caso dos direitos sociais, econômicos e culturais, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece três níveis de obrigações para os agentes responsáveis: obrigação de respeito, de proteção e de satisfação.” A respeito da obrigação de satisfação, distingue nela duas outras: a obrigação de garantia e a de promoção.

Os direitos fundamentais são assim denominados por serem conferidos pela constituição e por terem a função fundamentadora e legitimadora do sistema jurídico-político do chamado Estado de Direito. São direitos de pessoas individuais e grupos previstos na Constituição e dotados de uma garantia reforçada, e com aplicabilidade imediata, porém o que observa-se é que os direitos de liberdade, civis e políticos, encontram-se como mais justicializáveis, sob o ponto de vista de sua efetivação pela via judicial.

Os direitos sociais têm por conteúdo uma ação do Estado sendo típicos do chamado Estado social e enquanto parte integrante da constituição obriga não só os poderes públicos, mas, igualmente, os particulares.

A ordem jurídica realiza sua tarefa de proteger os interesses existentes na sociedade de dois modos essenciais. Inicialmente, o ordenamento jurídico cumpre sua missão de tutela dos interesses, escolhendo na massa diferenciada desses interesses aqueles que, segundo o sistema de valores, correspondem as forças sociais dominantes em um dado momento histórico, sendo considerados os mais convenientes à estabilidade e reprodução de uma dada forma de organização social.

O ordenamento jurídico concretiza essa forma inicial de proteção dos interesses através de normas que, atribuem direitos aos seus titulares e impõe aos

correspondentes deveres aos que são obrigados a satisfazê-los. É a fase que poderíamos chamar de reconhecimento dos interesses.

Na maioria dos casos, as pessoas aceitam as normas jurídicas atributivas de direitos e deveres como pauta de suas condutas. Entretanto, ocorrem situações em que os indivíduos deixam de observar as normas de direitos, violando, os interesses por elas reconhecidos e protegidos e, por conseqüência, provocando aquilo que a sociologia jurídica chama de conflito de interesses jurídicos.

A garantia é instrumento idôneo a assegurar a observância coativa das normas atributivas de direitos violados ou ameaçados de serem violados.

Diante disso, aparece a necessidade de inventar uma nova forma capaz de tornar certa a realização concreta dos direitos na eventualidade de sua lesão ou ameaça de lesão. Essa forma destinada a realizar, na prática, o direito, no caso de sua violação dá-se o nome de garantia. Assim, a garantia é o nome técnico que se dá ao mecanismo finalizado à restauração do direito nos casos de sua lesão ou ameaça de lesão.

2.4 Justiça social

Apesar de ser um conceito antigo, a questão da justiça social vem retomando lugar nos debates jurídicos do constitucionalismo moderno que por muito tempo deixou de dar importância a tal questão, devido o individualismo exacerbado gerado pelo capitalismo e a sociedade foi quem mais sofreu as conseqüências de tantos anos de omissão.

Difícil conceituar algo com caráter tão subjetivo, mas genericamente podemos entender por justiça social como um conjunto de práticas, a ser exercidas e observadas, por todos os ramos da sociedade, com a finalidade de garantir o mínimo material possível a todos os indivíduos, para que eles vivam com dignidade e possam exercer suas virtudes, tudo isso na realização do bem comum.

Diante do exposto, passemos a observar cada ponto importante a ser observado da justiça social a fim de compreender com mais clareza a prática e a importância de tal pensamento.

Na justiça social, temos uma relação entre os indivíduos que nela coexistem e a própria sociedade, onde todos se obrigam mutuamente, na prática do bem comum, e a sociedade é a entidade beneficiária.

Extraindo do conceito alguns pontos relevantes, veremos que a justiça social deve ser exercida em todos os tipos de sociedade em que os indivíduos coexistam, como por exemplo, na sociedade civil, na família, nas empresas, nas universidades, em comunidades religiosas, na administração pública, entre outras.

É preciso acrescentar que tais tarefas são de observância de governantes e governados que irá exercê-las de maneiras diferente e de acordo com suas funções na sociedade.

Do ponto de vista objetivo se torna necessário respeitar certos princípios de justiça que devem ser exercidos por lei, constituindo uma obrigação exigível, em que o conjunto de medidas do Estado, ordenadas na busca do bem comum, constituem objeto da justiça social. Diante disso, se mostra cada vez mais importante que tais medidas sejam exigidas pelos indivíduos das legislações dos Estados modernos.

O bem comum, deve constituir a finalidade das leis, das sociedades em geral e objeto da justiça social. Ele está ligado à dignidade humana, ou seja, ao bem estar dos indivíduos e a qualidade de vida das pessoas.

Nesse sentido Montoro (2000, p. 221):

Realiza-se o bem comum numa sociedade quando o povo vive humanamente, isto é, pode desenvolver normalmente suas faculdades naturais e exercer as virtudes humanas, entre as quais se inclui a amizade, a cultura, em seus diferentes aspectos, a vida familiar, etc.

Para isso entendemos que são necessários bens materiais mínimos, necessários à realização de uma vida com dignidade.

A paz também é um elemento importante na construção do bem comum, sem o qual, ou sem o mínimo de tranquilidade é impossível a existência em sociedade.

Importante é que cada um faça sua parte de acordo com suas possibilidades e responsabilidades na sociedade onde vivem.

Atualmente, a justiça social, tem estado presente nas relações sociais, sejam elas na comunidade nacional, seja no âmbito internacional. Observa-se isso na elaboração de leis que cada vez mais buscam a realização do bem comum, na administração pública, que executa tais leis, ou mesmo nas decisões dos juízes que

se orientam em princípios de justiça social, com o objetivo de realizar o bem comum. Na comunidade internacional esse entendimento “moderno” de justiça vem se tornando cada vez mais evidente onde Nações muitas vezes com interesses comuns vêm na solidariedade a solução pacífica para seus conflitos, lógico que nem sempre tem sido assim, mas devemos entender que o retorno dos debates a esse respeito tem sido de grande importância na realização da verdadeira justiça.

2.5 Políticas públicas e o princípio da Reserva do Possível

De um modo geral, a expressão políticas públicas pode ser conceituada segundo a concepção de Américo Bedê Freire Júnior (2005 p. 47) como “um conjunto, ou medidas isoladas, praticadas pelo Estado com a finalidade de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado democrático de Direito”.

Desta forma, as políticas públicas podem ser assim consideradas como todas as atuações do Estado de intervenção no poder público e na vida social dos indivíduos.

As políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco valeria apenas o reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los.

De outro lado, existe o direito do cidadão a que o Estado exercite as políticas públicas. Disso tudo se extrai a importância vital que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento de direitos e que pretende normatizar adequadamente as relações sociais.

Tendo em vista que a prestação dos direitos sociais pelo Estado à sociedade muitas vezes requer prestações positivas por parte deste, necessitando desta forma dispêndio material, ou seja, orçamental, é importante que se façam comentários acerca do princípio da Reserva do Possível para melhor se compreender o que as pessoas podem e devem exigir do Estado de forma imediata e o que elas deverão esperar que o Estado as preste apenas pela forma de políticas públicas, ou seja, de forma mediata.

Dentre os vários temas que têm sido objeto de intensas discussões na atualidade, insere-se aquele atinente à capacidade limitada do Poder Público de

prover todas as necessidades ilimitadas da coletividade. Seja no campo da saúde, da infra-estrutura de transportes, de segurança pública, na área educacional, ou em qualquer outro setor no qual o Estado tem o compromisso de realizar tarefas para a consecução do bem comum.

Algumas pretensões fundadas em direitos fundamentais demandam a disponibilização de meios materiais para a sua concretização. Como esses meios são finitos cabendo ao poder discricionário do Estado a escolha da prioridade dos investimentos, surge à questão da escassez de recursos públicos na satisfação e garantia dos direitos fundamentais.

“Reserva do possível” ou “reserva dos cofres públicos” é, pois, a possibilidade, levando em conta os meios materiais de que disponibiliza o Estado, de prestações que o cidadão pode exigir do Estado condicionada ao limite do razoável, e, principalmente, ao limite orçamentário de que disponibiliza o ente público. É um fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por eles supridas.

O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que coloca, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos.

A teoria do princípio da reserva do possível tem origem juntamente com o constitucionalismo social cuja característica mais marcante foi à incorporação dos direitos fundamentais.

Originado na Alemanha a partir de decisões proferidas pela sua Corte Federal a partir de um caso no qual uma ação judicial proposta visava obter uma decisão que permitisse a determinado estudante cursar o ensino superior público. Tal pretensão se baseava na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia possibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em freqüentar as universidades públicas. Neste caso, ficou estabelecido que só se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade, destacando ainda a Suprema Corte Germânica que os intitulados direitos sociais estão sujeitos a reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Tal entendimento inviabilizaria que fossem requeridas providências do Estado acima de um patamar logicamente razoável de

exigências sociais, razão pela qual restou afastada a lógica de que o Poder Público estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas, para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas, onde por mais que o Poder Judiciário tenha como objetivo conferir a devida aplicabilidade às normas inseridas na Carta Magna, não pode almejar suprir todas as carências sociais mediante expedição de ordens judiciais, haja vista que faltam condições materiais suficientes para sua concretização.

Todavia, antes de se reconhecer a falta ou escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela. Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda de governo? Antes de os finitos recursos do estado se esgotar para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não dos detentores do poder.

A teoria da reserva do possível está intrinsecamente ligada às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, ou ao contrário, exigem a intervenção eficaz do Estado no sentido de promover, quando se trata de direitos sociais.

Sem o mínimo necessário à existência, cerra a possibilidade de sobrevivência do homem. A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nenhum ser humano poderá ser privado. Assim as parcelas ligadas ao mínimo podendo ser diretamente exigidas pelo Estado. Desta forma assim dispõe Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p.25):

Neste contexto, há que se enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa um vida condigna, no sentido de uma vida saudável, tem sentido identificado – por alguns como constituindo o núcleo fundamental dos direitos fundamentais sociais (...).

Portanto, a reserva do possível não pode ser subjetiva de quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la, utilizando argumentos construídos para uma realidade completamente diferente da brasileira.

Analisado os questionamentos de um modo geral, encontramos conflitos entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais. Entende-se que deve prevalecer o direito fundamental à prestação de políticas públicas.

Não se pretende, com essa postura, menosprezar a importância do orçamento e do direito financeiro, todavia há que verificar até que ponto os empecilhos formais podem impedir a materialização da essência da Constituição.

Importante destacar também que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que prevê:

Artigo 2º - 1: Cada Estado - parte no presente pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Pelo presente artigo, observa-se a mudança de paradigma de simplesmente atender a reserva do possível para a aplicação dos recursos disponíveis ao máximo, ou seja, efetivamente deve-se procurar transformar em realidade as conquistas formais dos direitos fundamentais.

Tal Pacto juntamente com a EC nº. 29/2000, possibilitou a vinculação de receita a ações e serviços públicos de saúde, conforme dispõe o art. 167, IV, da CF/88.

Concluindo, a reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na ora da decisão judicial. Não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

A reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público especialmente quando o pedido e a decisão visarem beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. Porém não poderá ser facilmente aceitável quando o que estiver em litígio seja o orçamento ou o programa. Nesses casos, apesar de não ser fácil o julgamento, a questão se

converte em avaliação concreta e empírica de certas circunstâncias, cujo resultado final será a procedência ou não da defesa da reserva do possível.

3 DIREITOS SOCIAIS E A SUA JUSTICIABILIDADE

Tendo em vista que a sociedade passou a buscar o judiciário para a resolução de litígios que questionam direitos sociais, a primeira parte deste capítulo tratará dos três tipos de oposições relacionadas ao tema. Será feito ainda uma análise do princípio constitucional da separação dos poderes ante a complexidade do sistema constitucional moderno. Negativa ou afirmação à legitimidade de o poder judiciário poder exercitar o controle de políticas públicas? Esse questionamento será discutido adiante.

3.1 Justiciabilidade dos direitos sociais

Desde a edição da Constituição de 1988 e diante da busca pelo Judiciário como meio para solução dos conflitos sociais com o intuito de dar consolidação à cidadania social, é possível identificar três tipos de oposições alicerçadas em diferentes matrizes políticas de interpretação e de ideologia.

A primeira, de caráter jurídico-sociológico que entende que a procura ao judiciário para resolução desses conflitos encontra obstáculo em questões ligadas à capacidade da tutela judicial para responder as demandas que dizem respeito a questões de eficácia de suas decisões, eficiência e acessibilidade ao sistema judicial. A segunda diz respeito a um posicionamento de caráter jurídico-ideológico que entende não ser tarefa do Judiciário a resolução de tais conflitos e faz parte de uma conduta jurídica que impede a tomada de decisões por parte do Judiciário. A terceira, de concepção político-ideológica, entende que a judicialização dos conflitos sociais frustra a possibilidade de desenvolvimento das lutas populares pela reivindicação de direitos.

Na primeira concepção, aliada à conformation de que o judiciário é incapaz de resolver questões ligadas ao exercício da cidadania social. Aderir a isso significaria a retirada e o descompromisso estatal relativo à consolidação dos direitos sociais e

colocaria os setores mais fracos da relação social em condições de subjugação aos setores comunitários mais organizados.

A segunda concepção, que se encontra disseminada na cultura jurídica brasileira, forma uma cultura jurídica que acaba por limitar a atuação do judiciário sob orientações que proíbem o juiz de julgar contra a lei e somente o fazem agir para reconstruir uma realidade que leve à subsunção de um fato a uma norma, sempre em conflitos particularizados, com a prevalência de garantia de direitos do indivíduo. Em face da existência deste acultramento jurídico, não somente setores conservadores e mantenedores do "*statu quo*", mas também magistrados preparados e talhados nesta concepção jurídica, sempre se mostraram avessos ou perplexos diante de novas exigências, negando a tutela do Judiciário aos reclamos da sociedade para o efetivo exercício da cidadania em toda sua plenitude, particularmente no tocante à garantia dos direitos sociais.

O terceiro entendimento, destituído de qualquer enfoque jurídico, não se preocupa em entender sequer os motivos que levam à eleição das salas dos tribunais como arena de disputa por tais direitos, e por esse motivo não deve ser tomado em consideração para o desenvolvimento do presente trabalho.

Os direitos prestacionais exigem um atuar do Estado, o qual, se não o fizer, estará ocorrendo em omissão constitucional, e a possibilidade de efetivação depende não somente da existência de uma dogmática ou de uma hermenêutica que se comprometam com a aplicabilidade e a eficácia da Constituição em todos os seus aspectos. Não é suficiente o entendimento doutrinário a respeito da possibilidade de judicialização dos conflitos sociais e, portanto, da atuação do Poder Judiciário como órgão que conhece e soluciona tais conflitos e dá o máximo de efetividade ao texto constitucional, mormente quanto aos direitos fundamentais sociais. É também crucial que exista jurisdição constitucional, formadas por possibilidades processuais e entendimentos jurisprudenciais que possam e queiram dar eficácia à Constituição. A questão que se coloca como fundamental, portanto, é a de resolver o papel do Judiciário em caso de omissão do Executivo e do Legislativo na tarefa de dar efetividade à constituição.

Conhecer processos concretizadores dos direitos fundamentais sociais no ambiente jurisdicional significa também saber a forma como o Judiciário recebe e trata as questões relativas à subjetividade e à aplicabilidade que lhes é dada e os mecanismos que lhes possam dar efetividade.

3.2. A “Separação de Poderes”

Importante ressaltar que a denominação “Separação de Poderes” é uma referência às lições de Aristóteles, e, portanto, modernamente, não deve ser radicalmente assim considerada, tendo em vista que o poder estatal é indivisível e separado apenas por funções, conforme podemos observar no Art. 1º, Parágrafo Único da CF/88 que dispõe: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, deixando claro que o poder é um só.

Feitas as primeiras considerações, passaremos à interpretação dos artigos seguintes da nossa Carta Maior:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III- a separação dos Poderes.

A condição de cláusula pétrea² da separação dos poderes garante a irremovibilidade desta do ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se que a separação dos Poderes está consagrada na Constituição Federal de 1988, e se mantém associada à idéia de um Estado Democrático de Direito, tendo por finalidade proporcionar uma excelente estrutura e organização estatal.

As primeiras bases teóricas para a tripartição de Poderes foram lançadas na Antiguidade grega pelo pensador Aristóteles onde o pensador vislumbrou a existência de três funções diferentes e exercidas pelo poder soberano. Tais funções são: A de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto e a última função que é a de julgamento dentre os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos.

Porém em decorrência do momento histórico vivenciado durante a criação dessa teoria, Aristóteles descreveu a concentração do exercício dessas funções a

² Dispositivo constitucional imutável, que não pode ser alterado nem mesmo por proposta de emenda à Constituição, impedindo inovações em assuntos fundamentais.

uma única pessoa, o soberano. Tal pensador contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, apesar de exercidas por um único órgão.

Muito tempo depois, a teoria de Aristóteles foi aprimorada pela visão precursora do Estado liberal burguês desenvolvida por Montesquieu. Partindo do pressuposto aristotélico, Montesquieu inovou, ao dizer que as três funções estariam interligadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, onde cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano, descrevendo cuidadosamente a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. Refletindo sobre o abuso do poder real, Montesquieu conclui que "só o poder freia o poder", no chamado "Sistema de Freios e Contrapesos" (*Checks and balances*), daí a necessidade de cada poder manter-se autônomo e constituído por pessoas e grupos diferentes. Conforme descrita teoria, cada poder exercia uma função típica, inerente a sua natureza, atuando independente e autonomamente. Dessa forma, cada órgão exercia somente a função que lhe fosse típica onde tais atividades passam a ser realizadas, independentemente, por cada órgão.

Nesse sentido Alexandre de Moraes (2000, p. 360):

O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (*Checks and balances*).

A teoria de tripartição de poderes, preconizada por Montesquieu fora adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada, pois para atender os parâmetros da época ao qual foi criada, essa teoria pregava uma separação pura e absoluta dos mesmos, o que não condiz com constitucionalismo moderno.

Dessa forma, além do exercício de funções típicas, inerentes a sua natureza, cada órgão exerce, simultaneamente outras funções atípicas ou de natureza típica dos outros dois órgãos.

Assim, temos que o poder Estatal é uno e indivisível, não se tripartindo. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções. Os atos

praticados pelo Estado decorrem de um só Poder, uno e indivisível. Esses atos adquirem diversas formas no exercício das diversas funções pelos diferentes órgãos.

Uma postura mais ativa do judiciário tem implicado em zonas de tensão com as demais funções do poder e possíveis questionamentos a respeito da legalidade dessa atividade exercida pelo poder judiciário. Não se defende, todavia, uma supremacia de qualquer das funções, mas a supremacia da Constituição, conforme pontificou com precisão Daniel Sarmiento (2000, p. 195):

As Constituições são compostas por princípios e regras jurídicas. Uma constituição que só contivesse princípios não emprestaria a segurança jurídica e previsibilidade necessária, ao ordenamento, mas uma constituição, fundada exclusivamente em regras, não possuiria a plasticidade necessária à acomodação dos conflitos que eclodem na sociedade.

A Carta Magna, ao prever que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da constituição, automaticamente determina que haja mecanismos para o cumprimento dessa missão, não sendo possível invocar a separação de funções como limite ou impedimento à prestação, pelo Estado a sociedade, de direitos previstos constitucionalmente.

O princípio da separação dos poderes encontra-se positivado no artigo 2º da Constituição Federal ao prever que são Poderes da União, independentes e Harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nesse sentido ponderou com maestria Sepúlveda Pertece conforme ADI 183/MT, DJ 31.10.1997, p. 540:

O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigiu, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação de poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.

É de se destacar que a nomenclatura separação de poderes não deve prosperar, uma vez que, efetivamente, o poder estatal é uno. Há, portanto, em nosso país uma separação de funções e não de Poderes, até porque na verdade todos os poderes estão abaixo da Constituição. O poder estatal é um só, materializado na

Constituição, da qual se extrai que a separação de funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais.

3.3 Negativa à legitimidade de o Poder Judiciário exercer controle de políticas públicas

A promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais, onde cada direito pode ensejar obrigações negativas ou omissivas como, por exemplo, o dever de respeitar, a liberdade de expressão; o direito poderá, em outra análise, exigir do Estado prestações positivas, comissivas, como no acesso a educação, as prestações de saúde ou as condições habitacionais. Nesse sentido, um aspecto fundamental que se deve mencionar são as ações estatais que exigem prestações positivas por parte deste, ou seja, capaz de realizar os direitos fundamentais, pressupõe decisões acerca do dispêndio de recursos públicos.

As atividades legislativas e jurisdicionais envolvem a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas.

Dessa forma, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na carta magna e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral. Para isso será necessário a implementação de políticas públicas, cujo conceito já foi citado em capítulo anterior, onde as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção dos direitos fundamentais.

O fato é que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Dessa forma, como não há recursos ilimitados, será preciso do poder público priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política, ao contrário essa discussão recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional. A constituição não aponta de forma específica que políticas públicas devem ser implementadas em cada caso, assim a questão acaba sendo remetida para a interpretação constitucional pelos agentes públicos em geral.

O primeiro conjunto de críticas a respeito do controle judiciário de políticas públicas diz respeito ao desenvolvimento da teoria da Constituição.

Com efeito, a dogmática dos princípios constitucionais reconhece que a estrutura dos princípios é composta de duas partes núcleo e área não nuclear. O núcleo do princípio funciona como regra, impondo efeitos determinados e na sua área não nuclear, os princípios indicam um sentido geral onde poderão ser feitas escolhas.

Ademais, a definição e a execução das políticas públicas já estão submetidas ao controle político-social dos grupos de oposição e da população em geral, que manifesta sua opinião sobre o assunto ao menos nas eleições. A invasão pelo Direito, e pela Constituição, do espaço próprio do pluralismo político produziria (pelo menos é o que se alega) um grave desequilíbrio em prejuízo da democracia.

Não há dúvida de que definir quanto se deve gastar de recursos públicos, com que finalidade, em que e como, são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado. A própria Constituição o reconhece ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo no que diz respeito à elaboração do orçamento, a sua execução e controle.

Em primeiro lugar, o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, é indispensável para o funcionamento regular da democracia, especificamente, para a existência do próprio controle social de políticas públicas. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras esse controle não tem como funcionar se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.

Esse questionamento teórico ganha especial significado em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como no Brasil, nos quais uma quantidade significativa da população habilitada formalmente a participar do processo democrático vive em situação de pobreza extrema. Em condições de pobreza ou na miserabilidade, e na ausência de níveis básicos de educação e informação, a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático está amplamente prejudicada.

Um segundo grupo de críticas a respeito desse tema diz respeito a uma perspectiva predominantemente filosófica que menciona não ser presunçoso imaginar que os juristas, e os juizes, tomariam melhores presunções em matéria de políticas públicas que os agentes públicos encarregados dessa função. Não se trata

apenas da questão de legitimidade democrática dos magistrados, mas de sua legitimidade essencial, nesse sentido Abramovich; Courtis. (2004, p. 127):

otro de los tradicionales obstáculos para hacer justiciables los derechos sociales reside en el criterio sumamente restrictivo que suele emplear la magistratura a la hora de evaluar su facultad de invalidar decisiones que pueden calificarse como políticas.

. Afirmar essa legitimidade ao judiciário seria afirmar que os juristas são mais sábios, mais éticos e mais comprometidos com o interesse público. Essa pressuposição, associada a idéia de uma aristocracia dos "reis-filósofos", violaria o fundamento básico dos Estados Republicanos, por força do qual, no âmbito da sociedade política, se entende que a opinião de todos tem o mesmo valor e essa separação de funções esta muito mais ligada à questão política do que filosófica.

A terceira crítica tem um sentido mais operacional, podendo ser explicitada de forma que nem o jurista, nem o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas, ou seja, ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sentido de políticas públicas globalmente considerada, assim Edley JR, (1994, p. 36):

Os aspectos de la acción administrativa apropiadamente resueltos por métodos de decisión propios de la pericia técnica o la política pública son objeto de deferencia judicial precisamente porque tales métodos son presuntamente ajenos a los tribunales.

Além do mais, os indivíduos que procuram o judiciário para postular bens ou serviços em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representantes das classes menos favorecidas da sociedade. Estes na maioria não chegam aos Tribunais e nem são ouvidos pelos juizes. Nesse contexto, o que se pode verificar é um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais (que em tese deveriam

beneficiar os mais necessitados de forma direta) para as demandas específicas daqueles que detêm informação e capacidade de informação.

3.4 A legitimidade do judiciário no controle de políticas públicas: na ausência de políticas públicas

Discutir a legitimidade do juiz para exercer o controle de políticas públicas não é tarefa fácil. Deve-se inicialmente analisar a vinculação do juiz à lei.

Numa concepção positivista, haverá uma plena identificação do direito com a lei, onde a legitimação da decisão judicial é a lei. Por essa concepção, o juiz ao julgar além da lei estaria adentrando em uma seara que não lhe pertence, violando a separação de poderes e decidindo, portanto, sem legitimidade.

É importante lembrar que a constituição confere ao Supremo a sua guarda e que no Brasil, qualquer juiz pelo controle difuso de constitucionalidade, deve fazer valer a constituição. Acontece que essa Constituição é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. Logo, seria impossível continuarmos com o dogma do positivismo e da completude da legislação.

É claro que existe legitimidade do juiz para atuar além da lei, mas tal situação depende uma fundamentação adequada. Nesse sentido Aury Lopes Júnior (2004, p.73)

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e se a fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Ao reconhecer a legitimidade do juiz para atuar além da lei, não significa dizer que o juiz esta acima da lei. Não se pretende com isso uma nova ditadura de juizes, o que se pretende é a prevalência dos direitos humanos. Dessa forma, o voto não é, necessariamente, o único fator de legitimação, onde a concepção de democracia, não se reduz a meros procedimentos de seleção de dirigentes. A vitória eleitoral não

constitui a escravidão silenciosa dos derrotados. Conforme preleciona Américo Bedê Freire Júnior (2005, p.61):

A eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeitar a constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas.

Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais mais injustiças não sejam perpetradas.

A Constituição Federal de 1988 pontificou em seu artigo 5º, § 1º, que a aplicabilidade dos direitos fundamentais deve ser imediata.

O certo é que cotidianamente, a força normativa da constituição vem sendo minada a partir de posturas que utilizam o velho argumento da não-aplicabilidade imediata da constituição.

A omissão total não deixa de ser uma política pública negativa, que pode estar sendo praticada por uma minoria, a qual aprovou o texto constitucional consciente de que não haveria qualquer tipo de sanção pelo descumprimento da norma.

A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder.

Quando um direito fundamental não está expresso em uma norma constitucional, o seu descumprimento gera apenas uma omissão simples; todavia, quando existe a norma constitucional, a sua não-efetivação passa a configurar uma omissão qualificada que implicaria a possibilidade de existir controle dessa decisão.

Em nenhum momento pretende-se colocar o Judiciário acima dos demais poderes. Ao contrário, em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição; contudo, quando tal tarefa não for cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico.

O fato é que não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida.

A Constituição prevê ainda em seu artigo 5º, XXXV, peremptoriamente que: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Verifica-se, portanto, que deve haver uma maior participação dos juizes na efetivação da Constituição.

3.5 A legitimidade do judiciário no controle de políticas públicas: quando há políticas públicas insuficientes

Com relação à omissão parcial de políticas públicas, onde existem políticas públicas, mas ou elas são insuficientes para atender a demanda ou o critério adotado pela política pública exclui determinados grupos ou cidadãos de sua abrangência.

Trata-se de um problema de grande consequência prática, pois a proteção universalista dos direitos fundamentais não é compatível com a exclusão de determinados grupos, bem como a realização mínima de direitos fundamentais.

A omissão parcial está diretamente ligada ao princípio constitucional da igualdade, lembrando-se da conhecida frase em tratar igualmente ou iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, onde a igualdade é um dos pontos centrais do constitucionalismo.

Segundo Paulo Bonavides (2000, p.301):

O centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado contemporâneo.

O princípio da igualdade se refletirá nas políticas públicas, uma vez que permitirá a todos os indivíduos o direito de concorrer, em igualdade de condições, às políticas públicas. Não pode o Estado escolher quem serão os destinatários de políticas públicas, uma vez que elas devem ter uma abrangência global.

Com sabemos a ilegalidade não ocorre apenas por uma ação, mas também por omissões e em qualquer dessas duas situações a apreciação pelo poder

judiciário desses tipos de ilegalidade é planamente legítima. Importante mencionar o posicionamento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 178) ao mencionar o princípio da proporcionalidade na resolução de conflitos:

Assim o controle da discricionariedade pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade deve ser entendido desta forma: quando a administração pratica um ato discricionário além dos limites legítimos de discricionariedade que a lei lhe conferiu, esse ato é ilegal, e um dos meios efetivos de verificar sua ilegalidade é a aferição da razoabilidade e proporcionalidade. Ainda que a administração alegue que agiu dentro do mérito administrativo, pode o controle de razoabilidade e proporcionalidade demonstrar que, na verdade, a Administração extrapolou os limites legais do mérito administrativo, praticando, por isso, um ato passível de anulação (controle de legalidade ou legitimidade), e não um ato passível de revogação (controle de mérito, de oportunidade e conveniência administrativa, que é sempre exclusivo da própria Administração Pública).

Há ainda outro fundamento constitucional correlacionado com o tema que é o direito à igualdade de prestações. E do mesmo modo que a omissão total, a omissão parcial precisa ser combatida pelo Judiciário.

Diante desse problema podemos citar desde casos simples como a falta de vagas em escolas públicas, a casos complexos como no caso do salário mínimo estabelecido em lei que não atende a Carta Magna, uma vez que esta prevê que o salário mínimo será capaz de atender necessidades, inclusive de uma família, relativas à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social e o valor fixado não permite objetivamente o cumprimento da norma constitucional.

O verdadeiro dilema é reconhecer o caráter aberto e dinâmico da Constituição e também, como em todo processo histórico, constatar que é possível não existir previamente a resposta para todos os problemas.

Cabe mencionar que existem, pelo menos, dois tipos de decisões interpretativas: as denominadas aditivas e as substitutivas.

Decisões aditivas implicam a possibilidade de o tribunal adicionar elementos, originariamente não explícitos na norma, com o fim de alcançar situações não previstas ou permitir a constitucionalidade de uma norma.

Nas decisões substitutivas, o tribunal inicialmente decide que determinada parte da norma inconstitucional, mas substitui essa parte por algo decorrente do sistema, permitindo que haja a aplicação da lei em sua integralidade.

É claro que, na adoção dessas técnicas, o tribunal não tem liberdade absoluta para atuar como se legislador fosse, ao contrário fica limitado à potencialidades de uma interpretação sistemática da Constituição e a conteúdos que deviam estar implícitos.

4 DIREITO À SAÚDE E ACESSO À JUSTIÇA

O objetivo desse capítulo é analisar o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, analisando os dispositivos constitucionais a ele pertinentes, discutindo acerca do acesso à justiça como forma de inclusão social, analisando a legislação sobre a matéria, sempre como objetivo de definir qual o alcance concreto da garantia fundamental em pauta.

4.1 Direito fundamental: a saúde na Constituição

A saúde é caracterizada pelo artigo 6º da Constituição como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância, e a assistência aos desamparados.

Por outro lado a saúde é prioridade no orçamento conforme se observa:

Art. 167. São vedados: (EC nº. 3/93, EDC nº. 19/98, EC nº. 20/98, EC nº.29/2000 e EC nº. 42/2003)

[...] *Omissis*

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de créditos por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

Essa prioridade no orçamento prevista pelo legislador constitucional é que justifica a sua vinculação de receita, demonstrando, desta forma, a preocupação com esse direito fundamental.

No Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo II – da Seguridade Social, e na Seção II – Da Saúde, se insere o artigo 196, dispondo:

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tendo a Constituição Federal de 1988, reconhecido o direito à saúde como direito fundamental, as normas que o garantem têm aplicação imediata, na forma do § 1º do artigo 5º do próprio texto constitucional. Esse entendimento, ao que parece, a despeito de alguma discrepância inicial com o artigo acima mencionado, está sedimentado e decorre da própria concepção de normatividade direta da Constituição.

O Preâmbulo e o Título referente aos Princípios Fundamentais ainda dispõe que o Estado Democrático instituído pela norma constitucional é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, entre outros valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O artigo 1º, por sua vez, inaugura o texto constitucional, colocando, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que constitui a República Federativa do Brasil, a qual tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, na forma do inciso I do artigo 3º. Em suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil, a teor do artigo 4º, II, da CF/88, também se compromete com a preferência dos direitos humanos.

Ao inaugurar o Título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, o artigo 5º, *caput*, assegura expressamente a inviolabilidade do direito à vida, que tem, ainda, sua proteção reforçada por se tornar cláusula pétrea, consoante o disposto no artigo 60, § 4º, IV.

Do direito à vida e a proteção à dignidade humana certamente decorre, entre outros, o direito à saúde, caracterizado no artigo 6º como direito social, inserido, no Capítulo da Ordem Social e com previsão central no artigo 196.

A Ordem Social, conforme previsão do artigo 193 tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça social. A ordem social, portanto, visa diretamente o bem-estar social e a justiça social. Diferentemente do que ocorre na Ordem Econômica, a teor do artigo 170, onde a justiça social é um meio de atuação, aqui a justiça social será uma finalidade, sendo que o direito à saúde se caracterizará como um típico direito de justiça social.

É preciso ainda situar o tema dentro do quadro da seguridade social, que é o termo amplo que descreve, na forma do artigo 194, o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Saúde, previdência e assistência social são termos que descreverão ações e serviços distintos, mas integrados no conjunto organizado pela seguridade social, cujos objetivos gerais estão previstos no parágrafo único do artigo 194.

Esta é a base positiva em que se funda o direito a saúde, porém em sede constitucional, é importante observar disposições constantes da Seção referente à Saúde, no Capítulo da Ordem Social.

Esta Seção se inicia pela disposição que constitui o cerne do direito à saúde, Artigo 196 da CF. É sempre ressaltado que este artigo dispõe que à saúde é direito de todos, o que define seus titulares, e dever do Estado, o que indica o responsável por suas prestações, sem prejuízo do disposto no artigo 199 que torna a saúde livre a iniciativa privada. Este dispositivo, contudo, também refere que a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas, uma finalidade que releva a preocupação com a prevenção, e ao acesso universal igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, uma finalidade que especifica ainda mais a forma como será garantido o direito social em estudo.

O artigo 198, esboça em linhas gerais a forma de organização do sistema de saúde no Brasil, determinando que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único, organizado com observância das seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo o que impõe responsabilidade à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, o que reforça a necessidade de ações de caráter preventivo; participação da comunidade o que é essencial para se entender o direito à saúde como relação e não como poder individual.

Este mesmo dispositivo, em seus parágrafos, define algumas regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo (Artigo 1º, artigo 18 e artigo 60, § 4º, I, todos da CF/88).

Após essa análise estrutural e interpretativa de como a Constituição Federal trata desses dispositivos, é importante discutir acerca do acesso à justiça e o acesso a esse direito social como forma de inclusão social.

De forma bastante explicativa Paulo Henriques da Fonseca (2007, p. 16) em sua dissertação pronuncia-se:

Por acesso à justiça se entende a possibilidade de realizar o direito ou mantê-lo a salvo de violações mediante um processo judicial justo, célere e efetivo. Além do mero acesso formal ao Judiciário, foca-se a decisão estatal quanto à tutela do direito buscado, considerando a fragilidade e situação de risco da parte de quem busca amparo jurídico, bem como os fundamentos sobre os quais esses direitos são tutelados. (...)

O acesso ao processo civil é o que traz maiores benefícios para os que buscam efetivar direitos, acessar a Justiça, pois veiculam, caso dos direitos sociais, prestações positivas como aposentadorias e benefícios assistenciais em dinheiro, mesmo que de ínfimo valor, são as únicas formas de participação dos excluídos na herança social.

Assim, como meios de instrumentos processuais utilizados para a defesa dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração temos a Ação Popular vista como uma forma de exercício da soberania popular onde o cidadão exerce uma função fiscalizatória sobre o Poder Público a fim de prevenir danos que podem ser causados a bens jurídicos, o Mandado de Injunção, a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança, entre outros.

Portanto, a justiciabilidade dos direitos sociais é importante para tornar efetiva as declarações de direitos, tendo assim, uma significação prática.

A partir de alguns exemplos de meios judiciais que possibilitam a justiciabilidade dos direitos sociais, é importante incrementar que todos nós temos um papel social na busca da verdadeira justiça social, contribuindo para a melhoria de nossa sociedade, exigindo e cobrando os nossos direitos e não apenas de esperando “a boa vontade” do Poder Público.

Esta, portanto, é a primeira leitura que se pode fazer das normas constitucionais referentes ao direito à saúde, necessária para se poder delimitar com maior precisão, os fins propostos e o estado de coisas a ser buscado.

4.2 Direito à saúde: caracterização do problema

Para compreender melhor os problemas que vem dificultando o acesso igualitário e universal a esse direito social é importante entender o porquê que ele deixou de ser apenas do Executivo e se tornou um problema também do Judiciário, sendo entendido como a judicialização dos direitos sociais.

Como já discutido em capítulos anteriores, o problema não estar somente na formalização desses direitos, mas também na sua efetivação pelo poder Executivo através de políticas públicas eficientes e gerenciamento consciente de recursos públicos. O que se observa é que os direitos sociais têm servido muito mais de promoção política através de promessas de governantes descomprometidos, do que de seu real objetivo que é a diminuição das diferenças sócio-culturais.

A questão da saúde tem sido questão de preocupação e discussão nos diversos órgãos do poder judiciário devido a constante busca pela população ao acesso a esse direito fundamental.

Como se não bastasse o problema da exclusão social fortificada ao longo do tempo, a injustiça social que a maioria da população brasileira sofre constantemente, o acesso ao judiciário na busca desse direito também é uma dificuldade latente na atual conjuntura sócio-política.

Nesse sentido Paulo Henrique da Fonseca (2007, p. 14,15):

A exclusão social gera uma subespécie, a exclusão jurídica. No contexto atual em que se pode falar de um consenso cada vez mais forte em torno do Estado democrático de direito, da democracia como forma de gestão política e social, a dimensão jurídica da exclusão ganha relevo. Trata-se de uma privação específica, mas relevante, de obstáculos à efetivação da cidadania e ao uso e gozo dos direitos pelos indivíduos e grupos sociais.

A verdade é que devido à exclusão social, que de acordo com Paulo Henrique, gera uma outra subespécie que é a exclusão jurídica, podemos observar que a população pobre além de ser privada durante toda a vida de seus direitos fundamentais dificilmente terá acesso ao judiciário. Constata-se isso, quando comparamos a porcentagem da população brasileira que vive em situação de pobreza absoluta e a demanda judicial de ações que buscam, ou pelo menos questionam direitos fundamentais sociais.

Como se não bastasse, mesmo quando uma mínima parcela da população (diga-se de passagem, que, não é a mais pobre de todas, pois esta provavelmente

nasce e morre sem ter sequer conhecimento de seus direitos!) tem acesso a esse instrumento e vê suas pretensões serem confirmadas pelo judiciário, percebe-se que essas decisões, apesar de urgentes, dificilmente vem sendo cumpridas como pode observamos no quadro que segue abaixo referente às despesas que cada ente federativo da União teve durante o exercício de 2008 com medicamentos quando pleiteados pela via judicial.

Importante mencionar que o direito à saúde possui receita vinculada de acordo com a EC 29 (a Emenda Constitucional número 29/2000 determina a aplicação de recursos mínimos em saúde).

De início, cumpre mencionar que os medicamentos comuns, aqueles que compõem uma farmácia básica e que são normalmente de baixo custo, são aqueles destinados ao tratamento da maior parte das enfermidades acometidas pela população brasileira e denominam se medicamentos essenciais. São, pois, a regra em contraponto com a excepcionalidade dos medicamentos excepcionais.

Medicamento excepcional é aquele utilizado no tratamento de doenças crônicas, consideradas de caráter individual e que, por atingirem um número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até mesmo permanente, com o uso de medicamentos de custo elevado. Por serem, em sua maioria, medicamentos excessivamente onerosos, são também chamados por alguns de medicamentos de alto custo. São excepcionais, porém não deixam de ser essenciais, na medida em que, dentro de sua excepcionalidade, asseguram a vida e o bem-estar do usuário. Esse conceito é importante uma vez que observou-se, em todos os entes federativos, uma vinculação no orçamento destes, para a aquisição e distribuição desses medicamentos ditos excepcionais.

O alto custo do medicamento excepcional faz emergir a reiterada alegação, pelos gestores de saúde, da escassez de recursos financeiros, invocando-se, inclusive, a denominada reserva do possível, já discutida em capítulo anterior.

Porém em um Estado em que o povo necessita de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde se multiplicam cada vez em maior proporção cidadãos socialmente excluídos, os direitos sociais não podem ficar reféns de condições do tipo “reserva do possível”, pois os “recursos” existem só que não se encontra (este sim, é o problema) devidamente planejados.

O que se pretende, com este estudo é afirmar e permitir que o Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determine uma

redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas, festas e espetáculos públicos; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dando aos mesmos, condições mínimas de existência, já que as autoridades políticas não vêm assim fazendo.

Mesmo sabendo que a falência da saúde no Brasil vai desde recursos mal alocados, questão que será tratada no capítulo seguinte, gerando carência em seus serviços que vão desde a desproporcionalidade entre a demanda a esses serviços e profissionais da área, à falta de instrumentos de trabalho, número insuficiente de hospitais públicos, falta de leitos em UTI's, etc. essa pesquisa tenta demonstrar que como se não bastasse toda essa problemática já bastante discutida, as decisões judiciais nesse sentido não vem sendo cumpridas, como observa-se:

Tabela 1 – Gastos judiciais com medicamentos excepcionais no Brasil em 2008.

Exercício 2008				
REGIÃO	ESTADO	RECURSO TOTAL DESTINADO AO ESTADO	REC. DESTINADO À AQUISIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS	GASTOS PELA VIA JUDICIAL C/ MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS
NORTE	Acre	2.545.568.842,66	1.984.532,59	0,00
	Amapá	2.212.173.644,17	1.158.780,62	0,00
	Amazonas	3.819.640.516,90	4.721.264,10	0,00
	Pará	8.720.988.285,76	16.478.885,93	722,9
	Rondônia	2.506.858.642,12	5.184.215,31	0,00
	Roraima	1.842.607.913,84	923.806,40	0,00
	Tocantins	3.929.686.533,51	4.660.568,76	0,00
NORDESTE	Alagoas	4.882.651.629,11	16.320.565,29	0,00
	Bahia	16.689.153.067,26	54.162.355,26	0,00
	Ceará	10.515.885.029,56	80.078.657,27	0,00
	Maranhão	9.204.660.903,70	17.907.886,53	0,00
	Paraíba	5.866.654.930,23	28.063.033,22	0,00
	Piauí	5.127.472.027,94	18.918.336,57	0,00
	Pernambuco	10.570.781.225,81	43.080.012,42	0,00
	Rio Grande do Norte	5.230.238.469,69	47.869.697,39	3.361,68
	Sergipe	4.069.190.150,99	16.349.256,54	0,00
CENTRO-OESTE	Mato Grosso	3.827.016.875,16	24.365.027,25	0,00
	Mato Grosso do Sul	2.669.061.075,81	24.204.580,01	0,00
	Goiás	5.606.581.983,45	42.302.226,01	0,00
	Distrito Federal	5.397.376.766,36	54.381.239,04	0,00
SUDESTE	São Paulo	24.054.216.327,08	1.034.303.452,06	0,00
	Minas Gerais	17.326.449.736,19	246.463.958,47	0,00
	Rio de Janeiro	18.908.742.207,89	116.491.535,47	0,00
	Espírito Santo	4.022.616.093,72	53.110.431,56	0,00
SUL	Paraná	9.424.146.329,26	140.590.598,58	251.029,99
	Rio Grande do Sul	9.458.832.957,29	80.214.082,64	0,00
	Santa Catarina	5.324.179.219,56	130.463.498,20	2.166,55

FONTE: Portal da Transparência.

Desculpas como a falta de recursos, falta de licitação, etc. alegadas por gestores públicos nesses tipos de ações, não devem ser aceitas desde que não sejam detalhadamente comprovadas, uma vez que trata-se de direito fundamental ligado diretamente à vida (o maior de todos os direitos), e os gastos com ações desse tipo são praticamente inexistentes. Em alguns casos falam-se até em ilegitimidade passiva para excusar-se de tais obrigações, onde é muito estranho que os gestores públicos brasileiros não conheçam suas próprias competências! Portanto nem mesmo quando viram sentenças esses direitos tem sido efetivados, daí a demonstração do tamanho da sua fragilidade e a conseqüente descredibilidade no poder judiciário.

Importante analisarmos o entendimento de Paulo Henriques (2007, p. 65):

Interessante observar que os direitos e garantias mais clássicos referentes à liberdade, à segurança e à propriedade, que se convencionou coligar como direitos civis e políticos, convergem para a formação de codificações (penais, civis, processuais). Há a tendência de torná-los mais orgânicos, mais sistêmicos e assim jurídica e judicialmente mais aptos à tutela e proteção. Já com os direitos sociais ocorre uma tendência oposta de pulverização de leis veiculadoras de "direitos anões" e ligados a programas sociais não emancipatórios, direitos que inclusive têm pouca ou nenhuma exigibilidade judicial pois se inscrevem nas disponibilidades e discricionariedades da administração.

É exatamente o que acontece com o direito à saúde sujeito a políticas públicas ineficientes e mal planejadas, portarias regulamentadoras e leis esparsas que acabam por dificultar sua exigibilidade quando conflituam com direitos objetivos já fortificados nas doutrinas e leis nacionais e portanto bem menos questionados.

5 DIREITO À SAÚDE E OS TRIBUNAIS

Apesar de ter no direito do trabalho o primeiro dos direitos fundamentais sociais que desencadeou todos os demais, este por ser um direito de primeira dimensão, que, portanto requer liberdades positivas e em tese não necessita do dispêndio de recursos públicos, o direito a saúde tomou a cena no mundo jurídico atual, em que a globalização vem implicando uma exclusão social nunca antes relatada. Por estar intrinsecamente ligado ao direito à vida e deste não podendo se separar, o direito à saúde vem sendo tema de ferrenhas discussões no cenário jurídico devido sua efetivação requerer altos custos aos cofres públicos que detêm recursos escassos, finito.

5.1 Constituição Federal de 1988, “uma Constituição Cidadã”

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 em seu caput reúne as características mais essenciais do estado brasileiro, como mostra a seguir:

Art. 1º A República federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Como se vê a federação é forma de Estado adotada no Brasil, onde coexistem em seu território, unidades dotadas de autonomia política, que pressupõe competências próprias discriminadas diretamente no texto constitucional. A forma federativa de Estado é, no Brasil, cláusula pétrea, não podendo ser modificada nem mesmo por emenda à Constituição.

República é a forma de governo fundada na igualdade jurídica das pessoas, onde o poder político é exercido em caráter eletivo, representativo, transitório e com responsabilidade.

O Estado Democrático de Direito, enquanto regime político traduz a idéia de um Estado em que às pessoas e os poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito e os poderes públicos são exercidos por representantes do povo visando assegurar, entre todos, uma igualdade material (condições materiais mínimas necessárias a sua existência digna).

A Constituição preceitua ainda no artigo 193 que: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Nossa carta política vai além prevendo mecanismos de participação ativa da população como o sufrágio universal e também o controle aos poderes instituídos.

Esses mecanismos de participação ativa da população no Estado Democrático de Direito institui novas expectativas para o exercício da cidadania brasileira, aproximando cada vez mais a justiça da política e vice-versa, dando destaque ao ativismo judicial³. Modernamente, esse termo, vem sendo denominado entre os juristas de “judicialização da política” e “politização da justiça”.

Há judicialização da política, por exemplo, quando os tribunais ao serem associados de forma legítima, afeta de forma significativa a ação da política.

A judicialização da política está a conduzir a politização da justiça.

O fenômeno da politização da justiça vem pondo em causa não só a funcionalidade da justiça, mas também a sua credibilidade ao ver suas decisões se esbarrarem em situações políticas que muitas vezes estão amparadas por princípios fundamentais constitucionais como o da anuidade orçamentária, ato jurídico perfeito, a coisa julgada, etc.

O exercício da cidadania, em uma constituição dita cidadã, vem sendo tosado ante a rigidez do texto constitucional, além da ausência de conhecimento, pelo povo, do poder que possui e da falta de cultura participativa e de informações sobre os meios para realizá-la.

³ Essa expressão vem sendo utilizada em acepções como, por exemplo, a inovação jurídica de não neutralidade de o juiz na interpretação e aplicação da lei e está relacionado com o controle das funções dos demais poderes do Estado pelos tribunais.

Além do mais, os direitos subjetivos, tem sua aplicabilidade prejudicada ante os direitos objetivos. A grande dificuldade é definir qualitativamente essa essência subjetiva, e principalmente, obrigar que haja o respeito a essa essência. Esse núcleo substancial jamais pode ser definido exclusivamente pelo direito, sendo impossível definir todos esses direitos. Porém com maestria se posiciona a esse respeito Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 26):

Assim, verifica-se que mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial.

É certo que nada adiantaria uma concepção substancial sem mecanismos de defesa para eventuais ataques a esse núcleo da Constituição. O Poder Judiciário é esse guardião que detém essa árdua missão.

A histórica luta pela conquista da formalização dos direitos fundamentais não produzirão os efeitos desejados se contínuas omissões fáticas, do poder público e do capital privado, receberem o beneplácito do Poder Judiciário que vem se autolimitando na missão de garantidor dos direitos fundamentais.

Portanto, devem-se demonstrar instrumentos mais eficazes que busquem dar efetividade a essa concepção substancial da Constituição.

Assim, deve o Estado procurar pressupostos sociais necessários para a realização da liberdade dos direitos fundamentais e favorecê-los.

5.2 Surgimento dos conflitos entre direitos fundamentais relacionados ao direito social à saúde

É certo que o povo reconheceu no Poder Judiciário legitimidade a efetivação e garantia de seus direitos fundamentais. Ademais, através dos instrumentos que lhe são oferecidos para o efetivo controle judicial de políticas públicas, não são poucas às vezes, em que direitos fundamentais aparecem em conflito quando relacionado ao direito à saúde.

Os conflitos surgem com a escassez de recursos sendo o direito à saúde um direito positivo e que, requerem prestações do Estado, prestações essas que vem necessitando cada vez mais de altos custos aos cofres públicos.

Diferentemente dos direitos "negativos" que comportam conflitos de delimitação em que diante do caso concreto o estado será acionado a dizer, em circunstância concreta qual direito prevalece, de modo que nessas situações não haverá o direito negado, os direitos "positivos", em especial a saúde, por ser um dos grandes desafios a ser enfrentando no mundo jurídico atual e tema de grandes discussões, o choque desses direitos fundamentais se dá pela escassez de recursos.

Essa escassez leva à escolhas trágicas como, por exemplo, um paciente que devido a gravidade de sua enfermidade necessita de uma vaga em leito de UTI, que não há mais leitos. Difícil acionar o Poder Judiciário para que ele diga quem deve permanecer e quem deve sair para dar lugar a tal paciente já que todos ali presentes estão em igual situação, que seja enfermidade grave. Retirar um paciente dali e autorizar a entrada de outro pode ser o condenar a morte, já que atender a um é necessariamente deixar de atender a outro. Nesse caso como dar uma resposta justa se todos estão em igual situação jurídica e a vida é o direito em questão? Como dizer quem deve viver e quem deve morrer? Esse é um típico exemplo um caso paradigmático e de escolhas trágicas que o judiciário tem se deparado.

Nessas situações observa-se um típico exemplo de conflito, entre o direito a saúde - que poderá significar a vida – de alguém que recebeu da justiça decisão favorável ao direito a uma vaga em UTI e o direito subjetivo de várias outras pessoas, que ali se encontram no mesmo patamar de dificuldade e igualmente goza do mesmo direito.

Desta forma observa-se que o simples interposto da norma não será suficiente uma vez que não há como se ponderar direitos de igual valor. Em capítulo anterior vimos às mudanças no conteúdo dos direitos humanos em que novas pretensões são transformadas em direitos para atender a novas necessidades sociais. São as novas dimensões do direito. A evolução não estar apenas em acrescentar novos direitos ao ordenamento, mas também na atualização dos já assegurados, onde sua efetividade se sujeita a restrição orçamentária aprovadas a cada ano.

Nesse sentido importante posicionamento de Carlos Santiago Nino (*apud* Gustavo Amaral, 2001 p. 104):

Normas jurídicas não são suficientes para justificar ações e decisões como as tipicamente fundadas na invocação de direitos constitucionais. Quando se recorremos a um direito Constitucional para justificar certa decisão (incluindo a uma crítica já tomada), estamos recorrendo em última instância a princípios de moralidade social que endossam a norma constitucional estabelecendo o direito em questão (...)

O assunto é bastante complexo se pensarmos que os meios são finitos – e assim sempre será – em uma sociedade em que as necessidades são infinitas e os direitos fundamentais hoje, está muito mais para um agir do Estado que para abstenções.

A doutrina tradicional tendia a ver como norma jurídica um comando mandatário e em caso de conflito de normas haveria critérios que levariam a solução de tais conflitos, como o critério temporal onde “*lex posteriori derogat priori*”; hierárquico em que “*lex superior derogat inferiori*”; e o critério da especialidade, “*lex specialis derogat generali*”. Persistindo o conflito a questão deixaria de ser resolvida pelo direito ficando a discricionariedade do aplicador.

Contudo, esses critérios, são insuficientes quanto ao caráter normativo dos princípios, principalmente em países de tradição jurídica de lei escrita em que a regra terá maior efeito prático.

O conflito entre princípios será resolvido pela ponderação, diferentemente das regras que tem na forma de aplicação a subsunção.

Mesmo com o interpretar da norma, a retirada de conflitos aparentes e a ponderação de valores, esses critérios não tem sido suficientes para se resolver todos os conflitos.

O fato é que as atribuições do Estado requerem muita despesa aos cofres públicos não em relação a direitos sociais, mas a todo o serviço prestado pelo Estado a população.

Nesse cenário parece ser a alocação de recursos debate importante. A alocação de recursos envolve decisões a serem tomadas relativas a quanto disponibilizar a quem atender e a condutas dos potenciais beneficiados onde não há critério único tendente a orientar todos essas decisões.

O Brasil tem uma das maiores cargas tributária entre os países latinos americanos e gasta um volume acentuado dessa arrecadação na área social, porém os resultados não são favoráveis. Dessa forma difícil reconhecer uma escassez de recursos onde há recursos mal alocados, de modo que fique claro que mesmo em situações em que os recursos serão bem alocados, a escassez não poderá ser descartada, que segundo a concepção de Gustavo Amaral (2001, p. 185):

Surgindo esta, o direito precisa estar aparelhado para dar respostas. Certamente na quase totalidade dos países não se conseguiu a todos dentro do padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.

A alocação de recursos deve ser exercida principalmente pelo executivo e legislativo, porém não se podem deixar escolhas importantes sem possibilitar uma ampla possibilidade de controle social e havendo violação potencial das condutas adotadas pela função executiva ou legislativa, cabe então ao judiciário questionar o teor da pretensão com a realidade fática.

O fato de o controle social de políticas públicas poder ser exercido através do voto, ele é insuficiente em um país em que há grandes desigualdades sociais, onde as pessoas não exerceram esse controle de forma consciente. Se a maioria da população vive em condições subumanas de vida onde seus direitos fundamentais são diariamente desrespeitados, como a educação, lazer, etc., não se pode esperar decisão coerente de controle apenas pelo voto a ser exercido de quatro em quatro ano, por parte dessas pessoas.

Negar a participação do judiciário em questões de grande importância seria negar ao povo a efetivação de seus direitos humanos como bem assegura Luís Roberto Barroso, *apud* Gustavo Amaral, ao afirmar que os tribunais têm capacitação para lidar com interpretação de princípios que, segundo o autor, o Legislativo e o Executivo não possuem. Para ele, os Juizes têm, ou devem ter disponibilidade, treinamento e o distanciamento necessário para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento dá aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captando as melhores

aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor, segundo o autor.

5.3 Direito à saúde: análise de alguns casos práticos

A Constituição Federal de 88 é clara ao definir a responsabilidade da saúde como um dever do Estado, em sua acepção ampla, querendo dizer, na verdade, que se trata de deveres recíprocos da União, Estados e Municípios, solidariamente. O fato de o Sistema Único de Saúde possuir caráter descentralizado dá a idéia de necessidade de dinamização que o gerenciamento da saúde no país requer, porém isso não pode ser considerado com obstáculo à materialização desse direito.

O artigo 6º e o artigo 196, ambos da Constituição Federal de 1988 traduz a visão que merece o tema da saúde no Brasil. O primeiro traduz a saúde como um direito social, fazendo parte dos direitos e garantias fundamentais. Já o segundo define a idéia de saúde como um direito de todos, ou seja, tratando-o como um verdadeiro direito público subjetivo a sua prestação, estabelecendo ser dever do Estado conforme dispõe o artigo 6º da CF/ (já mencionado) e o artigo 196, também da CF/88:

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.

Embora historicamente se tenha reconhecido normatividade apenas programática aos direitos sociais, é de resgatar sua tendência evolutiva no plano constitucional e jurisprudencial, no sentido de garantir-lhes maior eficácia. Prova disso é o que preceitua os artigos 194 e 195 do texto constitucional, demonstrando a vontade constitucional de que estes direitos não fiquem restritos a programas inseqüentes, sob pena de se esvaziar o seu próprio conteúdo – diga-se de passagem – são conquistas históricas dos povos valorizados pela Carta Magna.

Diante das considerações feitas a respeito da natureza programática dos direitos sociais, vemos que isto não pode ser considerado como uma característica

vinculante e não pode servir de justificativas para que omissões históricas continuem a ocorrer. Portanto, a cultura de um país de terceiro mundo, com índices alarmantes de desconcentração de renda, deve primar pela efetividade dos direitos sociais.

Por fazer parte dos direitos e garantias fundamentais, o direito à saúde deve ser interpretado de forma extensiva, por haver uma relação íntima com o próprio direito à vida, à igualdade e a dignidade da pessoa humana, devendo, pois ser interpretado sob a ótica da máxima efetividade, atribuindo-lhe o sentido que garanta maior efetividade, extraíndo-se assim todas as suas potencialidades. Não queremos dizer com isso que estes sejam princípios absolutos, mas que quase não existem razões para que eles não sejam devidamente garantidos.

Diante do exposto, e passando a análise jurisprudencial do direito em comento, observou-se que os tribunais vêm aceitando, quase que de forma unânime à prestação imediata pelos entes públicos, desse direito social tanto em primeira instância como em sede de recurso, por se tratar de direito essencial e fundamental ligado diretamente ao direito à vida.

Além do mais a Lei 8.080/90 que versa sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, traduz que:

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

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

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - **universalidade de acesso** aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso **em todos os níveis de complexidade do sistema**;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população (grifo nosso);

Nesse sentido o Tribunal Regional Federal 5º região (2006) em decisão unânime da sua segunda turma decidiu reconhecendo a supremacia dos direitos fundamentais e sua preferência, com relação às despesas públicas e a realidade da pouca efetividade dos direitos sociais, nesse sentido relatou:

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS. TRATAMENTO CIRÚRGICO. DEVER DO ESTADO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÕES IMPROVIDAS.
 1. APELAÇÕES INTERPOSTAS PELA UNIÃO E PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A PRETENSÃO DEDUZIDA NA INICIAL, PARA DETERMINAR QUE O ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE PROVIDENCIE A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA DE IMPLANTE DE ELETRODO PARA A ESTIMULAÇÃO ELÉTRICA MEDULAR, NECESSÁRIA AO TRATAMENTO DA DISTROFIA SIMPÁTICO-REFLEXA, EM UM DOS HOSPITAIS DO ESTADO, PÚBLICO OU PRIVADO, OBSERVADO O DIREITO DE REGRESSO EM FACE DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO DE NATAL.
 2. PUGNAM OS RÉUS, INICIALMENTE, PELO RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA, CADA QUAL EM DEFESA DE SEUS PRÓPRIOS INTERESSES. TAL PRELIMINAR, CONTUDO, DEVE SER DE LOGO AFASTADA, TENDO EM VISTA QUE JÁ É PACÍFICO, NO ÂMBITO DE NOSSOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, A EXISTÊNCIA, NO CASO EM TELA, DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. (ORIGEM: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO - CLASSE: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 59804-PROCESSO: 200505000000036 UF: PB- ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA - DATA DA DECISÃO: 10/11/2005).
 3. É INEGÁVEL O DIREITO DO CIDADÃO À ASSISTÊNCIA ESTATAL DIRECIONADA À PROTEÇÃO DA SAÚDE E AO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. TAL TAREFA É IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DE 1988, NO ART. 196, CAPUT, QUE ASSEGURA A TODOS O DIREITO À SAÚDE, IMPONDO AO ESTADO A ADOÇÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS E ECONÔMICAS TENDENTES 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.

4. SENDO ASSIM, DEVE SER RECONHECIDO O DIREITO ORA POSTULADO, PENA DE SE PRESTAR UM CONTRIBUTO AOS JÁ POUCO EFETIVOS DIREITOS SOCIAIS.
5. QUANTO À ASSERTIVA DE QUE A PROCEDÊNCIA DO PLEITO CONSTITUI EVIDENTE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS, EM ESPECIAL AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DEVE-SE REMEMORAR O ENTENDIMENTO JÁ ASSENTADO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DA PRIMAZIA DO DIREITO À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE HUMANA SOBRE OS PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO (RESP. 836913/RS, REL. MIN. LUIZ FUX, 1ª T, DATA DA DECISÃO: 08/05/2007).
6. NÃO SE PODE, IGUALMENTE, AFIRMAR QUE A ESCOLHA DOS EXAMES FORNECIDOS PELA POPULAÇÃO ESTÁ NO ESTRITO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, VISTO QUE, EM MATÉRIA DE SAÚDE, DEVE-SE PROPICIAR À POPULAÇÃO CARENTE OS MÉTODOS MAIS EFICIENTES À SUA PRESERVAÇÃO, SEGUNDO O RECOMENDADO PELO MÉDICO DE SUA CONFIANÇA, PENA DE CONTRIBUIR-SE PARA PERPETUAÇÃO DA ODIOSA RELAÇÃO RIQUEZA/DIREITO À VIDA DIGNA.
7. SENDO ASSIM, RECONHECIDO O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E RECHAÇADOS OS ARGUMENTOS QUE PRETENDEM CONTRAPÔ-LO, NÃO RESTA OUTRO CAMINHO SENÃO ACOLHER A PRETENSÃO AUTORAL.
8. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

Em outro julgado desse mesmo Tribunal (2007), referente a tratamento médico hospitalar de alto custo a paciente portador de esclerose múltipla, em decisão cujo relator foi a Desembargador Federal Francisco Barros Dias, a turma entendeu também de forma unânime que:

ADMINISTRATIVO - TRATAMENTO MÉDICO HOSPITALAR - ESCLEROSE MÚLTIPLA - PRELIMINARES - ARTS. 5º, 6º E 196 DA CF/88 - CUSTO ELEVADO PARA O TRATAMENTO DA DOENÇA - DANOS IRREVERSÍVEIS AOS PACIENTES DIANTE DA AUSÊNCIA DE REMÉDIOS - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SEM SUBMISSÃO A ENTRAVES BUROCRÁTICOS - MULTA DIÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) SÃO RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS, DEVENDO FORNECER OS APARELHOS E/OU MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS À CURA OU CONSERVAÇÃO DA SAÚDE DAS PESSOAS QUE DELES NECESSITEM, POR FORÇA DO ART. 196 DA CF/88 E DA LEI Nº 8.080/90, ART. 2º. REJEITADA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELA UNIÃO.
2. APESAR DO PEDIDO AUTORAL TER SIDO DIRECIONADO A PORTADORES DE DOENÇAS COMPLEXAS, OBSERVA-SE QUE A PETIÇÃO INICIAL APENAS SE LIMITOU AOS CASOS DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. PRELIMINAR DE PEDIDO GENÉRICO SUSCITADA PELO ESTADO DE PERNAMBUCO PARCIALMENTE ACOLHIDA, NO SENTIDO DE RESTRINGIR A ANÁLISE DO PEDIDO APENAS ÀS HIPÓTESES DE PACIENTES PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA.
3. DE ACORDO COM OS ARTIGOS 5º, 6º E 196 DA CARTA MAGNA, É DEVER DO ESTADO PROMOVER DIREITO À SAÚDE DE TODOS OS SEUS SÚDITOS, INDISTINTAMENTE.

4. DIANTE DO CUSTO ELEVADO DE AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DESTINADOS AOS PACIENTES PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA, CUMPRE AO ESTADO ZELAR PELO BEM-ESTAR DESTES, FORNECENDO-LHES A MEDICAÇÃO NECESSÁRIA À MITIGAÇÃO DO SOFRIMENTO POR ELES SUPOSTADO. ADEMAIS, QUE A AUSÊNCIA DE MEDICAMENTOS PODE TRAZER AOS PORTADORES DESTA DOENÇA DANOS IRREVERSÍVEIS, UMA VEZ QUE ENFRENTAM RISCOS CONSTANTES E IMINENTES DIANTE DA FALTA DOS MESMOS.
5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ FORNECER OS MEDICAMENTOS UTILIZADOS NO TRATAMENTO DE ESCLEROSE MÚLTIPLA SEM SUBMISSÃO A ENTRAVES BUROCRÁTICOS. PRECEDENTE DO STJ.
6. LEVANDO-SE EM CONTA OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, BEM COMO A URGÊNCIA E A NECESSIDADE DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, A MULTA DIÁRIA DEVE SER MANTIDA NO VALOR DE R\$ 3.000 (TRÊS MIL REAIS), BEM COMO O PRAZO DE 08 (OITO) DIAS FIXADO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER.
7. NO TOCANTE À FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, TEM-SE COMO RAZOÁVEL O MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA, NO VALOR DE R\$ 1.000,00 (MIL REAIS), A SEREM RATEADOS ENTRE OS RÉUS, UMA VEZ QUE OBEDECEU AO DISPOSTO NO ART. 20, PARÁGRAFO 4º, DO CPC.
8. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES IMPROVIDAS.

Percebe-se que a questão é pacífica, apesar de já ter sido bastante discutida. No Superior Tribunal de Justiça (2008) esse entendimento também é solidificado, como se observa na análise de julgado da segunda turma do Recurso Especial, cujo relator foi o ministro Humberto Martins, essa corte entende:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

É certo que o povo não pode se submeter ao bel prazer dos governantes e seus duvidosos critérios de apreciação de assuntos vitais. Segundo posicionamento do STF apesar de o direito à saúde ser preceito realizável através de políticas sociais e econômicas, porém através de controle difuso de constitucionalidade, a interpretação que vem sendo dada a este preceito por esta Corte Maior é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma política pública, aprisionando-se o interesse social e concedendo-se realce ao direito individual, sendo desta forma, atualmente, questão pacífica nesse sentido, conforme se observa no julgado, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello (2007), que serviu de embasamento para os demais e permanece até os dias atuais o entendimento de que:

EMENTA: PACIENTES COM ESQUIZAFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE

PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) – PRECEDENTES (STF).

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUENCIA CONSTITUCIONAL INDICISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incube formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da carta política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõe, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVR CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade á preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196") e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (2008) em importante julgado ao mencionar o princípio da reserva do possível, já comentando por nós em capítulo anterior, se posicionou favorável em o poder público fornecer medicamento de alto custo imprescindível a tratamento de saúde em decisão cujo relator foi o desembargador Aderson Silvino:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINARES DE CONHECIMENTO DE AGRAVO RETIDO E DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RECUSA DO ESTADO EM FORNECÊ-LO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA A DIREITOS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO EM PROMOVER O FORNECIMENTO

DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL A TRATAMENTO DE SAÚDE. NÃO OBSERVÂNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE DO POSSÍVEL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA E DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

O bem em discussão é a vida, com o seu respectivo direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, assegurados constitucionalmente, bem este de valor imensurável, devendo sobrepujar os demais direitos assegurados constitucionalmente, o que significar dizer que entre dois valores em conflito, o direito à vida e à saúde e o direito do ente público de bem gerir as verbas públicas, deve prevalecer o bem maior.

Mas o que se considera como o mínimo existencial dentro da esfera do direito à saúde? Seria toda e qualquer prestação da saúde? Ou apenas direitos ligados a saúde básica?

Esse debate é importante, pois os direitos sociais, principalmente em países considerados subdesenvolvidos, sempre estiveram condicionados a riqueza do Estado em determinado momento histórico, definindo possibilidades do Estado para prestar um maior leque de direitos sociais. A partir do momento que surgem debates a respeito da questão do mínimo existencial, põe-se em cheque esse limite orçamentário, chegando-se a discutir a própria existência de direitos acima dos orçamentos.

Diante das perguntas sucitadas acima, entende-se que a hermenêutica, dispositivos legais e constitucionais e os próprios princípios definirão o que se constitui como mínimo existencial, merecendo destaque menção aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade. Porém com relação ao direito à saúde se posicionou Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 42,43):

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) Há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma congente tutela defensiva, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e existência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.

Importante que se tenha em mente que nenhum argumento pode servir de justificativa para a omissão estatal. Em certos casos, diante de direitos ligados essencialmente a dignidade humana, a razoabilidade dessas justificativas deve

possuir um critério mais aguçado de forma que quanto mais essencial for à prestação desses direitos, mais excepcional deverão ser as razões para que elas não sejam atendidas.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho procurou-se analisar o envolvente tema do controle judicial de políticas públicas, constatando-se que uma das principais características do movimento constitucionalista foi, sem dúvida, a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico.

Ficou evidente também que o Estado Democrático de Direito almeja oferecer soluções qualitativamente superiores aos demais estádios do constitucionalismo e que atualmente existe uma releitura do papel da Constituição, vista não mais em uma perspectiva estática, mas, sobretudo de forma dinâmica e aberta.

Percebeu-se também que a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista.

A postura mais ativa que vem sendo tomada pelo judiciário, implica zonas de tensões com as demais funções do poder. Não se defendeu, contudo, uma supremacia de qualquer das funções, mas sim a supremacia da Constituição, entendendo que o judiciário não poderá ser um mero carimbador de decisões políticas das demais funções, onde o dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador está sepultado e o juiz tomou o centro da questão como intérprete constitucional qualificado, permitindo uma melhor e mais adequada efetivação constitucional. Tal postura se torna adequada ao nosso tempo de globalização e falta de paradigmas.

Nesse sentido as políticas públicas são os meios necessários a efetivação dos direitos fundamentais, pois de pouco vale o mero reconhecimento formal desses direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los.

Verifica-se a força vinculante da Constituição, bem como da aplicação imediata de suas normas, e que atualmente se pode falar em um direito constitucional e efetivação da constituição.

A efetivação cada vez mais ativa do judiciário visa especialmente a não constituição de Políticas Públicas indevidas ou ainda de sua falta, onde retirar a característica de justiciabilidade das normas constitucionais é transformar o direito em um mero favor ou obrigação moral dos governantes com seus governados.

A reserva do possível bem como o não cumprimento de suas sentenças, vem sendo umas das grandes dificuldades encontradas pelo judiciário à efetivação de políticas públicas, porém antes destes finitos recursos do Estado esgotarem para os direitos fundamentais, precisam, antes de tudo, estarem esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não dos detentores de poder.

A constituição substantiva prevê a existência de um núcleo essencial da Constituição protegido a atuações de maiorias ou a argumentos de exceção. Porém de nada adianta uma concepção substancial sem um mecanismo de defesa para eventuais ataques a esse núcleo formador da constituição. O poder judiciário é esse guardião e tem essa árdua missão.

As inúmeras lutas sociais travadas ao longo dos tempos na conquista da formalização dos direitos fundamentais não produzirão os efeitos desejados se contínuas omissões fáticas, do poder público e pelo capital privado, receberem o beneplácito do Poder Judiciário, que vem se autolimitando na inarredável missão de garantidor dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: editorial Trotta, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito Escassez & Escolha*. Em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 272p.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o Neoliberalismo*. 3 ed. rev. e ampl. Ijuí: Ed. Unijú, 2002. 200p. (Coleção Ciências Sociais).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de jun. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8. ed. Revista, ampliada e atualizada com a EC nº 28/00. São Paulo: Atlas, 2000.

EDLEY JR, C. *Derecho Administrativo*. Reconcebir el control judicial a la administración pública. Madrid: editorial Trotta, 1994.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007. 144 p. (Coleção Prof. Gilmar Mendes; 5).

_____. FONSECA, P. H. *Exclusão Sociojurídica e Direitos Humanos: um caso do acesso à justiça em Sousa, Paraíba*. João Pessoa, 2007. Disponível em http://www.josuelima.net/ppgcj/?p=biblioteca_ver&id=8. Acesso em 04 de out. 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção temas fundamentais de direito; v. 1).

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed., 2.^a tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. LEI Nº. 8.080/90. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em 06 de out. 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONOMICOS SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em: http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_3.htm. Acesso em 06 de out. 2009.

_____. PERTENCE, Sepúlveda. ADI 183/MT, DJ 31 de Out. 1997, p. 540. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 15 de ago. 2009.

_____. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Transparência de Recursos. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br>. Acesso em 17 de out. 2009.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais*. orçamento e "reserva do possível", Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm (Orgs.). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

_____. STF. Saúde. RECURSO ESPECIAL 1997/00393.175. 2ª Turma., Relator Ministro Celso de Mello, DJU 10 de abr. 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 15 de ago. 2009.

_____. STJ. Saúde. RECURSO ESPECIAL 2008/0059830-7. T2 - SEGUNDA TURMA., Relator Ministro Humberto Martins, DJ 16 de set. 2009. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp#. Acesso em 06 de out. 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de se prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: *Direitos Fundamentais*. orçamento e “reserva do possível”, Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm (Orgs.). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p. 55-68.

_____. TJRN. Saúde. Apelação Civil Nº 2008.002584-8, 2ª CÂMARA CÍVEL., Relator Desembargador Anderson Silvino. DJRN 28 abr. 2008. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br:8080/sitetj/>. Acesso em 06 de out. 2009.

_____. TRF5ªREGIÃO. Saúde. Apelação Cível Nº 2006.84.00.008953-2, Segunda Turma, Relator., Desembargador Federal Francisco Barros Dias, DJ 15 de set. 2009. Disponível em <http://www.trf5.jus.br/>. Acesso em 06 de out. 2009.

_____. TRF5ªREGIÃO. Saúde. Apelação Cível Nº 2007.83.00.003835-6, Segunda Turma, Relator., Desembargador Federal Francisco Barros Dias, DJ 08 de set. 2009. Disponível em <http://www.trf5.jus.br/>. Acesso em 06 de out. 2009.