

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO - UFMT
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO - UNEMAT
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL (MINTER) COM ENFASE EM
DIREITO HUMANOS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
EDITAL Nº 01/2012

Jaime Santana Orro Silva

**ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA SOLUCIONAR
A MORATÓRIA ILIMITADA DA SOCIEDADE DE CONTROLE NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Cáceres-MT

2016

JAIME SANTANA ORRO SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA SOLUCIONAR
A MORATÓRIA ILIMITADA DA SOCIEDADE DE CONTROLE NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Mestrado Interinstitucional (Minter) Com ênfase em Direito Humanos e Desenvolvimento Sustentável do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA), Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e Universidade do Estado do Mato Grosso (UNEMAT), como requisito para a aquisição do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor José Claudio Monteiro de Brito Filho.

Cáceres-MT

2016

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPa

Orro Silva, Jaime Santana, 1968-

Ativismo judicial na saúde: uma contribuição para solucionar a moratória ilimitada da sociedade de controle na concretização dos direitos fundamentais / Jaime Santana Orro Silva. - 2016.

Orientador: José Claudio Monteiro de Brito Filho. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2016.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à saúde. 3. Poder judiciário e questões políticas. 4. Moratória. I. Título.

CDD 4.ed. 341.27

JAIME SANTANA ORRO SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA SOLUCIONAR
A MORATÓRIA ILIMITADA DA SOCIEDADE DE CONTROLE NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado Interinstitucional UFPA/UFMT/UNEMAT, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Justiça distributiva e inclusão social

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho
Orientador

Profa. Dra. Carla Reita Faria Leal
Membro da Banca

Prof. Dr. Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray
Membro da Banca

À minha amada irmã Angela Orro (in memoriam),
eternamente presente em minha memória
e em meu coração.

A Deus, primeiramente, pela vida e família, e por tudo que Ele me proporcionou ao longo desses anos.

À minha amada esposa Alessandra, pois sem o seu amor, não sou ninguém, e, às minhas duas adoráveis e amadas filhas Luiza e Mariana.

À minha mãe Lourdes, ao meu pai Jaime, aos irmãos e familiares, por terem me criado, educado e me apoiado por toda minha vida me permitindo chegar até aqui.

Aos professores da Universidade Federal do Pará – UFPA, professores da Universidade Federal do Mato Grosso – UFMT, colegas do curso de mestrado e a todos que direta e indiretamente contribuíram com a realização deste trabalho.

Ao prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho, pela ajuda e condução intelectual, sem o qual não seria possível desenvolver o presente trabalho, e principalmente por sua paciência.

Aos Professores Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray e Carla Reita Faria Leal, membros da Banca Examinadora, por terem atendido ao convite para desempenhar este papel, dispondo de seu tempo e conhecimento para analisar este trabalho.

À Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, Universidade Federal do Mato Grosso – UFMT e Universidade Federal do Pará - UFPA pela oportunidade de crescimento pessoal e profissional, pelos apoios e incentivos a mim dispensados na realização deste Minter.

“Se Deus é por nós,
quem será contra nós?”

Romanos 8.31

RESUMO

O fenômeno do ativismo judicial ou judicialização da política vem crescendo ano após ano em nosso ordenamento pátrio, de sorte que a atuação do Poder Judiciário tem suscitado dúvidas e questionamentos. Assim, em nossa pesquisa buscaremos entender como o ativismo judicial ou judicialização da política na Saúde pode contribuir para solucionar a chamada moratória ilimitada da sociedade de controle acerca da concretização dos Direitos Humanos Fundamentais. Dessa forma, vamos analisar o ativismo judicial ou judicialização da política na Saúde, bem como sua contribuição para resolução da moratória ilimitada dos Direitos Sociais, levando-se em conta a sociedade de controle, onde nada é concretizado efetivamente. Por conseguinte, analisaremos os Direitos Fundamentais, o surgimento da proteção social, bem como vamos tentar compreender a moratória ilimitada dentro de um contexto da sociedade de controle. Acerca das referidas questões vamos tentar buscar uma teoria que sirva de fundamento para o ativismo judicial ou judicialização da política como um instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais. A pesquisa será delimitada com relação ao Direito Fundamental à saúde e sua efetiva concretização, como consolidação da democracia, dignidade humana. Além disso, sem intenção de esgotar a temática, analisaremos a sociedade de controle e a moratória ilimitada, assim como o ativismo judicial ou judicialização da política com base no ideal liberal de princípios ou liberal igualitário desenvolvido por Rawls e aperfeiçoado por Dworkin, verificando se pode contribuir para resolver a moratória ilimitada de concretização dos Direitos Fundamentais da saúde, permitindo que o indivíduo tenha acesso à saúde plena, levando-se em conta suas particularidades.

Palavras-chave: ativismo judicial; sociedade de controle; direitos fundamentais; moratória ilimitada.

ABSTRACT

The judicial activism phenomenon or legalization policy has been growing year after year in our paternal land, so that the performance of the judiciary has raised doubts and questions. Thus, in our research we will seek to understand how the judicial activism or legalization of politics in Health can help to solve the so-called unlimited moratorium control society on the implementation of fundamental human rights. Thus, we will analyze the judicial activism or legalization policy in Health, as well as its contribution to resolution of unlimited moratorium on Social Rights, taking into account the company's control, where nothing is implemented effectively. Therefore, we will examine the fundamental rights, the emergence of social protection, and we will try to understand the unlimited moratorium within the context of the control society. About these issues we will try to find a theory that serves as a foundation for the judicial activism or legalization policy as a tool for the implementation of Fundamental Rights. The research will be defined in relation to the fundamental right to health and their effective implementation, such as consolidating democracy, human dignity. Moreover, without intent to exhaust the topic, analyze the society of control and unlimited moratorium, as well as the judicial activism or political legalization based on the ideal of liberal principles or egalitarian liberal developed by Rawls and perfected by Dworkin, checking can contribute to resolving the unlimited moratorium on implementation of Fundamental rights of health, allowing the individual to have access to full health, taking into account their particularities.

Keywords: judicial activism; company control; fundamental rights; unlimited moratorium.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	09
CAPÍTULO I	
DIREITOS HUMANOS - DIREITO SOCIAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA ----	16
1.1 A evolução histórica da Proteção Social -----	16
1.2 Os Direitos Fundamentais -----	19
1.3 A evolução histórica dos Direitos Humanos no mundo e no continente americano	21
1.4 Os Direitos Fundamentais Sociais -----	26
CAPÍTULO II	
DEMOCRACIA, DIGNIDADE HUMANA E CIDADANIA COMO	
ELEMENTOS ESSENCIAIS À SAÚDE -----	36
2.1 A democracia -----	36
2.2 A dignidade humana e cidadania -----	40
2.3 A saúde pública -----	45
CAPÍTULO III	
DO ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA -----	55
3.1 Ativismo judicial ou judicialização da política -----	55
3.2 A sociedade de controle e a moratória ilimitada -----	64
3.3 Ativismo judicial ou judicialização da política e a teoria liberal de princípios ----	68
3.4 Teorias diversas e sua aplicação -----	75
3.5 Limites do ativismo judicial segundo a concepção de Dworkin -----	78
3.6 Breve apontamento sobre a concretização dos direitos fundamentais à saúde ----	85
CONCLUSÃO -----	91
REFERÊNCIAS -----	101

INTRODUÇÃO

O presente trabalho proporcionou saber e sabor, todavia, não há certeza quanto ao sucesso na transmissão do saber ou sabor ao leitor. Neste sentido, o conhecimento será fluido e poderá ser mais bem aproveitado, sendo que seria bom que todo trabalho de pesquisa também pudesse proporcionar o sabor do saber ao leitor.

Insta mencionar que, não obstante a pesquisa não ser uma tarefa fácil, porém o seu objetivo é de provocar reflexão acerca de uma controvérsia, e também de forma despreziosa uma sensação de sabor, afinal de contas o saber e o sabor podem ser proporcionados pelos grandes escritores e docentes, e no caso buscamos dentro de nossas ingentes limitações, contribuir de alguma forma com a sociedade, através da investigação se o ativismo judicial ou a judicialização da política pode contribuir, para solucionar ou resolver o problema da concretização dos direitos fundamentais sociais especificamente na saúde considerando um novo contexto de uma sociedade de controle.

A concretização dos direitos fundamentais através da atuação do ativismo judicial ou judicialização da política do Poder Judiciário configura excesso do aludido Poder? Viola o Estado Democrático de Direito? O que seria concretização dos Direitos Fundamentais? Nesse sentido, vamos investigar se há uma teoria que possa explicar a necessidade de efetiva concretização dos Direitos Fundamentais colocando fim a uma moratória ilimitada de realização de direitos fundamentais dentro de uma nova ordem chamada da sociedade de controle.

A vigência da sociedade de controle implica que os direitos fundamentais sociais em princípio não serão concretizados no presente momento e o cidadão terá sempre uma mera expectativa de ter o mínimo, e, mesmo assim em um prazo indeterminado denominado de moratória ilimitada.

Assim, cabe investigar se há uma teoria que possa impedir a lenta ou não concretização (moratória ilimitada) dos Direitos Fundamentais sociais de forma definitiva, por conta da vigência de modelo da sociedade de controle citada por Gilles Deleuze em sua obra “Conversações”.

Dessa forma, longe de apresentar ou encontrar uma resposta, o trabalho é uma provocação ao leitor sobre a importância dos direitos fundamentais e a discussão sobre sua concretização pelo Estado para alcançar o bem-estar no presente momento e não no futuro incerto.

O ativismo por parte do Poder Judiciário tem suscitado dúvidas e questionamentos, e por isso o interesse de investigar se o referido Poder tem de alguma forma, produzido uma interferência nas áreas de atuação do Poder Legislativo e Poder Executivo, ou, se na verdade temos somente a atuação típica do Poder Judiciário.

Será possível admitir e concordar com o argumento que o ativismo judicial ou judicialização da política implicam no exercício pelo Poder Judiciário de atribuições que não são tipicamente suas? Assim, vamos investigar e analisar se o Poder Judiciário no chamado ativismo judicial ou judicialização da política estaria no exercício de atribuições que não são típicas ou se em verdade o Poder Judiciário estaria apenas cumprindo com sua função estabelecida pela Constituição Federal de proteção dos Direitos Fundamentais; se a independência do Poder Judiciário harmoniza e complementa os demais Poderes; as decisões judiciais passam a ter força normativa, que seria antes exclusividade do legislador; a abertura hermenêutica do direito que invalida o argumento de que os juízes são neutros, imparciais e, portanto, mecânicos aplicadores da lei; a apreciação das questões políticas pelo Poder Judiciário; a judicialização dos conflitos sociais; efeito normativo das decisões judiciais e a posição dos tribunais constitucionais como controladores dos atos dos outros poderes.

As vozes contrárias ao ativismo judicial têm mencionado que a interferência judiciária é um fenômeno facilitado¹, na prática, pelo próprio parlamento. A inflação legislativa tem um rebatimento imediato no Judiciário, pois aumenta a área de atuação do mundo jurídico. O resultado de toda situação é que prevalece o individualismo do cidadão, que deixa de ter qualquer interesse em questões de mobilização social, transferindo para o judiciário que passa a ser considerado com balcão de queixas sociais: “A dimensão coletiva do político desaparece”. Será que há um problema de excesso de normas de direitos sociais? O Judiciário estaria interferindo de tal forma a ser considerado um balcão de súplicas?

A democracia reforça a identidade do sujeito individualista, a justiça destitui a autoridade tradicional e para ele a relação entre juízes e democracia consta de uma profunda mudança social, onde os resultados são uma incógnita². Neste sentido, é positiva a constituição da justiça como símbolo de moralidade pública e dignidade democrática, contudo, cabe o alerta do perigo sobre eventual substituição do mundo político pelo mundo jurídico em um provável “governo de juízes”. O cidadão ter consciência de que pode postular individualmente a tutela de seu direito fundamental ao Poder Judiciário gera um

¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica p[er] políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas** - reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95.

² GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 45-53.

individualismo, porém seria prejudicial à concretização dos direitos sociais? Há o risco de um “governo de juízes” com a valorização do sujeito individualista?

Sobre referida questão Bucci cita em sua obra “Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico”³ posicionamento do juiz federal Eduardo Appio, que faz importante menção crítica sobre provável governo de juízes:

Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenha sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detém mandato fixo. (...) Não há qualquer garantia de que um governo de juízes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação muito ampla acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, e não os interesses reais dos cidadãos. A principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não tem acesso aos canais de comunicação com o poder público. Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos.

Por outro lado, cabe fazer citação de autoria de Brito Filho na obra “Ações afirmativas”⁴ em sentido contrário, defendendo que a interferência do Poder Judiciário não configura qualquer anomalia, onde seria mais um bem do que propriamente um mau:

A independência dos poderes, ou, mais propriamente, a interdependência dos Poderes, não torna cada um deles algo estanque, que gravita somente em torno de si mesmo, sem interferência. É que, caso se leve a ideia da separação de poderes ao limite de se pensar que a natural separação de funções torna impossível a atuação de cada um deles fora do que é visto de forma clássica, sem que cada um possa atuar em seu limite máximo, caso necessário controlando os demais, ter-se-á de concluir que não se tem, em verdade, poderes separados, mas distintos, como se não fossem apenas a forma considerada mais adequada de balancear as funções do Estado, mas sim entes separados, o que está fora de cogitação. É claro que isso não significa conceder a um dos poderes do Estado, ou a cada um deles, a possibilidade de executar as funções de outro, mas sim defender que cada um, nos limites de sua atuação, possa maximizá-la até o ponto de garantir e proteger os bens tidos como essenciais pela coletividade, que são os Direitos Fundamentais.

Neste sentido, o que deve prevalecer: o império do direito (sentença judicial produzida pelo Poder Judiciário) ou o império da maioria (legislação criada pelo Poder legislativo) ou nenhum dos dois ou a mistura dos dois?

³ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas** - reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

⁴ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

Sobre referida controvérsia, cabe efetuar a seguinte indagação, mesmo com receio de não ter a resposta: será que o ativismo judicial ou judicialização da política no Brasil e principalmente na saúde pública, é uma forma de contribuir para resolução da moratória ilimitada e evitar que na concretização de direitos fundamentais seja adotado o modelo da sociedade de controle?

Discorrendo, perfunctoriamente, sobre a moratória ilimitada temos que sendo a saúde na Constituição Federal descrita por normas de cunho programáticas, sua efetivação imediata fica a critério ou discricionariedade do Estado, assim a justificativa do alto grau de investimento e despesas para aparelhar a saúde pública, bem como o alto custo para aumento da mão de obra especializada, resultam em condições de que a concretização do direito social fundamental a saúde se dará em prazo indeterminado ou na eternidade, portanto em uma verdadeira moratória ilimitada.

Assim, cabe analisar a sociedade de controle como modelo que substituiu as sociedades disciplinares que estavam situadas nos séculos XVIII e XIX e atingiram o seu apogeu no início do século XX, quando a sociedade disciplinar procede a organização dos grandes meios de confinamento (casa, escola, caserna, fábrica), sendo que para referida teoria o indivíduo não cessa de passar de um espaço fechado para outro, cada qual com suas leis.

No contexto da Sociedade de Controle, o indivíduo não passa a sua vida em confinamentos e não tem o espaço de confinamento na própria casa com sua família, como era na sociedade de disciplina, onde vamos haviam outros espaços de confinamentos por toda a vida do indivíduo, ou seja, espaços de moldagem da pessoa, por conseguinte pretendemos durante pesquisa apresentar cada espaço de confinamento da sociedade disciplinar e a sociedade de controle onde não há mais lugar para conceber confinamento e moldagem do indivíduo. Ademais, destacaremos a chamada moratória ilimitada como resultado da sociedade de controle e seu impacto sobre os direitos fundamentais.

A pesquisa terá como pretensão analisar e responder se a adoção do referido modelo de sociedade de controle estaria direcionando que a concretização dos direitos fundamentais estaria fadada a uma moratória ilimitada?

A concessão de uma sentença pelo Poder Judiciário em favor de um determinado paciente da saúde do Brasil, portanto concretizando direito humano fundamental, implica na solução para sua corriqueira postergação por prazo indeterminado de sua realização efetiva, ou seja, solução para o que foi denominado como moratória ilimitada⁵, inclusive evitando a

⁵ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 226.

adoção do modelo da sociedade de controle? Voltaremos a tratar sobre a sociedade de controle no terceiro capítulo.

Dessa forma, o objeto da pesquisa é investigar o ativismo judicial ou judicialização da política na saúde, que decorre da pressão que o Estado do bem-estar causou ao Brasil, tanto que por anos de preocupação na concretização dos direitos sociais aludida questão ocasionou em uma inflação legislativa e um verdadeiro descrédito para com a efetivação das aludidas leis. Ocorre, por consequência que emergiu o interesse de analisar se o fenômeno do ativismo judicial ou judicialização da política contribui para resolução da moratória ilimitada dos direitos sociais da saúde mesmo inserido em uma sociedade de controle onde nada é finalizado.

Sendo assim, pretendemos analisar Direitos Fundamentais sociais, proteção social, políticas públicas e sua importância para o bem estar dos seres humanos, compreender o modelo denominado de sociedade de controle e a moratória ilimitada oriunda de referido modelo como razão para não concretização dos Direitos Fundamentais.

Além disso, vamos investigar o ativismo judicial ou judicialização da política na Seguridade Social mais especificamente na saúde para concretização dos direitos sociais e ainda verificar se há uma teoria ou várias teorias como justificativa e respaldo do ativismo para concretização dos Direitos Fundamentais e principal objeto do Estado democrático.

Delimitaremos o tema sobre a saúde que é um direito fundamental (social), e está inserida dentro da Seguridade Social, e sua importância, haja vista que sua prestação adequada serve como instrumento para erradicação e prevenção de doenças, tratamento e recuperação das pessoas debilitadas e, principalmente, na manutenção do estado saudável da população através de alimentação adequada e boa condição de higiene. A saúde pública é direito de todos os cidadãos, independente de filiação ou contribuição ao sistema.

Cabe ressaltar, que faremos menção da assistência social e da previdência social por serem englobadas pela seguridade social da mesma forma que a saúde em nosso ordenamento jurídico, todavia o estudo recairá sobre a saúde pública prestada em favor do cidadão e sua condição atual.

Portanto, na delimitação do tema, vamos conceituar a seguridade social, mas o nosso foco recairá sobre a saúde, bem como realizar estudo sobre a sua situação atual, analisar o ativismo judicial especificamente na garantia e promoção de uma saúde plena que contemple o cidadão com resposta adequada, levando em consideração a sua individualidade.

A vigência do modelo da sociedade de controle resultou na moratória ilimitada na concretização dos direitos fundamentais, e investigar uma teoria que proporcione respaldo

para o ativismo judicial, e, por conseguinte garanta o mínimo satisfatório de direito social como concretização de direitos fundamentais na saúde é de suma importância para o nosso estudo. Além disso, realizaremos a nossa pesquisa em temas relevantes para o nosso estudo como a democracia, dignidade humana, cidadania e políticas públicas aplicadas.

No tocante à metodologia, as leituras serão relacionadas com ativismo judicial, judicialização da política, sociedade de controle, sociedade disciplinar, democracia, dignidade humana e separação de poderes, saúde, direitos fundamentais e uma teoria ou várias teorias que possam respaldar o ativismo judicial para concretização do direito fundamental à Saúde, por isso a problemática tem demandado um grande interesse e preocupação pelo trabalho a ser realizado.

No primeiro capítulo pretendemos apresentar o desenvolvimento histórico dos direitos humanos, os fundamentos dos direitos humanos, bem como se é possível ter um fundamento que seja reconhecido por todos de forma universal. No mesmo capítulo trataremos sobre os direitos sociais como direito fundamental.

No segundo capítulo discorreremos sobre a democracia, dignidade humana e cidadania e ainda cabe investigar sobre a saúde pública como um direito fundamental, bem como discorrer sobre sua situação atual em prol do cidadão e a dignidade humana.

No terceiro capítulo, vamos tratar sobre o ativismo judicial ou judicialização da política como fenômeno social existente em nossa sociedade, trataremos sobre a sociedade disciplinar, mas principalmente a sociedade de controle, citadas por Gilles Deleuze e destacaremos o ponto que interessa para a nossa pesquisa, assim apresentaremos ao leitor a moratória ilimitada como um desdobramento de uma sociedade de controle onde nada é finalizado ou concretizado.

Neste sentido, tentaremos relacionar os efeitos da moratória ilimitada em um contexto de uma sociedade de controle e sua relação com os direitos fundamentais. Analisaremos, se o Poder Judiciário na promoção da concretização dos direitos fundamentais na Saúde possui alguma limitação ou não através do ativismo judicial ou judicialização da política.

No terceiro capítulo ainda será explanado sobre a necessidade imediata de concretização dos direitos sociais da saúde mesmo em sua sociedade de controle, não sendo mais admissível a moratória ilimitada. Trataremos, sobre os argumentos que são utilizados para alimentar uma moratória ilimitada e se possível investigar se há uma teoria ou várias teorias que possa contribuir para solucionar a procrastinação de realização dos direitos fundamentais.

Neste sentido, através do estudo sobre a referida teoria, pretendemos analisar se há algum fundamento para a postura do Poder Judiciário no ativismo judicial ou judicialização da política, como forma para alcançar a dignidade humana com a concretização efetiva dos direitos fundamentais, sempre considerando as particularidades de cada indivíduo. Analisaremos os limites do ativismo judicial e em que medida os direitos fundamentais devem ser concretizados.

Por fim, apresentamos a nossa conclusão, onde pretendemos recapitular os principais pontos pesquisados e desenvolvidos, mormente quanto à necessidade imediata de concretização dos direitos fundamentais e incidência da teoria utilizada para resolver a problemática da moratória ilimitada. Na conclusão, será reiterada a imperiosa necessidade de comprometimento do Estado para intervir de tal forma a realizar o ideal de bem-estar para todo cidadão baseado na Teoria adotada no presente estudo para respaldar o ativismo judicial.

Ocorre, que é bom advertir novamente ao leitor que a temática pode apresentar algumas perguntas sem respostas, haja vista que não há como exaurir, e não temos a pretensão de contemplar todas as possibilidades e não utilizaremos todas as teorias que poderiam ser utilizadas ou de outra forma utilizada por outro autor. Dessa forma, apesar das limitações que eventualmente podem ser localizadas, esperamos que o texto possa contribuir de alguma forma para o debate sobre necessidade de disponibilizar uma saúde pública plena ao indivíduo, bem como o fundamento para que o ativismo judicial possa solucionar em definitivo a moratória ilimitada da sociedade de controle na concretização dos direitos sociais.

CAPÍTULO I

DIREITOS HUMANOS - DIREITO SOCIAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Cabe considerar, que no primeiro capítulo, estaremos apresentando a evolução histórica da proteção social, o desenvolvimento histórico dos direitos humanos, o fundamento do direito humano, bem como se é possível ter um fundamento que seja reconhecido. No mesmo capítulo trataremos sobre o Direito Social como Direito Fundamental.

1.1 Da evolução histórica da proteção social

Apesar de recente na história do ser humano o conceito de proteção social, nos tempos antigos e em qualquer lugar do planeta, as civilizações sempre apresentaram preocupação com a sua insegurança natural e os infortúnios acometidos aos seres humanos eram socorridos pela assistência caritativa individual ou pela reunião de pessoas⁶.

A inserção da proteção na vida do ser humano remonta há pelo menos 4.000 anos⁷. Cabe mencionar, que o primeiro sistema de proteção social apontado pela doutrina foi o assistencialismo que foi encontrado na antiguidade⁸, desde o código de Hamurabi (Babilônia), do Código de Manu (Índia) e da Lei das Doze Tábuas.

Insta mencionar que, nas sociedades gregas e romanas da antiguidade se encontram referências a associações de pessoas com objetivo de mediante contribuição para um fundo, perceber auxílio em situação de adversidades oriundas da incapacidade laborativa⁹.

O império romano apresentou seguros coletivos, que tinham como finalidade a garantia de seus participantes, além da preocupação com os necessitados, como licença estatal para mendicância, que somente poderia ser concedida aos indivíduos considerados totalmente incapacitados para o labor¹⁰. Ocorre, que referida atuação estatal não representava qualquer forma de interferência, mas apenas ato de fiscalização no interesse geral da sociedade.

Na idade média, no período das corporações ofício, tem-se o surgimento das guildas,

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 36-37.

⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 20.

⁸ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-36.

⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 36-37.

¹⁰ Idem.

que tinha como finalidade de associação com assistência mútua. Em verdade, os necessitados ficavam dependentes da caridade do próximo, sendo que diante da enfermidade e miséria, a caridade era despida da ideia de justiça, além disso, não havia qualquer forma de interferência estatal, assim a proteção social pelo Estado somente veio oficialmente ocorrer com a edição da celebre *poor law* (Lei dos pobres)¹¹.

Ocorre que, com a revolução industrial tal sistema restou insuficiente para fazer frente à necessidade da sociedade e por isso foi instituído uma proteção social para sociedade e o primeiro modelo foi idealizado por Otto Von Bismarck na Alemanha, onde os trabalhadores abriam mão de parte de seus salários em prol de um fundo que seria utilizado para cobrir eventuais infortúnios com a saúde do trabalhador, seja decorrente de acidentes ou velhice, ressaltando que apenas os empregados participavam do referido sistema, o que surgiu outro problema, pois a pobreza daqueles que não eram empregados restou por gerar uma crise social¹².

Por consequência, temos o surgimento de outro modelo, elaborado por Lord William Henry Beveridge, em 1942 onde o sistema era universal e atendia a todos a despeito de ser empregado¹³.

Assim, a preocupação com os infortúnios sofridos pelos indivíduos somente foi evidenciada no final do século XIX¹⁴ onde não vigorava mais o entendimento que não basta apenas dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja considerada justa, ou seja, em determinadas situações, o mais correto é dar a cada um o que não é o seu para engrandecer a condição humana e que se atenuar a injustiça dos grandes abismos sociais.

Com o final da segunda grande guerra mundial, as questões pertinentes aos direitos humanos entraram na pauta das grandes nações¹⁵, exatamente para evitar as experiências negativas das duas grandes guerras. Por isso, as nações, através as Organização das Nações Unidas (ONU), firmaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Cabe acrescentar, que a família também já exerceu um papel muito relevante na proteção social¹⁶, pois a concepção de família já foi muito mais forte que nos dias atuais, pois as pessoas normalmente viviam em largos aglomerados familiares e os cuidados aos idosos e incapacitados era de incumbência dos mais jovens e mais aptos ao trabalho. Ocorre, que nem

¹¹ ZAMBITE, Fábio. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói-RJ: Impetus, 2014, p. 2.

¹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 36-37.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-36.

¹⁶ ZAMBITE, Fábio. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói-RJ: Impetus, 2014, p. 1.

todos eram contemplados por tal proteção familiar, assim, o auxílio externo passou a ser necessário.

O próprio avanço da sociedade humana tem privilegiado o individualismo ao extremo, em detrimento da família¹⁷, motivando pessoas a assumirem suas vidas com total independência, conduzindo-as a perseguir apenas o bem próprio.

Assim, falar em proteção social é trazer a memória o conceito: “proteção social, portanto, é o conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender certas necessidades individuais; mais especificamente, às necessidades individuais que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade”¹⁸.

Com o tempo, ocorre a efetiva interferência estatal, que passa a assumir um papel de responsabilidade pela assistência dos desprovidos de renda¹⁹, transformando tal atuação em um sistema estatal securitário, coletivo e compulsório.

O desenvolvimento de referido modo de atuação estatal revela uma nova face do Estado até então liberal, onde havia interferência mínima em áreas fundamentais, como organização judiciária e segurança.

No Estado liberal o governo era um mal necessário e por isso estava adstrito ao mínimo indispensável e o ser humano era livre e do seu sucesso individual dependia o seu bem-estar e de sua família. Ocorre, que diante das desigualdades sociais existentes²⁰, os desprovidos ou vulneráveis não tinham as mesmas condições para alcançar patamares superiores de renda e ascender patrimonialmente, ou seja, diante da igualdade de direitos vigente, os aludidos eram massacrados, estando condenados à pobreza.

Neste sentido, o que as pessoas precisam é igualdade de condições e somente através de tal isonomia poderia imaginar uma sociedade mais justa²¹, onde o progresso individual seria realmente oriundo da dedicação e esforço do indivíduo.

Cabe salientar, que a proteção social foi fortemente proporcionada pela sociedade industrial e não antes, pois os acidentes de trabalho, a fragilidade da mão de obra infantil e da mulher etc., foram elementos que aniquilavam a classe trabalhadora²². Ademais, a lei da oferta e da procura era extremamente nociva, levando-se em conta a grande massa humana que se movia do campo para cidade.

¹⁷ Ibidem, p. 2.

¹⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 36-37.

¹⁹ ZAMBITE, Fábio. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói-RJ: Impetus, 2014, p. 1.

²⁰ Ibidem, p. 1-2.

²¹ Ibidem, p. 3.

²² Ibidem, p. 3.

Sendo assim, a intervenção do Estado, através de instrumentos legais, se mostrou de grande relevância, pois passou pelo menos a minimizar a desigualdade social e ainda estabelecer mecanismos de segurança social e referida interferência nas relações sociais não configurou simpatia com o gigantismo do Estado Comunista²³, mas uma intervenção estatal que pudesse atender as demandas elementares da sociedade como um todo, ou seja, a substituição do Estado mínimo pelo Estado na medida certa.

Referida concepção foi responsável pela edificação do Estado do bem-estar ou Welfare State que visa atender outras demandas importantes para desenvolvimento da sociedade como a seguridade social que é entendida como conjunto de ações do Estado²⁴.

No Brasil o sistema assistencial foi primeiramente instituído pelas Santas Casas de Misericórdia no ano de 1543, sendo a primeira criada na cidade de Santos-SP.

Nos próximos itens vamos destacar o reconhecimento universal dos direitos fundamentais e a sua importância para o mundo ocidental, bem como se tais direitos fundamentais possuem o mesmo fundamento para todos os seres humanos.

1.2 Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais detém inequívoco reconhecimento no âmbito internacional de sua importância, inclusive com aquisição de um *status* oficial²⁵, tanto que discussões são habitualmente travadas sobre o gozo e violação de direitos humanos em qualquer parte do mundo.

Os direitos fundamentais seriam uma classe especial de direitos que exercem um papel de grande relevância no Direito dos povos²⁶, pois restringem os motivos fundantes da guerra e impõem limites a autonomia interna de um regime de governo.

Cabe citar ainda, o seguinte conceito²⁷:

Derechos humanos podríamos entender aquellos poderes amparados por la comunidad, que generan conductas obligatorias em los demás, y de los que se es titular por el simple hecho de ser un miembro de la especie del homo sapiens sapiens.

²³ Ibidem, p. 3-4.

²⁴ Ibidem, p. 3-4.

²⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Schwarcz S.A, 2013, p. 292.

²⁶ RAWLS, John. **O direito dos povos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 16.

²⁷ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. **Derechos Humanos**: una introducción a su naturaliza y a su historia. Buenos Aires-Argentina: Quorum, 2007, p. 2.

O professor José Cláudio Monteiro de Brito Filho na obra “Trabalho Decente: Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno”, menciona que a denominação direitos fundamentais, tem sido verificada de várias formas nos textos publicados, seja como direitos do homem, direitos individuais, direitos humanos, direitos fundamentais, direitos fundamentais do homem, direitos da pessoa humana, direitos humanos fundamentais²⁸.

Tais expressões têm sido utilizadas de maneira indiscriminada, como se fossem sinônimos, sendo que em nosso trabalho utilizaremos a forma que entendemos mais adequada que seria direitos fundamentais, pois são aqueles que devem ser reconhecidos pelo Estado no âmbito interno, como indispensáveis à dignidade da pessoa humana²⁹. Com relação aos direitos fundamentais, nem todos os direitos humanos reconhecidos no plano internacional serão reconhecidos como direitos fundamentais na ordem interna de todos os países, ou seja, alguns direitos fundamentais podem ser reconhecidos em certos países e não serem considerados em outros.

Neste sentido, os Direitos Fundamentais são pertencentes à pessoa³⁰, “não lhe podem ser negados, mas, ao contrário devem-lhe ser reconhecidos pelas outras pessoas em particular, pela sociedade em geral e pelo Estado, que lhes devem acatamento, respeito e proteção”.

Não obstante, o mencionado anteriormente sobre a questão de que nem todos os direitos fundamentais são ou serão reconhecidos em determinados países³¹, resta evidente a imperiosa necessidade de existir direitos fundamentais que sejam reconhecidos em todos os países.

Neste sentido, torna essencial a manutenção da ordem internacional para os direitos fundamentais, onde esteja estabelecida sobre uma pauta mínima, que seja reconhecida como universal e indispensável à preservação da dignidade da pessoa humana como pressuposto para edificação de todo e qualquer pensamento de direitos fundamentais³².

É evidente que referida ordem internacional necessita ser flexível o bastante, para ser realizável de maneira satisfatória a viabilizar direitos em culturas distintas.

No tocante ainda aos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é o seu

²⁸ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 26.

²⁹ Ibidem, p. 27.

³⁰ Ibidem, p. 27.

³¹ Ibidem, p. 31.

³² Ibidem, p. 32.

fundamento³³, contrariando Bobbio que na obra “Era dos Direitos”³⁴ sustentava impossibilidade de tal fundamento baseado em três justificativas.

A primeira justificativa dizia que, a expressão “direitos do homem” seria muito vaga e todas as definições são tautológicas. Ocorre, que a expressão somente seria vaga se não fosse possível uma base para sua identificação, o que não é o caso, pois a dignidade é essa base³⁵, e quando é identificada se torna possível verificar o conteúdo dos Direitos Fundamentais.

A segunda justificativa de Bobbio mencionava que os direitos seriam variáveis, portanto a conclusão era que não existem direitos fundamentais por natureza, mas direitos historicamente relativos. Contudo, apesar de historicamente surgirem novos direitos fundamentais, não impede que o fundamento continue sendo o mesmo³⁶, apenas que com a evolução histórica determinados direitos podem ser considerados essenciais em certo momento.

A terceira dificuldade se dava por serem direitos fundamentais heterogêneos e na própria Declaração de Direitos Humanos, existem direitos que são incompatíveis entre si. Ocorre que, é perfeitamente possível a existência dos direitos de liberdade e igualdade ao mesmo tempo. É evidente que em casos concretos, podem surgir conflitos entre os diversos direitos³⁷, ou que um seja mais valorizado que outro em determinado momento, entretanto referida dificuldade não impede que os direitos fundamentais tenham um fundamento único.

Dessa forma, levando-se em conta que o homem é um ser dotado de dignidade, portanto um ser cujo valor ético será superior a todos os demais no mundo, onde impõe para si um mínimo de direitos, resta evidenciado que a dignidade humana é o fundamento base dos direitos fundamentais³⁸.

1.3 A evolução histórica dos Direitos Humanos no mundo e no continente americano

Os direitos fundamentais³⁹ são direitos pertencentes a uma pessoa pelo simples fato

³³ Ibidem, p. 36-37.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 19. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 17-22.

³⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 37.

³⁶ Ibidem, p. 38.

³⁷ Ibidem, p. 36-38.

³⁸ Ibidem, p. 38.

³⁹ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de**

de ser humana, e, são direitos que todos os seres humanos possuem e que não podem ser renunciados ou transacionados; são direitos universais e inalienáveis.

A evolução histórica da humanidade é que resultou nos direitos Fundamentais, de sorte que passando por várias modificações, quanto a sua titularidade, implementação e efetividade.

Os direitos fundamentais foram inseridos em diversos tratados internacionais⁴⁰, mas como proteção de direitos específicos, como proibição da escravidão; o regime de mandatos da vetusta Sociedade das Nações, que impôs obrigações de respeito ao direito das populações de territórios sujeitos ao mandato; proteção dos trabalhadores, com criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919; proteção das minorias na Europa Oriental no pós-Primeira Guerra Mundial; as primeiras convenções de Genebra sobre a proteção de feridos e enfermos em tempo de guerra e outros.

Porém, como marco histórico de direitos fundamentais, citamos a carta de São Francisco⁴¹ que internacionalizou a temática dos direitos fundamentais, e foi o tratado internacional que instituiu a Organização das Nações Unidas em 1945, cujo preâmbulo e nos objetivos da Organização, conferiu indispensável importância da comunidade internacional de reconhecer e fazer respeitar os Direitos Fundamentais no mundo.

Documento constituinte da ONU, a Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. A Carta de São Francisco é considerada o primeiro tratado de alcance universal que reconheceu os direitos fundamentais de todos os seres humanos⁴², servindo como imposição do dever dos Estados de assegurar a dignidade e o valor do ser humano.

O conteúdo da Carta de São Francisco apresentava um sentido genérico e somente através da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴³, aprovada por meio de resolução em 10 de dezembro de 1948, foi possível explicitar quais seriam esses “Direitos Humanos”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948⁴⁴, é considerada um marco neste sistema internacionalmente, por ter inserido em seu texto Direitos

Derechos Humanos. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem, p. 50.

⁴³ Ibidem, p. 50.

⁴⁴ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos.** San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

Economicos, sociais, e culturais (DESC) e os direitos civis e políticos e a sua separação.

Não obstante, a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, referido instrumento por não possuir força vinculante⁴⁵, exigiu a elaboração de outros tratados inter⁴⁶nacionais para fins de ratificação pelos Estados membros.

A ideia inicial era de elaborar um único pacto com a inclusão dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais⁴⁶, contudo diferenças de métodos de implementação de “distintas categorias” de direitos levaram a opção do projeto de dois pactos distintos.

Desse modo, foram elaborados dois pactos pela ONU, sendo de Direitos Economicos, sociais, e culturais (DESC), adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, e o principal instrumento internacional de proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outro Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que foi adotado pela Assembleia Geral da ONU no ano de 1966, constituindo, assim, um pacto de amplitude mundial.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) (primeira geração e economia de mercado) e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (segunda geração e um Estado intervencionista)⁴⁷. DESC envolvem obrigações positivas (ou obrigação de fazer) e os direitos civis e políticos exigem apenas obrigações negativas (ou obrigações de não fazer), Abramovich e Courtis⁴⁸ salientam que a diferença entre as duas categorias de direitos é apenas uma diferença de grau (adaptação das particularidades de cada Estado).

A Diferença entre funções, pois os direitos civis e políticos seriam de aplicação imediata e os DESC de forma progressiva (prestações) e a visão equivocada, pois direitos sociais envolvem obrigações imediatas em algumas áreas, como a não discriminação e medidas para a sua realização.

Portanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os seus 68 anos marca um movimento universal irreversível de resgate do ser humano como sujeito do Direito

⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (org.). **O legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua trajetória ao longo das últimas décadas (1948-2008)**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

⁴⁷ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

⁴⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid-Espanha: Trotta, 2002.

Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional e serviu ainda para abrir caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais⁴⁹.

Em novembro de 1969 foi celebrada em San José da Costa Rica a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Fundamentais⁵⁰. Nela, os delegados dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos redigiram a Convenção Americana sobre Direitos Fundamentais, que entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando o décimo instrumento de ratificação de um membro da OEA foi depositado.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, menciona que “só pode realizar o ideal” do ser humano livre do medo e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa desfrutar de seus Direitos Econômicos, sociais, e culturais (DESC), bem como de seus direitos civis e políticos “(Preâmbulo, parágrafo 4)”.

Nesta data, vinte e cinco nações americanas haviam ratificado ou aderido à Convenção: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela⁵¹.

Este tratado regional é obrigatório para os Estados que o ratifiquem (que seria o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais) ou que realizem sua adesão (ocorre um Estado aceita a oferta ou a oportunidade de se tornar parte de um tratado que já foi negociado e assinado por outros Estados) e representa o auge de um processo que se iniciou em finais da Segunda Guerra Mundial, quando as nações americanas se reuniram no México e decidiram que uma declaração sobre direitos fundamentais deveria ser redigida, para que pudesse

⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (org.). **O legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua trajetória ao longo das últimas décadas (1948-2008)**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

⁵⁰ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

⁵¹ Idem.

eventualmente ser adotada como convenção⁵².

Com o fim de salvaguardar os direitos essenciais do homem no continente americano, a Convenção instituiu dois órgãos com competência de investigar violações aos direitos fundamentais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira havia sido criada em 1959 e iniciou suas funções em 1960, quando o Conselho da OEA aprovou seu Estatuto e elegeu seus primeiros membros⁵³.

A Assembleia Geral da OEA, em 1º de julho de 1978, recomendou a aprovação do oferecimento formal pelo governo da Costa Rica para que a sede da Corte se estabelecesse nesse país. Esta decisão foi ratificada depois pelos Estados Partes na Convenção durante o Sexto Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral, celebrado em novembro de 1978. A cerimônia de instalação da Corte foi realizada em San José em 3 de setembro de 1979⁵⁴.

No entanto, o tribunal não pôde se estabelecer e se organizar até a entrada em vigor da Convenção. Em 22 de maio de 1979 os Estados Partes na Convenção elegeram, durante o Sétimo Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, os juristas que em sua capacidade pessoal, seriam os primeiros juízes que comporiam a Corte Interamericana⁵⁵. A primeira reunião da Corte foi celebrada em 29 e 30 de junho de 1979 na sede da OEA em Washington, D.C.

Durante o Nono Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA foi aprovado o Estatuto da Corte e, em agosto de 1980⁵⁶, a Corte aprovou seu Regulamento, o qual inclui as normas de procedimento. Em 25 de novembro de 2003 durante o LXI período ordinário de sessões, entrou em vigor um novo Regulamento da Corte, o qual se aplica a todos os casos que tramitam atualmente, sendo que já julgou mais de sessenta casos.

Em 30 de julho de 1980 a Corte Interamericana e o governo da Costa Rica firmaram um convênio, aprovado pela Assembleia Legislativa daquele país mediante Lei No. 6528 de 28 de outubro de 1980⁵⁷, pelo qual se criou o Instituto Interamericano de Direitos Humanos. De acordo com este convênio o Instituto foi estabelecido como uma entidade internacional autônoma, de natureza acadêmica, dedicado ao ensino, pesquisa e promoção dos direitos fundamentais, com um enfoque multidisciplinar e com ênfase aos problemas da América. O

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

Instituto, com sede também em San José, Costa Rica, trabalha com apoio do sistema interamericano de proteção internacional dos direitos fundamentais.

Em 10 de novembro de 1981, o governo da Costa Rica e a Corte firmaram um Convênio de Sede, aprovado pela Costa Rica mediante a Lei No. 6889 de 9 de setembro de 1983, que inclui o regime de imunidades e privilégios da Corte, dos juízes, do pessoal administrativo e das pessoas que compareçam diante dela⁵⁸. Este Convênio de Sede é destinado a facilitar o desenvolvimento normal das atividades da Corte, especialmente pela proteção que dá a todas as pessoas que intervenham nos processos. Como parte do compromisso contraído pelo governo da Costa Rica, em novembro de 1993, este doou a sede física que o tribunal ocupa.

No Brasil a vontade de adquirir legitimidade política na arena internacional e o afastamento do passado ditatorial tem levado a ratificar a vários tratados internacionais de direitos fundamentais e também reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal conduta tem sido uma constante nos governos brasileiros a despeito de sua posição ideológica e desde a década de 80 têm ratificado Tratados de Direitos Humanos⁵⁹. As lutas no campo, violência policial e a impunidade, crise de desemprego, as crianças e adolescentes em situação de risco nas ruas, fome e miséria que atingem milhões e por isso são um desrespeito aos direitos fundamentais, faz com que os governos pelo menos aparentemente demonstrem, que não compactuam com tal situação caótica e assumem compromisso de melhorar a vida dos brasileiros.

1.4 Os Direitos Fundamentais Sociais

Conforme já mencionamos anteriormente, os direitos fundamentais são direitos pertencentes a uma pessoa pelo simples fato de ser humana⁶⁰, e, são direitos que todos os seres humanos possuem e que não podem ser renunciados ou transacionados; são direitos universais e inalienáveis.

Os direitos fundamentais são encarados como um fenômeno social⁶¹ e sua

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁶⁰ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

⁶¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2013, p. 63-

proliferação se deu com a ênfase dos direitos fundamentais de liberdade (obrigação negativa do Estado) juntamente com os direitos fundamentais políticos e sociais (obrigação positiva do Estado). No segundo momento, o ser humano passou a ser considerado como sujeito de direitos, e, no terceiro temos a transformação do homem genérico para o homem específico onde se leva em conta sexo, idade, condições físicas. A multiplicação de direitos se deu principalmente no âmbito dos direitos sociais, pois o direito à liberdade se dava somente para o homem em abstrato, pois todos eram considerados iguais em liberdade, porém os direitos políticos e sociais o tratamento passou a ser diferenciado, pois um homem ou grupo de homens eram distintos um do outro.

Os direitos fundamentais sociais como trabalho, instrução e saúde para sua realização prática, ou seja, passagem da mera previsão programática para sua proteção ou concretização, necessita da ampliação dos poderes dos Estados, ao contrário dos direitos de liberdade que nasceram contra os superpoderes do Estado, apesar de que nem sempre a redução dos poderes do Estado pode ser considerado um bem e o contrário um mal.

Neste sentido, estes direitos protegem as condições básicas⁶² que todas as pessoas devem gozar para poder ter uma vida humana digna.

A despeito do profundo debate associado às diferenças culturais *vis a vis* a pretensão da universalidade dos Direitos Fundamentais, cabe ressaltar que essas diferenças, reais e inegáveis, enriquecem e tornam complexa a concepção universal dos direitos fundamentais⁶³.

Com efeito, não necessariamente constituem expressões de negação, mas por outro lado, como aportes essenciais para que os direitos fundamentais possam ser realmente universais e para que seja percebidos, compreendidos e respeitados, não como uma imposição de uma ideia vinculada a uma civilização específica, em um determinado momento da história, mas como uma aspiração universal⁶⁴.

Diversos argumentos e desculpas são apresentados habitualmente para negar a concretização do direito fundamental à saúde, dentre eles a compatibilização das necessidades das pessoas à capacidade do Estado de prestar os serviços necessários⁶⁵.

Os direitos econômicos sociais e culturais são direitos fundamentais "nascidos da

65.

⁶² PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito Fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **Revista A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Belém, v. 5, n. 9, nov./2012, p. 136-145.

dignidade humana⁶⁶ e são, portanto, inerentes à pessoa humana". apesar das diferenças que possam surgir na caracterização dos direitos, os direitos econômicos sociais e culturais são direitos fundamentais de igual estado de natureza, igual em hierarquia e, em última análise, igualmente importante aos chamados direitos civis e políticos.

Os direitos econômicos sociais e culturais são direitos inerentes à pessoa humana e diferenças culturais não podem servir como justificativa de sua negação⁶⁷.

Como disse Sergio Garcia Ramirez⁶⁸, referindo-se a indivisibilidade dos direitos fundamentais:

Todos os direitos humanos são, ao mesmo tempo, um escudo protetor dos seres humanos: eles constituem condição, e aperfeiçoam mutuamente ao outro, e, portanto, devem proteger a todos. Nós não poderíamos dizer que a dignidade humana é segura, onde não há, talvez, cuidado com os direitos civis e políticos, ou apenas alguns deles, sendo um relevante, e outro direito negligenciado. As liberdades de expressão ou de sufrágio, não absolvem e não compensam a ignorância, ausência de saúde e a miséria.

A este respeito, a Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante "Convenção Americana" ou "Convenção") observa que "só pode realizar o ideal do ser humano livre do medo e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa desfrutar de seus Direitos Economicos, sociais, e culturais - DESC), bem como de seus direitos civis e políticos "(Preâmbulo, parágrafo 4).

Portanto, são direitos diretamente relacionados com a proteção de necessidades e capacidades que garantam uma qualidade de vida. Importante, como se infere do que tem sido dito, que todos os direitos fundamentais, tanto aqueles civis e políticos, como os direitos econômicos sociais e culturais-DESC, têm a mesma dignidade e são abrangentes e indivisíveis⁶⁹.

Nós não poderíamos dizer que a dignidade humana é segura, onde não há, talvez, cuidado com os direitos civis e políticos, ou apenas alguns deles, sendo um relevante, e outro direito negligenciado. Conforme mencionado anteriormente por Sergio Garcia Ramirez "As liberdades de expressão ou de sufrágio, não absolvem e não compensam a ignorância,

⁶⁶ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Cuestiones Constitucionales**, n. 9. 2003, p. 139-41.

⁶⁹ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

ausência de saúde e a miséria”⁷⁰.

As aparentes diferenças entre os direitos sociais e direitos civis têm como principal fonte alguns eventos históricos e políticos.

Embora seja importante notar declarações de direitos que surgiram nos séculos anteriores (França, 1789; Virgínia, de 1776, Rússia, 1917, Queretaro, 1917, entre muitos outros), é após a Segunda Guerra Mundial que surge um sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais. Este sistema consiste de regulamentos, agências, mecanismos de proteção e subsistemas em que protege os Direitos Fundamentais internacionais humanos⁷¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como já mencionado anteriormente, estabeleceu igualmente direitos econômicos sociais e culturais como os direitos civis e políticos. No entanto, no momento de completar esta declaração com a adoção de tratados específicos, os Estados separaram os instrumentos internacionais relevantes⁷².

Em seguida, foi criado um Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Esta separação enquadra-se numa concepção política e histórica desses direitos que foram classificados como direitos de "primeira geração" aos direitos civis e políticos⁷³, como "direitos de segunda geração" os DESC.

Neste sentido, o "A divisão Leste-Oeste, as visões antitéticas do papel do Estado em relações com os direitos das pessoas, levou a uma visão ocidental que privilegiou os direitos civis e políticos e a economia de mercado na compreensão de que um jogo harmônico de ambos conduziria ao estado de bem-estar, a riqueza das Nações”⁷⁴, e essa é a posição que prevaleceu sobre a posição dos países do Leste ou dos regimes socialistas, os defensores de um Estado intervencionista, com uma economia centralizada e controlada, capaz de assegurar direitos econômicos, sociais e culturais a seus cidadãos (fazemos a citação, pois era a visão dos países de regime socialista, mas não concordamos, pois Cuba e a Coreia do Norte demonstram o insucesso de tal modelo).

Assim, no debate internacional que se seguiu à adoção de Declaração Universal havia uma posição mais conservadora que classificava os direitos sociais como não exigíveis perante o Poder Judiciário. Esta visão limitava a capacidade de intervenção dos Estados no

⁷⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Cuestiones Constitucionales**, n. 9, 2003, p. 139-41.

⁷¹ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, María Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

que diz respeito direitos econômicos sociais e culturais DESC, que foram considerados inferiores aos direitos associados liberdades fundamentais⁷⁵.

Esta concepção dos direitos econômicos sociais e culturais - DESC como não direito, torna restrito exclusivamente a atos políticos ou morais e não questões relacionadas com a legislação vinculantes e exigível⁷⁶. Além disso, este tipo de posições alega diferença entre os tipos de obrigações que surgem de cada grupo de direitos. Em seguida, ele enfatiza que direitos econômicos sociais e culturais exigem a alocação de recursos e, portanto, envolvem obrigações positivas (ou obrigação de fazer). Assim, por exemplo, tais como o direito à saúde exige que o Estado adotasse das políticas públicas, criando centros de saúde, aquisição de medicamentos etc.

Nesta perspectiva diferenciadora, os direitos civis e políticos exigem apenas obrigações negativas (ou obrigações de não fazer), isto é, seria a não interferência do Estado nos direitos dos cidadãos. Como exemplo, temos a obrigação do Estado de não torturar e não pôr em perigo a vida de seus cidadãos⁷⁷. No entanto, este conceito se demonstrou equivocado, uma vez que não reflete a realidade de ambos os conjuntos de direitos. Assim, para tornar eficaz o direito a um julgamento justo, o Estado deve criar uma máquina judicial para permitir o acesso cidadãos aos tribunais, o que implica a atribuição de recurso para tanto.

Além disso, o direito à educação⁷⁸ não consiste apenas em criar centros educacionais para crianças, mas também que o Estado se abstenha (obrigação de não fazer) de praticar atos que impeçam que determinados setores da sociedade a ter acesso aos aludidos centros⁷⁹. De sorte, que autores como Abramovich e Courtis salientam que a diferença entre as duas categorias de direitos é apenas uma diferença de grau⁸⁰.

Outra distinção entre esses direitos, tem se concentrado na diferença entre funções com efeito imediato e obrigações de cumprimento progressivo⁸¹. Assevera-se, que os direitos civis seriam de aplicação imediata, enquanto direitos sociais estariam subordinados à disponibilidade de recursos, e por esta razão devem ser desenvolvidos de forma progressiva.

Tal como defendido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Direitos Sociais e

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid-Espanha: Trotta, 2002.

⁸¹ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

Culturais, esta visão é totalmente equivocada, tendo em vista que os direitos sociais envolvem obrigações imediatas em algumas áreas, como a não discriminação e medidas para a sua realização⁸². A este respeito, sua realização não pode ser adiada indefinidamente, mas deve ser satisfeita com as medidas atuais que, se não adotadas, emergirão responsabilidade Internacional para o Estado. Tal questão foi destacada por um ex-juiz do Tribunal da Corte Interamericana⁸³:

Uma distinção entre direitos civis e políticos [DESC], submete-se apenas a razões históricas e não a diferenças natureza jurídica de uns ou de outros; de modo que, na verdade, o que importa é distinguir, com um critério técnico jurídico, entre os direitos subjetivos plenamente aplicáveis, ou seja, "diretamente aplicáveis por si mesmos", e os direitos de natureza progressiva, que no fato se comportam melhor como direitos reflexos ou interesses legítimos, ou seja, "Exigíveis indiretamente", através de exigências positivas de caráter político ou de pressão, por um lado, e as ações jurídicas de impugnação em face daqueles que se oponham ou que admitam discriminações. Os critérios específicos para determinar em cada caso, se é um ou os outros direitos, são circunstanciais e historicamente condicionados, mas pode dizer-se, em geral, sempre que se conclui que um determinado direito fundamental não é diretamente aplicável por si só, estamos na presença um, pelo menos aplicável indiretamente e de realização progressiva. Assim, os princípios de "desenvolvimento progressista" contidos no artigo 26 da [CADH], embora literalmente, referindo-se as normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura insertas na Carta de [OEA] devem [...] ser entendido de aplicação a qualquer dos direitos "civis e políticos" consagrados na [CADH], na extensão e nos aspectos em que eles não são razoavelmente exequíveis por si mesmas, e vice-versa, que as regras do próprio [CADH] devem ser entendido como aplicáveis extensivamente aos chamados [DESC] na medida e aspectos em que sejam razoavelmente exigíveis por si mesmos (como ocorre, por exemplo, o direito de greve). Na minha opinião, esta interpretação flexível e recíproca das normas da [CADH] com outras normas internacionais sobre o assunto, e mesmo com a legislação nacional, é acordado com as "regras de interpretação" do artigo 29 do mesmo (Opinião individual do juiz Rodolfo E. Piza Escalante, Tribunal IDH, Opinião Consultiva OC-4/84, para. 6).

Finalmente, um dos argumentos que pretendem justificar separação e hierarquia entre as duas categorias de direitos é o princípio de que a essência da direitos civis e políticos são iguais e imutáveis com a independência do Estado em questão. De acordo com esta postura, o direito à vida seria igual em um país desenvolvido e em países em desenvolvimento, enquanto que o conteúdo dos direitos econômicos sociais e culturais DESC varia, dependendo do grau de desenvolvimento econômico de cada Estado. Assim, o conceito de habitação digna muda de um país para outro. Esta abordagem é conceitualmente inadmissível⁸⁴.

De fato, deve notar-se que, embora possam tem nuances no caminho adequado para

⁸² Idem.

⁸³ Ibidem, p. 27-28.

⁸⁴ Idem.

satisfazer todos os direitos fundamentais, há certos aspectos de cada um deles, que não suportam variações no Estado que deve cumprir tais direitos. Quanto ao primeiro, é de salientar que referido caráter de mutabilidade diz respeito aos direitos de qualquer tipo, civil, cultural, político, econômico ou social. Por exemplo, o direito à privacidade apresentará nuances no seu modo de cumprimento, dependendo do que se quer dizer por "família" ou "casa" no respectivo Estado (Comitê Direitos Humanos, Comentário Geral 16, par. 5)⁸⁵.

Com relação a este último, pode-se observar que alguns conteúdos, inclusive os direitos econômicos sociais e culturais, são substancialmente idênticos em relação a qualquer Estado. Por exemplo, embora o conceito de habitação/moradia digna seja variável, certos aspectos, tais como "a segurança jurídica da posse/propriedade" deve ser levado em conta em qualquer contexto (Comitê Direitos Humanos-Comentário Geral 4, n. 8)⁸⁶.

O Comitê Direitos Humanos, em várias ocasiões, teve oportunidade para expressar de forma semelhante ao exemplo dado, sobre vários direitos (Comentário Geral 15, parágrafo. 12, Comentário Geral 14, parágrafo 12 Comentário Geral 13, par. 6). Diante do exposto, verifica-se que não existem diferenças substanciais entre direitos econômicos sociais e culturais desc e direitos civis e políticos em relação a este aspecto: o cumprimento desses direitos requer certo grau de adaptação de acordo com as particularidades dos Estados e tendo, ao mesmo tempo, aspectos uniformes aplicáveis em todos eles.

Como podemos observar as diferenças entre direitos civis e os direitos políticos e sociais é apenas uma diferença de grau e não há uma hierarquia admissível entre os Direitos Fundamentais⁸⁷, de sorte que todos são iguais, indivisíveis, interconectados e interdependentes.

Além disso, os direitos sociais sofrem do mesmo mal que as demais normas de Direitos Fundamentais quanto a sua aplicação, pois em geral, as normas de Direitos Fundamentais são imprecisas⁸⁸, quer em cartas nacionais de direitos, quer em tratados regionais ou globais de Direitos Fundamentais e por isso emerge a necessidade que Tribunais nacionais e internacionais sejam capazes de estabelecer regras claras de interpretação dessas normas.

No mesmo sentido ainda, os Direitos econômicos sociais e culturais são Direitos

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ KILLANDER, Magnus. Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. Conectas: Direitos Humanos, v. 7, n. 13, dez./2010, p. 150-160.

Fundamentais "nascidos da dignidade humana e são, portanto, inerentes à pessoa humana"⁸⁹. Apesar das diferenças que possam surgir na caracterização dos direitos, os direitos suso são Direitos Fundamentais de igual estado de natureza, igual em hierarquia e, igualmente relevantes tal como os direitos civis e políticos.

Ocorre que, há o debate que os direitos econômicos sociais e culturais necessitam de recursos financeiros e por isso envolvem obrigações positivas (obrigação de fazer), como o direito à saúde que exige do Estado adote políticas públicas, criando centros de saúde, aquisição de medicamentos etc., ou seja, os direitos sociais geram interferência e ingentes despesas ao Estado.

Contudo, em razão das grandes transformações na forma de analisar os direitos fundamentais, propaga a relevância dos chamados direitos sociais, que alteram a postura de abstenção estatal (obrigação de não fazer) para um enfoque prestacional (obrigação de fazer)⁹⁰.

Sendo assim, a compreensão das políticas públicas como forma de concretização dos direitos sociais (os direitos sociais - reconhecidos em 1917/México, 1919/Weimar e 1934/Brasil - 2ª geração – DESC – Direitos Econômicos Sociais e culturais) é indispensável para assegurar condições para gozo dos direitos civis e políticos (1ª geração) (ex. como um analfabeto pode exercer plenamente o direito à liberdade de expressão se não tem direito a educação?) (fazemos a citação, mas ressalvamos que não concordamos com divisão ou classificação de direitos fundamentais em dimensões ou gerações, pois são indivisíveis e não há hierarquia). O mesmo acontece com os direitos de 3ª geração considerados “direitos transgeracionais”⁹¹.

Os direitos fundamentais são complexos quanto à sua concretização, mormente quanto a excesso de direitos, que para países em desenvolvimento (como o Brasil) são praticamente inviáveis ou irrealizáveis por conta dos obstáculos que são colocados todos os dias no cotidiano, e mesmo para os países desenvolvidos⁹², na década de 80 verificou-se um enfraquecimento da máquina estatal, haja vista a grande estrutura montada para realização principalmente dos direitos sociais.

Por outro lado, nos dias atuais a educação, saúde, assistência social, meio ambiente

⁸⁹ PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15.

⁹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas** - reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

⁹¹ Ibidem, p. 3.

⁹² Ibidem, p. 4.

são referenciais para qualquer país que queira ter uma posição relevante no contexto internacional. Por conseguinte, Bucci (2006, p.4) assevera que como requisito para cidadania, a intervenção estatal no domínio econômico seria indispensável.

Sobre esta aludida questão, não há dúvida que referida intervenção no domínio econômico não é aceita de forma unânime, neste sentido o maior expoente do libertarismo, Roberto Nozick apud Brito Filho⁹³ ao discorrer sobre a concepção libertária sobre o papel do Estado, diverge de que a intervenção estatal no domínio econômico é requisito fundamental para cidadania:

[a]s principais conclusões que retiramos acerca do estado são as de que um estado mínimo, limitando às funções estritas da proteção contra a violência, roubo, fraude, execução de contratos, e por aí em diante, justifica-se; e que o estado mínimo, além de correto, é inspirador. Duas implicações dignas de nota são a de que o estado não pode usar os seus instrumentos coercitivos com o objetivo de obrigar alguns cidadãos a ajudar outros, ou de proibir determinadas atividades às pessoas para o próprio bem ou proteção delas.

Brito Filho⁹⁴ assevera que referida concepção para o papel do Estado, afasta inequivocamente a possibilidade do Estado ser pensado para sustentar quaisquer políticas distributivas. Dworkin⁹⁵ assevera de que “não há lugar em uma teoria como a de Nozick para algo semelhante à ideia de uma distribuição igualitária do poder econômico abstrato para todos os bens sobre controle social”.

Bucci⁹⁶ ainda tratando sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais verifica que há um grande problema com relação aos direitos sociais, pois o próprio Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, mencionou que eles devem ser realizados de forma progressiva, não havendo uma preocupação normativa em garantir a realização dos referidos, como ocorreu com os direitos civis.

Konrad Hesse apud Bucci⁹⁷ alega que os direitos sociais, por falta do caráter subjetivo, como há nos direitos civis (o descumprimento gera direito de ação frente o Estado), dependem de “tarefas de Estado”. Por consequência, segundo Ernest Benda também citado

⁹³ Roberto Nozick apud BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 18.

⁹⁴ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 18.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 145.

⁹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7.

⁹⁷ Konrad Hesse apud BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

por Bucci na mesma obra⁹⁸, menciona que o texto constitucional deve ser realizado, seja por sua própria determinação ou mesmo pelo legislador infraconstitucional.

Referidos direitos sociais têm sido tema de políticas públicas, pois referidas políticas são o meio pelo qual os direitos sociais podem tornar uma realidade. Neste sentido, passamos ao conceito de Política Pública, que para Secchi⁹⁹, seria uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público, contudo o mesmo autor adverte que qualquer definição de política pública é arbitrária, haja vista a ausência de consenso em sua definição do que seja uma política pública.

A concretização das políticas públicas depende da atuação de vários atores da sociedade e sobre a legitimidade¹⁰⁰. Os políticos são um dos atores fundamentais no processo de políticas públicas, pois quando investidos de cargos no Executivo e Legislativo, possuem legitimidade para propor e fazer aparecer políticas públicas de grande impacto social.

Ocorre, que os juízes também são atores que exercem um papel extremamente relevante na implementação das políticas públicas¹⁰¹, haja vista que os magistrados detêm a incumbência de interpretar e aplicar a lei, inclusive adotando um protagonismo em determinadas situações.

A questão sobre o direito à prestação é problemática e no direito brasileiro não foge à regra, pois a CF/88 segundo Bucci¹⁰² foi “carregada” de direitos relacionados à redemocratização do país e “sobrecarregada” com aspirações relativas à superação da desigualdade social. Dessa forma, Bucci assevera que não há como admitir a inexigibilidade dos direitos sociais, tendo em vista que configura um descrédito para a própria CF, uma vez que não contem palavras inúteis.

Bucci cita que as políticas públicas têm suscitado discussões com relação ao seu controle judicial, no tocante a sua possibilidade de realização e limites desse controle¹⁰³. O debate judicial diz respeito aos limites do poder de coerção da norma jurídica em relação aos direitos sociais. No Capítulo a seguir vamos discutir sobre a importância da Democracia, dignidade humana, cidadania como elementos essenciais a saúde.

⁹⁸ Ernest Benda apud BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas** - reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

⁹⁹ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 2.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 102.

¹⁰¹ Ibidem, p. 108.

¹⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas** - reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

¹⁰³ Ibidem, p. 22.

CAPÍTULO II

DEMOCRACIA, DIGNIDADE HUMANA E CIDADANIA COMO ELEMENTOS ESSENCIAIS À SAÚDE

Nesse capítulo vamos discorrer, primeiramente, sobre o surgimento da Democracia. Em seguida, o assunto a ser tratado será a dignidade humana e sua condição de fundamento dos direitos fundamentais, bem como apresentação da cidadania. por fim, analisaremos a saúde pública brasileira e se há observância a dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais.

2.1 A democracia

No ano de 431 a.C., levando em conta um cenário de guerras constantes entre as denominadas cidades-estados gregas, uma delegação de paz saiu de Esparta em direção a Atenas¹⁰⁴, com uma proposta de paz, onde não haveria mais guerra se os Atenienses se abstivessem de interferir militar e economicamente nos aliados de Esparta.

Os cidadãos de Atenas por meio de uma assembleia e após acalorados debates entre aqueles que tinham como proposta a continuidade da guerra e os que queriam paz, restou por prevalecer à proposta de Péricles, filho de Xatipo, que recomendava a preparação de uma batalha naval e o reforço das defesas da cidade, mas determinou que não houvesse mais nenhuma ação militar, exceto se os Espartanos atacassem. A proposta foi aceita e os Espartanos retornaram para sua casa, ou seja, apesar da história mencionar que a guerra não terminou em razão do referido acordo de paz, em verdade destacamos referido evento histórico para ilustrar a origem grega da democracia.

A democracia conhecida no ocidente teve sua origem na Grécia e os escritos mencionam que o seu início se deu com o extraordinário modelo político das cidades-estados gregas que perdurou entre 500 e 300 a.C.¹⁰⁵, todavia apesar de cada cidade possuir sua própria história, o poder constituído em cada cidade-estado estava fundamentado em três elementos: um poder executivo central, um conselho oligárquico e uma assembleia geral dos cidadãos.

Na ilustração supramencionada, há muito não havia mais a monarquia, ou seja, o

¹⁰⁴ TILLY, Chales. **Democracia**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2013, p. 39.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 40.

poder absoluto nas mãos de um rei, mas sim administrações por determinados e curto período de tempo, cujos cargos eram ocupados por meio de sorteio ou eleição. Os mais ricos dominaram os grandes conselhos da cidade, mas os cidadãos tinham direito a voz nas assembleias gerais e tal como na história de Péricles, as assembleias decidiam assuntos de grande importância para o Estado Ateniense¹⁰⁶.

A democracia numa visão simplista¹⁰⁷, seria um “sistema político, no qual um povo soberano não somente tem direito a se governar, mas possui todos os recursos e instituições necessárias para fazê-lo”. Neste sentido¹⁰⁸, no republicanismo democrático, a confiança dos republicanos na perspectiva de um bom governo residia nas qualidades do povo e bem público a ser perseguido é o bem-estar do povo.

A democracia é um regime que busca promover o bem-estar do ser humano¹⁰⁹, e, garantir a liberdade individual, segurança, equidade, igualdade social, deliberação pública e a resolução pacífica dos conflitos.

Para Robert Dahl¹¹⁰ em argumento clássico são necessários critérios como característicos da democracia e que são: “Participação efetiva” onde todos os membros precisam ter oportunidades iguais e efetivas para tornar conhecidas aos outros suas opiniões de como deveria ser a política; “Igualdade de voto” diz respeito à oportunidade igual e efetiva na hora de votar e todos os votos devem ser considerados iguais; “Entendimento esclarecido” é ter oportunidade iguais e efetiva de aprender sobre as alternativas de políticas mais essenciais e suas possíveis consequências; “Controle de agenda” menciona que os membros devem ter a oportunidade exclusiva de decidir como e, se eles escolherem, quais assuntos devem ser inseridos na agenda, o que resulta em mudanças nas políticas; “Inclusão de adultos” significa que todos adultos residentes permanentes ou pelo menos a maioria deve ter plenos direitos de cidadão baseado nos 4 critérios anteriormente mencionados.

A democracia em suma, no sentido etimológico, é um regime onde o poder pertence ao povo, isto é, a população em sua totalidade e não apenas os mais privilegiados escolhem seus representantes¹¹¹, sendo que tais de forma soberana estabelecem as leis e governam o país por um determinado período previamente fixado. Na democracia não prevalece o traço consanguíneo ou de parentesco, no seio da democracia todos os cidadãos são iguais em direito

¹⁰⁶ Ibidem, p. 40.

¹⁰⁷ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 17.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 38.

¹⁰⁹ TILLY, Chales. **Democracia**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2013, p. 22.

¹¹⁰ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 171-179.

¹¹¹ TODOROV, Tzevetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Trad. Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 15-16.

e todos os habitantes são iguais em igualdade.

Hodiernamente, as democracias são consideradas liberais quando a esse princípio fundamental agrega-se um segundo que seria o da liberdade dos indivíduos¹¹². O povo permanece soberano, porém referido poder permanece restringido às fronteiras de cada indivíduo, que se mantém dono de si.

Democracia é o governo de conformidade com a vontade das maiorias das pessoas, que se traduz por meio das eleições realizadas habitualmente, com exercício ao direito ao voto, posteriormente a um debate político com garantia da liberdade de expressão e liberdade de imprensa¹¹³.

A democracia não se caracteriza apenas por um modo de instituição de poder ou pela finalidade de sua ação¹¹⁴, mas também pela maneira como o poder é exercido, seria por meio de um pluralismo, onde não há apenas um poder legítimo na mão de uma pessoa ou de uma instituição.

Para termos uma sociedade empenhada à igual consideração parece obvio que deve ser uma democracia e não uma monarquia, ditadura ou oligarquia¹¹⁵, pois primeiro a democracia exige que as autoridades sejam eleitas pelo povo e não escolhidas pela herança ou por um pequeno grupo de famílias ou eleitores privilegiados.

Ademais, por mais insatisfeitos que possam estar com sua condição, os habitantes de países democráticos vivem num mundo mais justo do que aqueles habitantes de países não democráticos¹¹⁶.

A democracia é superior aos sistemas políticos, pois promove a liberdade como nenhum outro sistema político ou outra alternativa viável, conseguiu realizar e apresentar a liberdade sob a forma de autodeterminação individual e coletiva, em grau de autonomia moral, a responsabilidade pelas próprias escolhas e ainda por ser o meio mais correto para que o ser humano possa proteger e promover os interesses e bens que compartilham mutuamente¹¹⁷.

Assim, com relação ao ativismo judicial ou judicialização da política incidente sobre a Democracia, cabe mencionar que nos Estados Unidos em ultima instancia, o Supremo

¹¹² Idem.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra-Portugal: Almedina, 2012, p. 355.

¹¹⁴ TODOROV, Tzevetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 17.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 255.

¹¹⁶ TODOROV, Tzevetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 17.

¹¹⁷ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 495.

Tribunal pode deliberar sobre determinada lei elaborada pelo parlamento, que representa a vontade da maioria dos eleitores, e considera-la sem efeito legal¹¹⁸, desde que a considere ofensiva aos Direitos Constitucionais Fundamentais, ou seja, na Democracia os indivíduos podem buscar a proteção e promoção dos Direitos Fundamentais através do Poder Judiciário.

Alguns juristas e filósofos são contra referida prática, por entender que seria atentatória contra a democracia, por outro lado, existem outros, que defendem a intervenção do Poder Judiciário, fundamentados no argumento de que apesar da Democracia ser muito importante, não pode ser considerado como único valor¹¹⁹, e, por isso, deve ser comprometida para servir a outros valores como os Direitos Fundamentais.

Existem problemas no ativismo judicial ou judicialização da política na Democracia brasileira? É claro que sim, pois por exemplo, os Juízes no Brasil são nomeados e não eleitos, e, seus mandatos são vitalícios, portanto sua permanência no cargo supera a qualquer mandato dos Presidentes e dos parlamentos, inclusive nos casos dos Juízes Constitucionais que são nomeados pelo Chefe do Executivo com sabatina dos parlamentares¹²⁰. Dessa forma, o povo brasileiro pode demitir um senador, um deputado, um presidente, um governador e um prefeito, mas não pode demitir um magistrado.

Realmente, podemos mencionar que, o povo perde o controle sobre a conduta do Juiz após sua nomeação, porém o mesmo ocorre com ocupantes de cargos eletivos, onde o eleitor perde o controle sobre a conduta do parlamentar eleito, embora possa lhe negar a reeleição¹²¹.

Ocorre, que um presidente tem muito mais poder que um juiz¹²², sendo que um juiz constitucional não tem poder para agir de forma independente, como ocorre como o presidente, primeiros-ministros, governadores, prefeitos, pois são parte de uma turma com vários membros, de sorte que a decisão de uma turma pode ser revisada pela totalidade dos juízes e mesmo a decisão de um juiz individualmente no Tribunal poderá ser controlada pelo colegiado¹²³. Ademais, a decisão de um juiz do Tribunal é limitada, pois precisa possuir elementos relevantes, para fins de obter a unanimidade ou pelo menos a maioria.

Não há dúvida, que uma decisão do tribunal pode anular leis que são populares, ou afetar políticas populares e até cometer erros, porém o presidente, primeiros-ministros, governadores, legisladores que conduzem comissões importantes e casas legislativas, podem

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra-Portugal: Almedina, 2012, p. 356.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Ibidem, p. 404.

¹²¹ Ibidem, p. 404.

¹²² Ibidem, p. 404.

¹²³ Ibidem, p. 405.

fazer, sozinhos, mais mal do que os juízes coletivamente¹²⁴.

Como exemplo podemos citar George W. Bush como um dos presidentes menos populares da história dos Estados Unidos, porém sempre foi inflexível na continuidade das políticas que o tornaram pouco popular. Alan Greenspan, como presidente da Reserva Federal estadunidense, foi considerado o grande responsável, por conta de suas falhas de supervisão, pela crise de 2008 dos mercados mundiais de crédito¹²⁵.

Resta evidente, que no governo representativo, alguma concentração temporária de poder nas mãos de poucas pessoas, é indispensável para que uma comunidade possa sobreviver e prosperar¹²⁶.

Cabe mencionar, que várias nações sobreviveram e prosperaram sem a atuação dos Tribunais ou do Poder Judiciário, assim como outras experimentaram o mesmo com a atuação do Poder Judiciário. Além disso, não há garantia que o Tribunal Constitucional, ou o Poder Judiciário, torne ou não uma comunidade da maioria mais legítima e democrática, porém a história, apesar de não ser a última palavra, deve ser também levada em conta para examinar a pertinência da atuação dos Tribunais¹²⁷, e o que se tem constatado, é, que o saldo geral do seu impacto histórico tem sido positivo, conforme exemplos supramencionados. Sendo assim, não há como atribuir ao ativismo judicial ou judicialização da política, qualquer dano em desfavor da Democracia.

2.2 Dignidade humana e a cidadania

Depois de tratarmos sobre a origem da democracia, surge a necessidade de discorrer sobre a dignidade humana e a cidadania. O que seria a dignidade humana? Segundo Wolfgang Sarlet, dignidade humana seria¹²⁸:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos

¹²⁴ Ibidem, p. 405.

¹²⁵ Ibidem, p. 404-405.

¹²⁶ Ibidem, p. 406.

¹²⁷ Ibidem, p. 406-407.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

da própria existencia e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Qual razão para ser a dignidade humana considerada fundamento dos Direitos Fundamentais? A dignidade humana é o fundamento para os Direitos Fundamentais, por ser o traço distintivo entre o ser humano e os demais seres vivos.

Cabe asseverar, acerca da dignidade humana, que no reino das finalidades humanas tudo ou tem preço ou dignidade, ou seja, tudo que tem preço pode ser comparado ou ser objeto de troca ou permuta¹²⁹, por outro lado, explicando o que seria a dignidade, cabe asseverar que se trata de atributo que não está disponível para substituição ou comparação, ou seja, quando algo está acima de qualquer ou todo preço e não admite substituição por equivalente, significa que ela detém dignidade.

O ser humano como ente que detém capacidade para realizar suas escolhas, passa a ser o unico possuidor de dignidade, assim a dignidade é considerada como atributo do ser humano, por conseguinte torna-o destinatário de um mínimo de direitos.

E mesmo para quem entende que nem todo ser humano tem autonomia para fazer as suas escolhas, e por isso a dignidade humana não seria fundamento universal dos Direitos Fundamentais, cabe asseverar, segundo Sarlet¹³⁰ que referida autonomia é em abstrato e não em concreto:

A autonomia é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo de sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

Kant na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”¹³¹ menciona o seguinte:

Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo Contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.

Dessa forma, sendo o homem dotado de dignidade é correto afirmar que deve ser destinatário de direitos mínimos prestados pelo Estado que lhe sejam considerados conforme

¹²⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2. ed. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2009, p. 82.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45.

¹³¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2. ed. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2009, p. 72.

a sua necessidade¹³².

No caso não há como admitir argumentos em contrário para exatamente alimentar uma moratória ilimitada de concretização de Direitos Fundamentais. E o Poder Judiciário tem se apresentado como autor social apto a promover e proteger a dignidade da pessoa humana e para contribuir para resolver a moratória ilimitada¹³³.

Em verdade, o mais correto¹³⁴, seria a proteção dos direitos fundamentais e sua universalidade, mas reconhecer que podem ser admitidos e aplicados com variações que observem e respeitem a cultura e saber local, sem, contudo imaginar ou tentar negá-los ou deturpa-los de forma tal que signifique sua negação.

Neste sentido, a dignidade humana leva em conta o caráter particular, por isso há uma multiplicidade de ideias de dignidade humana, seja com a relação à mulher, ao oriental, latino-americano, indígena etc., pois o ser humano sofre e tem necessidades, não como ser humano em geral, mas na condição de trabalhador explorado, mulher, indígena etc¹³⁵. O risco do caráter particular é a desintegração da ideia de dignidade humana em infinitas dignidades humanas.

Os referidos questionamentos citados anteriormente podem ser encontrados em importantes tratados internacionais sobre direitos fundamentais, como por exemplo, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem podemos detectar os dois primeiros questionamentos supramencionados, sendo a primeira onde há o debate entre jus naturalismo e o caráter positivo ou político-positivo¹³⁶, constatada no preâmbulo que assevera que a dignidade está no próprio nascimento do ser humano, por outro lado na citação do considerando, reza que os povos da América, em razão de sua atuação jurídico-política manifestada em suas constituições “puseram” no ser humano uma característica de grande utilidade, não natural, que seria a dignidade humana.

O segundo questionamento vamos verificar quando a Carta estabelece “Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida

¹³² BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo**. Belém, v. 41, n. 81, jul.-dez./2008, p. 3-17.

¹³³ Ibidem, p. 77-87.

¹³⁴ Ibidem, p. 77-87.

¹³⁵ Ibidem, p. 77-87.

¹³⁶ BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 6, n. 11, dez./2009, p. 47.

decente, e que contribua para manter a dignidade da pessoa e do lar”¹³⁷, portanto no debate entre caráter abstrato versus caráter concreto, uma vez que para ter uma existência humana valiosa, seria necessário o gozo, desfrute do direito à propriedade privada e não na participação ativa na vida pública e política de Estado.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos vamos encontrar, mais uma vez o embate da concepção naturalista frente a positivista, haja vista que no preâmbulo aparentemente a Declaração assume compromisso com jusnaturalista, quando menciona a dignidade humana como inerente a todo ser humano, de sorte que as ações político-jurídica não podem “dignificar” o ser humano, posto que a dignidade já está em todo ser humano de forma inerente¹³⁸.

Dessa forma, os questionamentos ou problemas apresentados sobre a dignidade humana, parecem sem solução, e, os tratados supracitados e outros existentes não parecem apresentar uma resposta adequada¹³⁹, pois nos aludidos textos se evidenciam os problemas supramencionados.

Por outro lado, parece que as decisões proferidas pelos Tribunais¹⁴⁰, por conta de obrigação do magistrado de apresentar uma solução para todo e qualquer caso que lhe seja submetido, seria a forma implícita ou explícita de demonstrar o alcance, significado e tornando em concreto o que seria irremediavelmente abstrato sobre a dignidade humana.

A vista do mencionado cabe ainda indagar se a solução de tais conflitos por meio de decisões judiciais seria prejudicial a Dignidade Humana? Haveria transferência da soberania popular para o Juiz? A jurisdição seria uma forma de totalitarismo, ou seja, um governo de juízes?

Talvez sim, mas talvez não, pois em uma nova cena da democracia, o direito torna-se a referência da ação política¹⁴¹, o que não significa a transferência da soberania do povo para o juiz. O que pretende é que tudo possa ser submetido à jurisdição, seja a política externa, ou seja, segundo Tocqueville, “Não existe praticamente questão política nos Estados Unidos, que não seja resolvida cedo ou tarde como se fosse uma questão judiciária”. No caso, conforme mencionado na introdução e que ainda vamos tratar mais adiante, determinadas situações podem ser analisadas em concreto pelo ativismo judicial ou judicialização da política do Poder Judiciário.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Ibidem, p. 41-59.

¹³⁹ Ibidem, p. 41-59.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 41-59.

¹⁴¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 47.

Anteriormente, mencionamos que os direitos constituem uma classe variável¹⁴², haja vista que a mudança de tais direitos decorre do surgimento de carecimentos, interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc., ou seja, o direito de uma pessoa, que não foi reconhecido ontem, mesmo havendo norma expressa dizendo que o aludido teria direito, com base na interpretação de tal norma, passou a ter hoje a sua aplicação de forma a levar a em conta direito que legitimaria referida interpretação.

Neste sentido, a variação dos direitos fundamentais, decorre da interpretação dada pelo Juiz e que eventual divergência ou não na interpretação de um direito pode ser alterada¹⁴³, ou seja, o padrão de acordo e desacordo é temporário, pois o que era incontestável pode passar a ser e o que era questionável por minoria pode passar a ser aceito, isto é, os paradigmas são rompidos e são criados novos paradigmas.

Nos últimos anos, várias iniciativas têm integrado uma abordagem ou enfoque sobre os Direitos Fundamentais nas estratégias de desenvolvimento e erradicação da pobreza¹⁴⁴. A este respeito, no âmbito das nações unidas, houve significativo progresso no sentido de uma maior convergência possível entre a linguagem do desenvolvimento e linguagem dos direitos.

Referida confluência tem como fundamento o conceito do desenvolvimento e expansão das capacidades e liberdades reais que desfrutam os indivíduos. Em particular, segundo essas concepções, as liberdades fundamentais se relacionam, entre outras, com o acesso aos recursos básicos para poder evitar a fome, desnutrição, a mortalidade infantil, ou desfrutar das liberdades relacionadas com a capacidade de ler, escrever, participar de decisões privadas e públicas. Observa-se, que tal posição há um entendimento do desenvolvimento onde os Direitos Fundamentais tem um papel fundamental para avaliar o crescimento econômico. Uma projeção sobre referido enfoque pode ser encontrada em diversos informativos sobre o desenvolvimento humano no programa da ONU.

Com base na confluência destas duas perspectivas, uma abordagem baseada nos Direitos Fundamentais deve ser definida da seguinte forma: "é um marco conceitual para o processo de desenvolvimento humano a partir de ponto de vista normativo baseado nas normas de Direitos Humanos Internacionais e do ponto de vista operacional é orientado para a promoção e proteção dos Direitos Fundamentais. Seu objetivo é analisar as desigualdades que estão no centro dos problemas de desenvolvimento e corrigir práticas discriminatórias e

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 19. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

¹⁴⁴ Idem.

distribuição injusta de poder que impedem o progresso em desenvolvimento”.

Seguindo esse enfoque, as políticas públicas e as estratégias do desenvolvimento devem possuir como fundamento a partir dos princípios e normas dos Direitos Fundamentais.

Uma primeira formulação da cidadania social desvinculada do entendimento da cidadania como “possessão de direitos”, conceito impulsionado a partir da obra de Thomas Marshall, *Cidadania e Classe Social*, publicada em 1950. Para Marshall, a cidadania postula um Estado do bem Estar liberal democrático, pois somente pode sentir-se como membro pleno de uma sociedade aquele que detém seus direitos civis, políticos e sociais¹⁴⁵.

A posse de tais direitos sociais adquire especial relevância para o exercício da cidadania, tendo em vista que permite a inclusão real dos excluídos e fortalece o caminho com objetivo de superação das desigualdades. Por outro lado, uma noção formal de cidadania, que não tenha em conta uma realização dos direitos sociais, termina perpetuando as desigualdades.

De outra parte, para Marshall, os Direitos Sociais não dependem das contribuições de um ser humano a produção e ao mercado; por conseguinte tais direitos buscam parar as atuações livres das forças do mercado e estabelecer as bases fundamentais para alcançar a igualdade substancial dos indivíduos. Sobretudo, para ser cidadão e participar plenamente da vida pública, o sujeito necessita encontrar-se em uma posição socioeconômica que lhe permita o desenvolvimento de capacidades, conforme supramencionado¹⁴⁶.

Neste sentido, a cidadania reúne os direitos e obrigações associados à capacidade de ser membro de unidade social, a qual confere aos direitos sociais um papel essencial para seu exercício.

Insta mencionar, que para ter a concretização dos Direitos Fundamentais, entendemos que todos os indivíduos têm direito ao mínimo adequado, não havendo mais tempo a perder para sua realização.

2.3 A saúde pública

Para proteção de sua saúde física, inicialmente o homem desenvolveu meios de defesa, para contornar ataques de animais selvagens, inimigos eventuais e intempéries. Cedo

¹⁴⁵ Apud PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 19-20.

¹⁴⁶ Idem.

se deu conta da relação entre essas agressões e o seu estado físico¹⁴⁷. Algumas coisas lhe podiam fazer mal e outras lhe diminuir a liberdade.

Os cuidados maternos inspiraram-no a proteger os mais velhos, crianças ainda, para prolongar a sua vida útil, baixíssima (18 anos) no tempo das cavernas. Neste sentido, podemos citar a família como a primeira entidade a tratar do enfermo ou do incapaz de deixar o abrigo e sair em busca de alimentos¹⁴⁸. Um dos mais antigos vestígios de ações medicas e a impressão na Gruta de Gargas, nos Altos Pirineus (Espanha), onde encontrada mão amputada.

A área da ortopedia foi a primeira desenvolvida na medicina, sendo que existem indícios que dez mil anos antes de Cristo, já se faziam cirurgias. A medicina veterinária foi encontrada em 1900 a.C., no Egito. O Código de Hamurabi tem vários registros relativos a arte da cura (1950 a.C.) Micenas, na Grécia, desenvolveu a farmacologia. Hipócrates, o pai da medicina, nasceu em 460 a.C., na ilha de Cós, era filho do médico Eródio de Selimbria. Na Grécia, templos eram consagrados a Asclépio, chamados de Asclepions, verdadeiras clinicas em que eram atendidas multidões de pacientes. A profissão de medico foi regulamentada em Roma, onde proliferavam charlatães. Os consultórios-residência eram construções complexas¹⁴⁹.

Na Idade Média, as entidades religiosas como monastérios e mosteiros, movidas pela solidariedade e caridade próprias dos voltados para o espírito, prestaram assistência religiosa e a saúde. As universidades tornaram-se centros de desenvolvimento da medicina e atendimento dos enfermos. Médicos autônomos, ambulantes eram muitos comuns, curandeiros, barbeiros, cirurgiões, praticantes da medicina incipiente prestaram relevantes serviços ate o aparecimento do medico e o crescimento das técnicas curativas¹⁵⁰.

A iniciativa particular nas ações de saúde sempre foi destacada e de extrema relevância, sendo que o Estado, somente, muito mais tarde, interessou-se por esses cuidados e, após o final do século XIV, foram implantados os primeiros hospitais¹⁵¹. A seguridade social, surgiu no Brasil exata e precisamente num hospital, o da Santa Casa de Misericórdia de Santos (1543).

Com relação ao seu conceito, consideram-se ações de saúde no sentido de instituição securitária, um conjunto de normas, medidas governamentais, ações publicas e privadas

¹⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 157-162.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 157.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 157.

¹⁵¹ Ibidem, p. 157.

direcionadas para a prevenção e o tratamento de doenças¹⁵².

O art.196 da Constituição da República de 1988 introduziu a saúde, como um dos sistemas setoriais da Seguridade Social, ao lado da Previdência Social e Assistência Social. O referido dispositivo assevera que a saúde é direito de todos e dever do estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei n.8.080/1990, norma básica que regulamenta o Sistema Único de Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes menciona que: A “saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”¹⁵³ (art.2º).

A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, quaisquer pessoas podem obter assistência a saúde, em âmbito municipal, estadual ou federal¹⁵⁴. Não há distinção, embora, naturalmente, quem pode desfrutar de melhores serviços estatais ou privados não recorre ao SUS – Sistema Único de Saúde. Nacionais ou estrangeiros qualificam-se para o atendimento primário e, quando a assistência reclama procedimentos mais sofisticados, acentua-se a potestade estatal.

Não há vínculo entre a previdência social e o trabalho, podendo ser atendidos, segundo as necessidades, mesmo os não segurados ou não filiados¹⁵⁵, ou seja, o beneficiado da saúde pública no Brasil não necessita contribuir para ter acesso a saúde e também não precisa ter a qualidade de segurado.

Dessa forma, a saúde é um Direito Fundamental, reconhecido como direito social, conforme se verifica do art. 6º da CF/88. Além disso, o art. 196 assevera ser um direito de todos, o que implica dizer que todas as pessoas sem exceção, têm direito ao acesso à saúde (universalidade de acesso a saúde pública).

A positivação do direito a saúde Constitucional com natureza universalizante decorre de um processo de amadurecimento de nosso Estado social e tem na VIII Conferência Nacional de Saúde realizada em 1986 um papel decisivo para a criação do Sistema Único de Saúde.

Por conseguinte, conforme mencionado anteriormente, em decorrência da garantia

¹⁵² Ibidem, p. 157.

¹⁵³ Ibidem, p. 157.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 157.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 157.

constitucional da universalidade do acesso à saúde pública, todas as pessoas independentemente das condições financeiras particulares, tem o mesmo direito a saúde. Nesse sentido, restrições irrazoáveis por critérios subjetivos podem revelar conduta inconstitucional por parte do Poder Público.

O art. 198, § 1º, da CF/88 reza que o SUS- Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art.195, *caput* da CF, com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Vale destacar, que os recursos para o financiamento do SUS advindos do orçamento da Seguridade Social revelam o financiamento direto, ao passo que os recursos utilizados na área de saúde transferidos dos orçamentos dos entes federativos e de outras fontes enquadram-se como financiamento indireto.

Ressalve-se, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos previstos na CF/88, conforme se verifica do previsto em seu art.198, § 2º, introduzido pela EC n. 29/2000. Esses percentuais, conforme prescrito pelo at. 198, 3º da CF/88 deveriam ser estabelecidos por Lei complementar.

O art. 198 da CF foi recentemente regulamentado pela Lei complementar nº 141 de 13 de Janeiro de 2012, após uma inércia de quase doze anos do congresso Nacional. A LC nº 141/2012, ao regulamentar o 3º do art. 198 da CF, dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde estabelecendo, também, os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

Por força do art. 5º da LC n. 141/2012, a União aplicara, anualmente em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente a variação nominal do produto interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentaria anual.

Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos que tratam o art. 157, a alínea *a* do inciso I e o inciso II do *Caput* do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios (art.6º).

Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações serviços públicos

de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea *b* do inciso I do *Caput* e o 3º do art. 159, todos da constituição Federal. Cabe destacar que, segundo o art. 8º da LC n. 141/2012, o Distrito Federal também aplicara, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

A Lei Complementar também estabelece o que serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde (art.3º) e o que não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos (art.4º).

A palavra “saúde” vem do adjetivo latino *saulus*, que significa intacto, inteiro¹⁵⁶. A organização Mundial de Saúde conceitua a saúde como a situação de completo bem-estar físico e mental do ser humano.

Dentro dessa perspectiva a saúde não depende apenas da condição individual do ser humano, mas também bem-estar biológico quanto ao sexo, idade, herança genética, o meio físico como ocupação territorial, alimentação, socioeconômico e cultural que se refere a níveis de emprego, renda, educação, lazer, liberdade etc¹⁵⁷.

Por isso, saúde não pode ser considerada apenas como fornecimento de assistência médica e fornecimento de remédios, mas também medicina preventiva, controle de doenças infecciosas e parasitárias por meio de programas de acesso a habitação e saneamento básico, combate à desnutrição¹⁵⁸.

A constituição Federal de 1988 estabelece que a saúde seja um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹⁵⁹.

No caso o Estado tem obrigação de prestá-lo a despeito de qualquer forma de contribuição pelo ser humano, pois está inserido no rol de direitos fundamentais.

Segundo entendimento doutrinário, apesar dos direitos sociais¹⁶⁰, estarem enquadrados como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, não tem caráter imperativo, possuindo suas normas apenas cunho programático, ou seja, seriam considerados deveres mais morais do que jurídicos.

¹⁵⁶ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 477.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 478.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 479.

Ocorre, que a lei justa é aquela que determina o procedimento da justiça-distributiva, tornando iguais os desiguais na medida de suas desigualdades¹⁶¹. Assim, os chamados Direitos Sociais são essenciais ao Estado Democrático de Direito, pois sem o mínimo de garantia social é impossível conceber uma sociedade justa e que tenha como finalidade a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades.

O acesso a saúde pública no Brasil tem sido efetivo? Temos a concretização de Direitos Fundamentais por meio da saúde Pública? Segundo avaliação realizada pelo próprio Poder Público, a saúde tem apresentado problemas de realização, ou seja, o Poder Executivo não tem ofertado uma saúde pública que possa concretizar referido Direito Fundamental.

Neste sentido, temos o surgimento da intervenção do Poder Judiciário para concretização de direitos sociais à saúde, como no caso inserto na jurisprudência do TJ/MG, no recurso APCV 1.0223.10.008426-6/001 da Rel. Des. Bitencourt Marcondes publicado no DJEMG 06/03/2014:

94420355 - APELAÇÃO CÍVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL À SAÚDE. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS. JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE. ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DEVER DE FORNECER O MEDICAMENTO PLEITEADO. IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. SENTENÇA CONFIRMADA. CONDENAÇÃO DA FAZENDA MUNICIPAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A legitimidade para discutir a fixação dos honorários advocatícios resultantes da sucumbência é concorrente, podendo ser requerida tanto pela parte quanto por seu procurador. 2. **O direito à saúde insere-se no rol dos direitos sociais. Direitos fundamentais de segunda geração. Apresentando uma dupla vertente: de um lado, consubstanciam-se em mandamentos de natureza negativa, impondo à coletividade o dever de abstenção de atos que frustrem sua efetivação; por outro, apresentam-se como exortação a um Estado prestacionista para fomentar a implementação de prestações positivas.** 3. Não se desconhece que, com o objetivo de racionalizar a atuação estatal, a Administração tenta estabelecer diferentes eixos de atribuições para cada um dos entes federados. O que se observa, em regra, é que a União tende a assumir atribuições mais genéricas e diretivas, as quais se tornam mais específicas em relação aos Estados e mais ainda em relação aos Municípios. 4. Essa repartição inter-federativa de atribuições não repercute, contudo, na legitimidade ou na obrigação da prestação de assistência à saúde, como vem reiteradamente decidindo o STJ, não se podendo exigir do cidadão que navegue o tortuoso caminho da repartição de competências entre os entes federados para obter a prestação que necessita. Precedentes: RESP 999.693 e RESP 996.058. 5. Especificamente, como forma de consecução da política pública de saúde, estabeleceu Lei Federal nº. 8.080/90 a sua instituição de forma padronizada, de modo a atender a critérios de igualdade e racionalização da utilização dos recursos. Daí a formulação de listas de medicamentos e insumos postos à disposição dos cidadãos, a fim de orientar a prestação igualitária da assistência médica. 6. **A invocação estéril do princípio da reserva do possível não pode ser suficiente para eximir a municipalidade do dever de fornecer medicamento que se**

¹⁶¹ Ibidem, p. 480.

encontra na listagem do SUS, sob pena de se inviabilizar a consecução da política pública de saúde. 7. Desse modo, se o autor se desincumbe do ônus de comprovar a necessidade do medicamento e dos insumos prescritos e o ente não produz qualquer prova séria quanto à escassez financeira da Administração, impõe-se analisar a questão sob a vertente positiva do direito à saúde. 8. Não se vislumbram razões para que a Fazenda Pública se coloque além do alcance das multas cominatórias, haja vista que essa medida não visa desfalcar o erário, mas garantir a efetividade das decisões judiciais. As astreintes, não custa lembrar, não possuem natureza satisfativa. Basta que a Administração cumpra fielmente o comando judicial para se ver livre do preceito. Precedente: AGRG no RESP 1358472/RS. 9. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada no sentido de que a condenação da Fazenda Municipal em litígio contra a Defensoria Pública estadual determina a incidência de honorários de sucumbência, já que se trata de pessoas jurídicas diversas. (TJ-MG; APCV 1.0223.10.008426-6/001; Rel. Des. Bitencourt Marcondes; Julg. 20/02/2014; DJEMG 06/03/2014) (repositório autorizado DVD-Magister nº 57 agost/set 2014) (grifos nossos).

O ativismo judicial ou a judicialização da política tem estado cada vez mais presente em nossa sociedade, em decorrência da condição precária que referido Direito Fundamental é apresentado para a população.

Segundo Relatório de Avaliação da Saúde Pública do Brasil, apresentado pelo Tribunal de Contas da União em março de 2014, foi realizada uma análise do quadro da Saúde pública do Brasil, e neste sentido transcrevemos apenas a conclusão para comprovar a precariedade da saúde pública:

VIII - Conclusão

381. A Constituição Federal estabeleceu a universalidade do acesso, a integralidade da atenção e a igualdade da assistência a todos, além de dispor que as ações e os serviços públicos de saúde fazem parte de uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem o Sistema Único de Saúde (SUS), com direção única em cada esfera de governo.

382. Para assegurar o cumprimento desses princípios constitucionais, o SUS deve atender uma demanda crescente por diagnósticos e tratamentos, a qual decorre do crescimento populacional, da transição epidemiológica, do aumento da longevidade e das inovações tecnológicas.

383. Os gastos totais com a Função Saúde aumentaram, em valores nominais, de R\$ 52,9 bilhões, em 2008, para R\$ 89,1 bilhões em 2012. Nesse mesmo período, a proporção dos gastos em saúde em relação ao PIB aumentou de 1,74% para 2,02%. Apesar desse crescimento, discute-se a existência de um subfinanciamento do setor de saúde, a partir da comparação desses gastos como aqueles realizados por países que possuem modelos públicos de atendimento universais.

384. Cabe registrar que, nos últimos cinco anos, deixaram de ser aplicados na Função Saúde R\$ 20,4 bilhões, em valores atualizados, em relação ao que fora previsto nos orçamentos da União, sendo R\$ 9,6 bilhões somente no exercício de 2012.

385. Com fulcro na análise da contabilidade da União, conclui-se que foram empenhados valores suficientes para cumprir a regra de aplicação mínima de recursos no setor saúde. Todavia, especial atenção deve ser dada aos valores inscritos em restos a pagar, cujo cancelamento posterior ou prescrição pode ocasionar o descumprimento dessa regra.

386. A avaliação dos sistemas de saúde constitui tarefa complexa, tendo em vista as diversas dimensões e perspectivas que podem ser consideradas. Ciente disso e com vistas a elaborar um diagnóstico da situação da saúde no Brasil, o Tribunal

desenvolveu uma metodologia de avaliação por meio de indicadores, a partir do que existe de mais moderno na literatura mundial.

387. A partir da análise desses indicadores, constatou-se que o sistema de saúde brasileiro apresenta graves desigualdades quando se compara o sistema público com o privado ou quando se analisa a situação das diversas regiões do Brasil no âmbito do SUS. Tais desigualdades podem ser observadas em todos os blocos do modelo de avaliação, desde a estrutura do sistema de saúde até a situação da saúde da população.

388. O modelo de avaliação proposto deve ser visto como o passo inicial de um processo de desenvolvimento contínuo. Logo, há necessidade de aprimorá-lo, inclusive por meio da incorporação de novos indicadores, alguns dos quais não puderam ser calculados neste momento em razão da indisponibilidade de dados.

389. No que se refere à Assistência Hospitalar no âmbito do Sistema Único de Saúde, o Tribunal realizou amplo diagnóstico em 116 hospitais do SUS, que reúnem 27.614 leitos, em todos os estados da Federação. Foram identificados problemas graves, complexos e recorrentes, tais como, insuficiência de leitos; superlotação de emergências hospitalares; carência de profissionais de saúde; desigualdade na distribuição de médicos no País; falta de medicamentos e insumos hospitalares; ausência de equipamentos ou existência de equipamentos obsoletos, não instalados ou sem manutenção; estrutura física inadequada e insuficiência de recursos de tecnologia da informação.

390. O aumento da quantidade de ações judiciais impetradas com o objetivo de garantir o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias e procedimentos tem preocupado os gestores da saúde nas três esferas de governo. Segundo esses administradores, muitas vezes, o Poder Judiciário despreza fluxos e protocolos existentes, impõe a realização de tratamentos extremamente onerosos e provoca a inversão de prioridades nos gastos com medicamentos, o que gera um grave impacto na programação anual de saúde.

391. O Tribunal tem acompanhado sistematicamente os grandes temas da área da saúde, dentre os quais, destacam-se os seguintes:

- a) implantação e manutenção do Cartão SUS: estão previstas nos normativos do SUS desde a segunda metade da década de 1990. Apesar de o Governo Federal ter aportado recursos vultosos (entre janeiro de 2004 e julho de 2013, foram investidos R\$ 225 milhões), ainda não foram atingidos os objetivos propostos;
- b) ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos de saúde dos gastos efetuados pelo SUS para atender aos associados a estes planos: foi objeto de auditoria realizada pelo Tribunal. Foi constatado que os procedimentos ambulatoriais (administração de vacinas, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TC 032.624/2013-1 51 realização de exames, consultas médicas, pequenas cirurgias, quimioterapia, hemodiálise e fornecimento de órteses e próteses) não eram considerados para fins de ressarcimento, em especial os procedimentos de média e alta complexidade. A ANS exigia o ressarcimento apenas dos procedimentos realizados durante as internações hospitalares, em desacordo com que foi estabelecido pela lei. A auditoria do TCU estimou que os valores a serem ressarcidos ao SUS atingiriam R\$ 2,6 bilhões, apenas no período de 2003 a 2007. Apesar da adoção de diversas medidas corretivas pela Agência Nacional de Saúde, perdura o desafio de obter o ressarcimento devido ao SUS. Por fim, cabe destacar que foram detectadas falhas na regulação do mercado de planos e seguros de saúde;
- c) regulação do mercado de medicamentos: auditoria realizada pelo Tribunal verificou distorções em alguns preços fixados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), que estavam em patamares bastante superiores aos praticados nas compras públicas. Ademais, uma comparação com preços internacionais apontou que, em 86% da amostra analisada, o preço registrado no Brasil era superior à média internacional. Uma possível causa dessa distorção de preços seriam as falhas existentes no modelo regulatório brasileiro, a exemplo da impossibilidade de rever os preços em decorrência de mudanças na conjuntura econômica ou internacional e da vinculação do ajuste anual à inflação. Em decorrência das recomendações efetuadas pelo Tribunal, a CMED adotou providências para aprimorar a regulação do mercado de medicamentos. Apesar dos avanços observados, essa questão ainda demanda um acompanhamento por parte da

Corte de Contas.

392. Este trabalho foi realizado com o objetivo de concretizar a missão constitucional deste Tribunal e assegurar a observância dos princípios da legalidade, eficiência, legitimidade e economicidade na gestão dos recursos públicos na área da saúde. Nesse sentido, buscou-se fornecer ao Congresso Nacional e à sociedade informações estruturadas sobre a situação da saúde no Brasil, além de gerar insumos para o planejamento das ações de controle externo. Por fim, pretende-se, nas edições subseqüentes desse Relatório, observar a evolução e o impacto das políticas públicas de saúde ora avaliadas.

393. Antes de encerrar este Voto, quero enaltecer o trabalho desenvolvido pela Secretaria de Controle Externo da Saúde e pelas secretarias de controle externo nos estados, que coletaram e analisaram um volume significativo de dados, o que permitiu a confecção de um diagnóstico abrangente e fundamentado da situação da saúde no Brasil.

394. Considerando que há necessidade de dar continuidade às avaliações ora iniciadas, julgo pertinente autorizar desde já a elaboração do Relatório Sistemático de Fiscalização da Saúde 2014.

395. Finalmente, tendo em vista que os objetivos colimados por este processo foram atingidos, avalio que ele deve ser encerrado, nos termos do inciso V do art. 169 do Regimento Interno do TCU.

Diante do exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de março de 2014.

BENJAMIN ZZYMLER

Relator (grifos nossos)

A saúde como direito fundamental não tem sido prestada de forma satisfatória em prol do indivíduo, conforme supramencionado, assim, não há como admitir que referido direito fundamental, permaneça sendo postergado a sua concretização efetiva em razão da vigência de uma sociedade de controle onde nada é finalizado.

Na sociedade de controle como já mencionamos anteriormente, as concretizações ou modulações resultam na moratória ilimitada de realizações referentes aos direitos fundamentais que deveriam ser concretizadas, porém nunca são efetivadas.

Na saúde não tem sido diferente, conforme relatório supramencionado, mesmo sendo um direito fundamental devidamente inserido na Constituição Federal de 1988, dessa forma, a despeito da crítica sofrida pelo relatório, o direito fundamental à saúde plena não pode ser protelado por conta da oposição ao fenômeno denominado de ativismo judicial ou judicialização da política.

O relatório menciona que o ativismo judicial ou judicialização da política despreza fluxos e protocolos e impõe realização de tratamentos extremamente onerosos, porém o que se percebe com passar dos anos é que os problemas da saúde não têm sido resolvidos de forma efetiva.

Dessa forma, o relatório de 2014 apenas relata fato público e notório que a saúde prestada em nosso país é muito precária, ou seja, tal situação é apresentada todos os dias e tal

informação não é contestada pelas autoridades competentes.

Dizer que os tratamentos impostos pelo ativismo judicial ou judicialização da política são muito caros ou que há inversão de prioridade nos gastos com medicamentos, implica em dizer que quem tem necessidade de saúde plena, não tem direito de busca-la por todos os meios lícitos admitidos em nosso país? O cidadão que precisa da prestação de uma saúde plena e que não lhe é concedida, deve e pode aguardar que um dia a saúde será adequada a sua necessidade individual? De que adiante a previsão dos direitos fundamentais?

Neste sentido, seguimos o entendimento de que não há como transigir sobre a concretização de forma plena os direitos fundamentais sociais¹⁶² e não existem limites para referida realização efetiva do acesso à saúde como direito fundamental.

¹⁶² BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo**. Belém, v. 41, n. 81, jul.-dez./2008, p. 77-87.

CAPÍTULO III

DO ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SOCIEDADE DE CONTROLE

Nesse terceiro capítulo vamos fazer menção sobre o ativismo judicial ou judicialização da política, seu surgimento e desenvolvimento em nossa realidade atual. Nesse capítulo, apresentaremos a sociedade de controle e seu principal efeito que seria a moratória ilimitada, bem como sua relação com os direitos fundamentais, considerando que tem se transformado em obstáculo para concretização de aludidos direitos. Analisaremos, a possibilidade de existir uma teoria de justiça ou outras teorias aplicáveis para contribuir para solucionar a moratória ilimitada, seus limites e em que medida os direitos fundamentais merece ser concretizados.

3.1 Ativismo judicial ou judicialização da política

O objeto de nossa pesquisa não está na estrutura do Poder Judiciário, mas o seu ativismo, pois isso de forma proposital, não vamos trazer no texto uma evolução histórica acerca do Poder Judiciário ou mesmo a sua organização. Desse modo, optamos por tratar diretamente sobre o ativismo judicial ou judicialização da política, bem como consideramos referidas expressões como sinônimos.

A questão do ativismo judicial ou da judicialização da política¹⁶³ passou a fazer parte do contexto das ciências sociais e do direito a partir da publicação no final do século XX, nos Estados Unidos do livro “The Global Expansion of Judicial Power, de autoria de Neal Tate e Torbjörn Vallinder no ano de 1995, sendo que os aludidos autores conceituam o ativismo judicial ou a judicialização como “o processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais”.

O conceito da judicialização da política¹⁶⁴ seria o “alargamento da discricionariedade judicial e ao protagonismo ou ativismo do Poder Judiciário que se exteriorizam no processo

¹⁶³ VELOSO DIAS, Bárbara. **Behemoth ou Leviatã**: quem deve ter poder para tomar decisões? Direito e Democracia: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011, p. 16-17.

¹⁶⁴ Ibidem, p.1.

de expansão dos poderes de legislar e executar leis pelo sistema judicial, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e Legislativo para os juízes e tribunais”.

Outros conceitos também podem ser citados como o processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição¹⁶⁵.

O Judiciário passou a exercer a revisão judicial dos direitos fundamentais e diante de tal situação¹⁶⁶, os tribunais constituem instancias onipresentes de controle de decisões políticas, de sorte que seus membros (juízes) usufruem de sua “independência judiciária” mesmo a contrapelo da política, ocorre que nesta situação os cidadãos deixam a condição de destinatários subalternos de decretos estatais pela de participantes políticos e procuram reclamar nos tribunais seus direitos também contra o Estado.

Assim, com nova configuração temos a instituição de um poder maior que o próprio poder executivo¹⁶⁷ e também com finalidade de arbitrar conflitos com o poder legislativo, de sorte que a politização da razão judiciária não tem outro equivalente senão a judicialização do discurso político.

Sendo assim, surgem duas formas distintas de colonização da política pela justiça¹⁶⁸: seja diretamente pela extensão da competência da justiça em detrimento do poder executivo (colonização externa), seja indiretamente pela atração que o modelo jurisdicional exerce sobre o raciocínio político (colonização interna), ou seja, a desnacionalização do direito e exaustão da soberania parlamentar constituem o cerne da migração do centro de gravidade da democracia para um lugar mais externo.

Cabe mencionar, que o momento atual da classe política (brasileira) estaria estimulando a judicialização da política ou o ativismo do judiciário ou apenas o Judiciário cumprindo com sua missão Constitucional?

Sobre a questão da judicialização da política, temos a menção realizada, no periódico “Caros Amigos”, por um legítimo representante do parlamento¹⁶⁹, no caso a pessoa do deputado Chico Alencar (PSOL-RIO) que asseverou que não existe uma judicialização da política no país, mas o que existe na realidade é a omissão do Parlamento, pois o Poder Judiciário teve ingerência na política em razão de ter sido provocado até mesmo pelos

¹⁶⁵ Ibidem, p. 35.

¹⁶⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2013, p. 289.

¹⁶⁷ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 44.

¹⁶⁸ VALLINDER apud GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 47.

¹⁶⁹ GILANI, Paulo Rogério. **Caros Amigos** - a primeira à esquerda. São Paulo, Ano XVII, n. 195, jun./2013.

próprios políticos e o STF só interfere no vácuo da omissão do legislativo.

Na mesma matéria, temos a arguta afirmação do prof. Dalmo Dallari, onde o Poder Judiciário brasileiro não substitui os outros poderes e exemplifica que “O julgamento de pedido de inconstitucionalidade pelo Supremo ocorre mais por omissão, tanto do Legislativo como também pelo Executivo” (2013), contudo o doutrinador alerta quanto a excessos do judiciário, principalmente pela falta de prudência e ilustra a questão, acerca da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) onde proferiu decisão para determinar a obrigação dos Cartórios de Registro Civil de realizarem casamentos homo afetivos, ou seja, não havia lei instituída pelo parlamento para tratar sobre a questão.

Por outro lado, o Judiciário dentro das democracias modernas tem o papel de promoção de direitos e de resolução de conflitos e ainda de controlar o poder político¹⁷⁰, portanto a judicialização deve apresentar um conceito novo para não ser tratado apenas como controle do poder político pelo judiciário.

O Poder Judiciário e sua atuação têm promovido receio e debates, sendo que há quem sustente que o excesso de defesa pode paralisar qualquer tomada de decisão¹⁷¹; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. A justiça não pode se colocar no lugar da política, caso contrário há o risco da tirania das minorias. De tanto se multiplicarem os direitos perde-se a noção do direito, ou seja, não é possível distinguir de violência legítima da ilegítima, por isso para evitar o desmoronamento da democracia, se faz mister analisar os paradoxos com os quais ela é confrontada, primeiramente através do poder inédito atribuído aos juízes.

O ativismo judicial decorre quando entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário travá-la. No caso, o nosso enfoque vai estar restrito a concretização de uma saúde plena em prol do indivíduo, levando-se em contas suas particularidades.

Quando é tratada sobre “um lugar de visibilidade” a justiça é tratada como um espaço de exigibilidade da democracia (o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições clássicas)¹⁷². A dimensão coletiva do político não mais existe, pois o debate judiciário individualiza as obrigações, pois o cidadão tem a impressão de maior controle de sua representação, para fins de decidir o seu próprio destino, colocando-se em pé de igualdade com o próprio Estado.

¹⁷⁰ VELOSO DIAS, Bárbara. **Behemoth ou Leviatã**: quem deve ter poder para tomar decisões? Direito e Democracia: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011, p. 1-45.

¹⁷¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 48.

¹⁷² *Ibidem*, p. 49.

A inversão de lugares se dá quando o direito passa a ser considerado prioritário, sendo o princípio de toda relação social. O juiz deixa de estar sujeito à lei e passa a ser portavoza do direito¹⁷³. O direito não é mais instrumento de conservação social, porém de sua contestação, passa a ser fonte de uma sociedade que se constitui na busca de si mesma. Referida inversão adotada pela democracia condena o direito positivo a um déficit permanente. Da celebração da unidade à divisão assumida a democracia engendra o conflito, pois a democracia renuncia à unidade, enquanto o sistema totalitário rejeita essa divisão originária e prega a unidade social, supressão de classes, da identidade do Estado e do povo. A jurisdição neste sentido se opõe a concentração de poder, pois a justiça está sujeita a recurso ou revisão, não sendo de ninguém, pois a ideia de Poder Judiciário implica de várias ordens jurisdicionais com funções diversas.

Insta mencionar, que a despeito de entendimentos contrários e críticas a judicialização da política ou do ativismo judicial, os Direitos Fundamentais necessitam ser realizados, portanto existe a necessidade de compreender que não há limites para atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais¹⁷⁴, exceto os previstos pela própria legislação.

Não há violação da separação de poderes, não há que se falar em reserva do possível ou impossibilidade material e observância a leis orçamentárias para negação de realização de direitos fundamentais¹⁷⁵.

O Poder Judiciário não pode ser entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, o Poder mais discreto, reticente a engajamentos sociais e políticos¹⁷⁶, haja vista a alegação de violação da isenção/imparcialidade e por conta de falta de legitimidade outorgada por mandato popular.

Dentro de uma visão de democracia participativa a população não se resume ao voto popular para eleição de governantes e parlamentares, mas também ao processo como instrumento de inclusão social¹⁷⁷, na medida em que recepciona e encaminham as pretensões, anseios e reclamações ao Poder Judiciário.

Desse modo, o Poder Judiciário não viola a separação de poderes, pois a relação

¹⁷³ Ibidem, p. 49-50.

¹⁷⁴ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo**. Belém, v. 41, n. 81, jul.-dez./2008, p. 77-87.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 305.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 305-306.

entre os Poderes caracteriza principalmente pela integração ou complementariedade¹⁷⁸, e a tripartição de poderes leva em conta que o Poder legislativo também administra e julga, assim como o Poder executivo legisla e julga, portanto o Poder Judiciário também administra e legisla.

Ressalte-se, que o Estado Social de Direito (Welfare State) não admite rígidas separações entre as funções de cada Poder, portanto a separação de poderes deve ser considerada como uma divisão de trabalho¹⁷⁹, voltada a equilibrar através de uma compensação entre as forças políticas, as tensões internas do próprio Estado, como fundamento de que somente o Poder contém e controla o Poder (checks and ballances). Sobre referida questão, quando tratarmos sobre os obstáculos para concretizar os Direitos Fundamentais, voltaremos à discussão.

A teoria da separação de poderes é sempre utilizada contra as decisões judiciais. Na teoria da separação de poderes, podemos destacar em primeiro lugar e poderia alegar que ela tem como premissa uma real trifurcação equitativa¹⁸⁰, acerca das funções do Executivo, Legislativo e Judiciário, ademais apesar de constar expressamente na CF/88 como clausula pétra a separação de poderes, a mesma deve ser harmonizada com os demais dispositivos da Constituição, que estabelece que sem prejuízo da independencia de cada Poder, os mesmos são harmonicos entre si, portanto não há qualquer conflito ou antinomia entre as expressões “independencia” e “harmônico”. Em verdade, a relação entre os poderes se caracteriza pela integração ou complementariedade e o Estado Social de Direito (Welfare State) não admite e nem concebe rididas separações estanques entre suas funções.

O Estado não foi criado apenas para organização política, até porque é um ente que não é um fim em si mesmo¹⁸¹, pois somente existe por conta da vontade da comunidade e com finalidade também de oferecer direitos, ou seja, tem a finalidade de concretizar direitos fundamentais de forma eficaz e em um prazo determinado.

Dessa forma, a separação de poderes não pode ser maior que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, pois a separação de poderes está subordinada a um interesse maior, que seria o cumprimento da missão do estado de realização efetiva dos direitos fundamentais.

Cabe mencionar, que não se trata de dar mais importância a um Poder em detrimento

¹⁷⁸ Ibidem, p. 306.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 306-316.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 307-308.

¹⁸¹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo**. Belém, v. 41, n. 81, jul.-dez./2008, p. 77-87.

dos outros dois Poderes, ou a possibilidade de executar a função do outro, mas proporcionar que cada Poder dentro dos limites de sua atuação, possa maximizar de tal forma a garantir e proteger direitos fundamentais, que são considerados pela comunidade.

Não há como conceber, que a separação de poderes tenha relação com ideia, que a natural separação de funções sirva de impedimento ou impossibilidade de atuação de cada um deles¹⁸², fora do que seria denominado de função típica ou na sua forma clássica e que não seja admitida atuação a cada Poder em seu limite máximo, que seria controlando os demais, assim restaria à conclusão que não teria poderes separados, mas distintos, o que seria um equívoco, pois o que se buscou foi estabelecer uma forma mais adequada para balancear as funções do Estado, o que não implica realizar uma confusão entre as funções de cada Poder onde todos podem realizar a função do outro de forma indiscriminada, mas sim possibilitar que a atuação de cada Poder seja de tal forma maximizada para proporcionar a garantia e proteção dos denominados Direitos fundamentais, como indispensáveis para a Coletividade.

Neste sentido, o Poder Judiciário atua exatamente maximizando a atuação como Poder do Estado que tem como finalidade Constitucional de garantir e proteger a realização ou concretização dos direitos fundamentais, de sorte que não há qualquer violação na clássica separação de poderes, pois em situação de não concessão de direitos fundamentais na saúde para determinado indivíduos ou coletivamente.

Outro argumento, contra a concretização dos direitos fundamentais por meio do ativismo judicial ou judicialização da política seria que o Poder Judiciário estaria criando políticas públicas¹⁸³, o que seria inaceitável, pois estaria invadindo a esfera de função determinadas para outros poderes.

Não há dúvida, que o estado utiliza de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais, portanto referidas Políticas Públicas são essenciais para cessar com a chamada moratória ilimitada de concretização de direitos fundamentais na saúde.

Tal questão se deu principalmente, em razão das grandes transformações na forma de analisar os direitos fundamentais¹⁸⁴, que propaga a relevância dos chamados direitos sociais, que alteram a postura de abstenção estatal (obrigação de não fazer) para um enfoque prestacional (obrigação de fazer).

Sendo assim, conforme mencionado anteriormente no item 1.4 do 1º capítulo à compreensão das políticas públicas como forma de concretização dos direitos sociais (os

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas** - reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

direitos sociais - reconhecidos em 1917/México, 1919/Weimar e 1934/Brasil -2ª geração – DESC – Direitos Econômicos Sociais e culturais) são indispensáveis para assegurar condições para gozo dos direitos civis e políticos (1ª geração) (ex. como um analfabeto pode exercer plenamente o direito a liberdade de expressão se não tem direito a educação?). O mesmo acontece com os direitos de 3ª geração considerados “direitos transgeracionais”¹⁸⁵.

É evidente que os direitos fundamentais são complexos quanto a sua concretização, mormente quanto a excesso de direito, que para países em desenvolvimento (como o Brasil) são praticamente inviáveis ou irrealizáveis, e mesmo para os países desenvolvidos, na década de 80 verificou-se um enfraquecimento da máquina estatal¹⁸⁶, haja vista a grande estrutura montada para realização principalmente dos direitos sociais.

Por outro lado, nos dias atuais a educação, saúde, assistência social, meio ambiente são referenciais para qualquer país que queira ter uma posição relevante no contexto internacional. Por conseguinte, Bucci¹⁸⁷ assevera que como requisito para cidadania, a intervenção estatal no domínio econômico seria indispensável.

Cabe mencionar, que as políticas públicas são estabelecidas por uma variedade de atores, que podem ser representados por indivíduos, grupos ou organizações que têm a capacidade de influenciar direta ou indiretamente as políticas públicas¹⁸⁸.

Ressalte-se, que os juízes na condição de servidores públicos e por exercerem um papel na arena política¹⁸⁹, têm através de sua influencia sobre o conteúdo e resultado das políticas públicas, contribuindo com a concretização dos direitos fundamentais, pois tendo a prerrogativa de interpretar a justa ou injusta aplicação de uma norma por parte dos indivíduos e da própria administração Pública.

Os juízes são verdadeiros atores na categoria de atores governamentais, assim como os políticos, e, atuam como verdadeiros protagonistas na elaboração de políticas públicas¹⁹⁰, quando emitem uma decisão judicial seja através dos tribunais ou mesmo de uma súmula sobre garantia e proteção de direitos fundamentais.

Alegar que os juízes não podem contribuir com as políticas públicas para realização e efetivação dos direitos fundamentais, talvez tenha amparo na visão daqueles que as políticas

¹⁸⁵ Realizamos a citação, a despeito do nosso entendimento que os direitos fundamentais não são divididos em gerações ou dimensões.

¹⁸⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas** - reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 99.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 107.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 107.

públicas devem estar baseadas tão somente¹⁹¹ no denominado triângulo de ferro, modelo que esteve muito na moda na década de 1960, nos Estados Unidos, pois tinha concepção de relações de apoio mútuo entre grupos de interesses, políticos parlamentares e burocratas membros de agências governamentais.

O apoio mútuo se dá através de favores entre esses atores, onde os grupos de interesses financiam as campanhas eleitorais dos políticos, que em troca propiciam legislação com benefício aos grupos de interesses.

Os políticos defendem configurações orçamentarias que garantam a existência e ampliação de algumas agências ou departamentos governamentais e em contrapartida recebem dos burocratas a realização de políticas públicas que atendam seus interesses e claro a realização pode ser no sentido que a implementação de determinada política pública pode ser rápida ou de forma mais morosa ou mesmo a sua não implementação.

Complementando o triângulo de ferro, temos os grupos de interesses que fazem *lobby* com a administração pública na defesa de interesses de agências e departamentos governamentais, e, em troca recebem das referidas agências governamentais um tratamento mais amigável acerca de interesses de referidos grupos, como exemplo avaliação positiva dos produtos fornecidos pela aludida empresa.

Referido modelo tem sofrido críticas, apesar de difuso, entre elas, por ser reducionista, pois restringem as categorias de atores ao triângulo de ferro.

As políticas sociais seriam políticas públicas que têm por objetivo a realização dos direitos sociais, de sorte que não é criação do administrador público, haja vista que já constam do ordenamento jurídico a partir dos direitos já reconhecidos e que devem ser realizados. Por outro lado, cabe destacar o entendimento onde o Poder judiciário não estaria criando políticas públicas ou políticas sociais¹⁹², mas que em verdade está concedendo a quem faz jus a realização de um direito social previamente previsto no ordenamento jurídico.

Dessa forma, o ativismo judicial ou judicialização da política que concede determinado direito social não afronta as funções de outro Poder do Estado, mas apenas está assegurando a concretização de direito fundamental em face do cidadão ou de uma coletividade, diante da inercia do referido Poder que tinha como função concretizar determinado direito fundamental.

Quanto ao ativismo judicial ou judicialização da política também se tem apresentado

¹⁹¹ Ibidem, p. 123.

¹⁹² BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo**. Belém, v. 41, n. 81, jul.-dez./2008, p. 77-87.

como oposição, argumento econômico, onde a atuação do Poder Judiciário seria um risco para os limites de recursos à disposição do Estado¹⁹³, ou seja, se faz mister a observância dos limites orçamentários, o que impossibilita o ativismo judicial.

Ocorre, que tal alegação não tem sustentação, haja vista que a questão não é a limitação dos recursos, mas a sua destinação, pois o Estado tem superado todos os anos o recorde de receita fiscal e há destinação de recursos em excesso para outras áreas¹⁹⁴, que não tenham qualquer relação com os direitos fundamentais e não essenciais, bem como o evidente desperdício por parte dos mandatários que deveriam dar prioridade a concretização dos direitos sociais de imediato.

Destarte, o argumento econômico não tem o condão de impedir que os Direitos Fundamentais sejam efetivados o mais rápido possível¹⁹⁵, para fins de solucionar o problema da moratória ilimitada, pois mesmo que os recursos fossem escassos, o que não é verdade, os direitos fundamentais são essenciais para o bem estar do cidadão.

Outra alegação, utilizada contra o ativismo judicial, reside na obrigação constitucional de observância do planejamento financeiro do Estado¹⁹⁶, onde não se pode criar uma despesa para determinado projeto que não apresente receita correspondente, por consequência o ativismo judicial estaria afrontando o planejamento instituído pela própria Constituição Federal acerca de orçamento.

Referido argumento, carece de consistência, pois a missão do Estado é o bem estar do indivíduo e para isso necessita realizar de forma efetiva os direitos fundamentais, entre eles os sociais da saúde¹⁹⁷. Se a lei orçamentária não prevê a realização efetiva pelo Estado dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, estaria diretamente e literalmente afrontando a Carta Magna, pois a lei orçamentária não pode alterar a Constituição Federal para dizer o que seria direito fundamental ou não.

Importante destacar, que não está discutindo se o Estado pode ou não fixar as condições de exercício dos direitos sociais, mas que o Estado não pode negar a realizar efetiva dos direitos fundamentais. Neste sentido, não importa a previsão ou não na lei orçamentária, pois os direitos fundamentais devem ser concretizados¹⁹⁸, pois existem recursos suficientes para sua realização de forma imediata, assim bastaria à destinação de recursos necessários para que os direitos sociais fundamentais fossem concretizados.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Idem.

A verdade deve ser dita, não há mais como conceber que todos os cidadãos não tenham direitos mínimos necessários garantidos¹⁹⁹, nem que sua concretização seja postergada no tempo, assim é tempo de praticar todos os atos necessários para que os direitos garantidos sejam concretizados, ou seja, já é tempo de todos os cidadãos terem o mínimo necessário para realização de seu plano de vida, sempre se levando em conta suas particularidades.

Assim, o Poder Judiciário não extrapola na determinação contida na Constituição Federal, não estamos diante de um governo de juízes, pois na realidade o Poder Judiciário apenas cumpre com sua missão prevista na Constituição Federal e não há qualquer excesso ou violação de separação de poderes, não há como conceber limitação pela reserva do possível, muito menos alegação de impossibilidade material, bem como acerca de respeito à lei orçamentárias e o planejamento financeiro do Estado²⁰⁰.

Negar a concretização ou realização de direitos fundamentais na saúde, por conta dos obstáculos supramencionados não se sustenta, pois o Estado não foi constituído tão somente, para organização política estabelecida por um povo e em determinado território, mas foi instituído pela vontade popular²⁰¹, para prestar serviços essenciais, portanto o Estado tem como função principal garantir e concretizar Direitos Fundamentais dentro de um determinado espaço.

Dessa forma, não há nada de violação ou desrespeito no ativismo judicial ou judicialização da política, pois o objetivo neste caso, que seria de garantir ou proteger e concretizar os direitos fundamentais.

Nos próximos tópicos, vamos tentar analisar o motivo da procrastinação de concretização dos Direitos Fundamentais, o ativismo judicial ou judicialização da política segundo Dworkin sob sua concepção de justiça e seus limites.

3.2 A sociedade de controle e a moratória ilimitada

No primeiro capítulo fizemos uma perfunctória e breve apresentação dos direitos fundamentais sociais e reiteramos mais uma vez que os direitos fundamentais são direitos pertencentes a uma pessoa pelo simples fato de ser humana²⁰², e, são direitos que todos os

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

²⁰² PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto**

seres humanos possuem e que não podem ser renunciados ou transacionados; são direitos universais e inalienáveis. No presente item, vamos iniciar tratando sobre sociedade de controle, bem como a moratória ilimitada como reflexo desse modelo de sociedade.

Do texto “Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais: Sistema Universal e Sistema Interamericano. San José: IIDH, 2008, p 14-45”. Autores: Oscar Parra Vera, Maria Aranzazu Villanueva Hermida e Agustín Enrique Martín, cabe destacar a Declaração e Programa de Ação de Viena, aprovado pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de junho 25 de junho de 1993 que reza o seguinte: "todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e estão interrelacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos fundamentais globalmente e de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e dando a todos o mesmo peso”²⁰³.

No Brasil não há dúvida que a Constituição Federal de 1988 constitui um avanço no sentido de direcionar o caminho mais adequado para o bem-estar. conforme já mencionamos, o problema dos direitos fundamentais²⁰⁴, não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, sua natureza e fundamento, mas principalmente qual o meio e como se poderá realizar de forma mais segura a sua proteção e concretização, evitando-se que sejam corriqueiramente violados, a despeito de todo o valor moral que a sociedade confere a referidos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não enfrentam a dificuldade ou problema de encontrar seu fundamento, pois referida questão já está resolvida, haja vista que a dignidade da pessoa Humana é o seu fundamento²⁰⁵, contrariando Bobbio que sustentava impossibilidade de tal fundamento.

Neste sentido, temos que a concretização dos direitos fundamentais sociais são prestacionais, porém não significa que não podem ser realizados de imediato e de forma plena, e muito menos numa forma tão procrastinatória que configure uma moratória ilimitada.

Procrastinar deriva da palavra “Cras” em latim, e, quer dizer amanhã. Crastinus é o que pertence ao amanhã, procrastinar significa não tomar as coisas como elas vêm, não agir segundo uma sucessão natural de coisas. Procrastinar não resulta da desídia, mas em uma posição ativa, onde há uma tentativa de manipular as possibilidades da presença de uma coisa

Interamericano de Derechos Humanos. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008, p. 15-45.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho Decente:** análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 31.

ou algo, atrasando, adiando, impedindo sua imediatez²⁰⁶.

Ocorre que, estamos diante de um novo modelo de sociedade denominada de Sociedade de Controle que por sua vez como modelo de sociedade que não tem pretensão de finalizar nada, tem gerado e vai gerando a chamada moratória ilimitada de direitos fundamentais, ou seja, a sociedade de controle prorroga e procrastina a realização efetiva de direitos fundamentais sociais pelo Estado, pois ela não finaliza nada e, por conseguinte impede que o indivíduo tenha um direito fundamental à saúde mínima e forma adequada e satisfatória.

Poder-se-ia dizer, talvez, que tal modelo de sociedade, parece que segue a regra de que o governante ao ter que praticar injúrias ou atos não populares, deve realiza-los de uma só vez, de modo que, por sua brevidade, ofendam menos o ser humano²⁰⁷ enquanto que os atos benéficos devem ser feitos aos poucos, para que sejam sempre saboreados. Infelizmente, há dúvida se o brasileiro tem saboreado algum benefício.

A realização de Direitos Fundamentais, por se tratar de promoção do bem estar, deve seguir referida regra e, por conseguinte prorrogar a sua concretização sem nunca seja satisfatória, segundo o novo modelo de sociedade de controle? Conceder benefícios aos poucos, pode significar que não há intenção de proporcionar um bem-estar satisfatório, mas uma fábula de que há desenvolvimento ou melhora do indivíduo ou uma promessa futura.

Na sociedade de controle o que conta é o marketing utilizado como instrumento de controle social, portanto uma forma de induzir o ser humano, a agir ou não agir no interesse do governante²⁰⁸. Na sociedade de controle o indivíduo não mais está debaixo de uma sociedade disciplinar com quitação aparente e muito menos de um espaço de confinamento para moldagem de sua vontade, pois em verdade procrastinar a realização de Direitos Fundamentais sociais pode caracterizar uma modulação da vontade o que ocorre na sociedade de controle.

A moratória ilimitada de serviços passa a ser utilizada como forma de pacificação da população, que passa a ser induzida a acreditar que por ser “um país do futuro”, um dia terá a concretização dos Direitos Fundamentais e por isso tolera (resigna-se) que o não direito concedido hoje e sempre, ainda que quase inexistente, e em prestações de prazo indeterminado de cumprimento é mais que suficiente para sua sobrevivência. É o marketing estatal a serviço da sociedade de controle.

²⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 179-180.

²⁰⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. 4. reimp. São Paulo: Schwarcz, 2013, p. 77.

²⁰⁸ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 228.

Na moratória ilimitada, a concretização do direito social fundamental se dá em prazo indeterminado ou fadado a ser realizado segundo a discricionariedade estatal, pois a ausência de satisfação resulta no controle, ou seja, o governante sempre busca o controle da sociedade, como por exemplo, no regime de prisões que não recuperam o condenado, temos a busca de penas substitutivas, para situações de pequenos ilícitos e a utilização de coleiras ou tornozeleiras eletrônicas com seu contínuo monitoramento, que impõe ao condenado ficar em casa em certas horas²⁰⁹.

A moratória ilimitada é um dos efeitos do modelo atual de sociedade de controle²¹⁰, esta última substituiu as sociedades disciplinares que estavam situadas nos séculos XVIII e XIX e atingiram o seu apogeu no início do século XX, quando procede a organização dos grandes meios de confinamento (casa, escola, caserna, fábrica), sendo que para referida teoria, o indivíduo não cessava de passar de um espaço fechado para outro, cada qual com suas leis. O indivíduo era submetido a cada espaço fechado onde era moldado e quando adentrava outro espaço fechado recomeçava tudo novamente com outra moldagem, conforme orientação de cada espaço de moldagem.

O referido regime de sociedade disciplinar foi sucedido pela sociedade de controle, que substituiu os meios de confinamento por formas de controle ao ar livre²¹¹. Não se discute qual o regime mais duro, ou mais tolerável, pois são em cada um deles que se enfrentam as liberações e sujeições.

Os confinamentos nas sociedades de disciplina eram moldes e cada novo confinamento o indivíduo recomeçava do zero, ou seja, não se parava de recomeçar do zero e há uma quitação aparente a cada confinamento (da casa à escola, da escola à caserna, da caserna à fábrica)²¹², ou seja, a quitação aparente se dá quando havia a finalização da moldagem que o indivíduo recebia e na sociedade de controle nunca se termina nada, não há fim, não havendo moldagem do indivíduo, não há quitação aparente, os indivíduos não são moldados, mas modulados, como uma moldagem autodeformante que mudasse continuamente, a cada instante, ou como uma peneira cujas malhas mudassem de um ponto a outro.

Na sociedade de controle a família está em crise²¹³, a formação permanente substitui a escola, o controle contínuo substitui o exame, a coleira eletrônica substitui a pena para

²⁰⁹ Ibidem, p. 229.

²¹⁰ Ibidem, p. 223.

²¹¹ Ibidem, p. 224.

²¹² Ibidem, p. 224-225.

²¹³ Ibidem, p. 224.

recuperação social do condenado, ou seja, nada tem fim. Não há mais fábrica, pois na sociedade de controle a empresa substitui a fábrica, sendo que a empresa é uma alma, um gás. Na fábrica havia indivíduos compondo um só corpo, para dupla vantagem em favor do empregador que vigiava cada elemento na massa, e o sindicato que mobilizava a massa de resistência. Na sociedade de controle a empresa inseriu uma rivalidade, como forma de motivação entre os empregados, ou seja, contrapõe os indivíduos entre si e atravessa cada um, dividindo-o em si mesmo.

Na sociedade de controle nada é finalizado²¹⁴, “a empresa, a formação, o serviço sendo os estados metaestáveis e coexistentes de uma mesma modulação, como que de um deformador universal”. Dessa forma, o Estado na sociedade de controle não concretiza ou realiza os direitos fundamentais, tendo em vista que nada tem fim, pois mesmo os serviços essenciais estão em variação contínua e sempre postergados ou procrastinados para o futuro incerto.

Com base no supramencionado, indagamos: a sociedade de controle descrita por Deleuze e a moratória ilimitada na concretização dos direitos fundamentais poderia ser solucionada pelo ativismo judicial ou judicialização da política?

A concessão de uma sentença pelo Poder Judiciário em favor de um determinado paciente da saúde do Brasil implica na solução para moratória ilimitada, por isso não há como conceber a crítica contra o ativismo judicial ou judicialização da política.

A moratória ilimitada consiste em não concretização de imediato dos direitos fundamentais à saúde, pois não há intenção de concretizar referido direito fundamental de forma adequada. A não interferência pelo Poder Judiciário como alguns defendem, caracteriza sucumbir ao modelo da sociedade de controle e por consequência ter uma população que nunca terá acesso pleno e satisfatório da saúde, mas apenas espectador e conformado com um “país do futuro”.

3.3 Ativismo judicial ou judicialização da política e a concepção liberal de princípios

Segundo a teoria liberal igualitária “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais”²¹⁵ e o conceito do bem dentro de uma comunidade não pode ser superior ao do justo, portanto o justo deve prevalecer sobre a concepção do bem. Na referida teoria o indivíduo tem

²¹⁴ Ibidem, p. 224- 226.

²¹⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4.

grande importância e não o que seria melhor para a sociedade.

Sendo assim, o objeto da justiça é a estrutura base da sociedade, pelo qual²¹⁶, as instituições sociais relevantes distribuem direitos e deveres fundamentais, bem como definindo os direitos e deveres dos indivíduos.

O ativismo judicial ou judicialização da política em um contexto de sociedade de controle onde nada é finalizado, contribui para a efetivação de Direitos Fundamentais à Saúde, o que contraria a moratória ilimitada, pois são Direitos com característica de exigibilidade de sua realização, uma vez que negar a realização de tais Direitos através do ativismo judicial ou judicialização da política consiste em negar a própria dignidade humana, o que não se pode admitir²¹⁷.

A teoria da justiça de Rawls é plenamente aplicável ao nosso caso para respaldar o Ativismo, pois o Brasil é uma democracia²¹⁸, as democracias contemporâneas já são dotadas de determinados valores, como a liberdade e a igualdade, que permitiriam a escolha de princípio de justiça.

A justiça como equidade significa que os princípios de Justiça seriam acordados em uma posição original de igualdade²¹⁹ onde os indivíduos como pessoas livres e racionais, levando em conta suas próprias conveniências, concordariam numa posição original de igualdade referidos princípios como definidores dos termos fundamentais de sua associação.

Destaca-se, que a justiça como equidade é considerada uma teoria contratualista, que teve como finalidade de tornar genérica e promover a nível mais alto de abstração a teoria tradicional do contrato social de Locke, Rousseau e Kant²²⁰, ainda que não completa, por contemplar apenas os princípios de justiça.

Ademais, a igualdade não é o igual poder do ponto de vista físico, com capacidade para nos impor a firmar um contrato mutuamente benéfico²²¹, mas a igualdade no sentido moral, que serviria para desenvolver uma consciência e com a imparcialidade das preferências e do interesse de cada indivíduo.

Vale destacar, que o entendimento do contrato para ilustrar o consenso dos indivíduos em face dos princípios que para ele seriam necessários para regular a estrutura básica da sociedade, de maneira hipotética²²², em certo instante, levando-se em conta

²¹⁶ Ibidem, p. 8.

²¹⁷ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr. 2015, p. 95.

²¹⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 341.

²¹⁹ Ibidem, p. 13-14.

²²⁰ Ibidem, p. 19-20.

²²¹ Ibidem, p. 13-19.

²²² Ibidem, p. 13-19.

condições específicas.

Os princípios de justiça, são escolhidos na posição original que se trata de uma posição hipotética, equivale ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social²²³.

Os princípios da liberdade e igualdade são considerados por Rawls como adequados para disciplinar a atuação das instituições sociais²²⁴, pois não admite que um indivíduo supere ou exceda a outro indivíduo, agravando ainda mais as desigualdades em prejuízos dos demais indivíduos, ou seja, a ideia de justiça de Rawls pode ser plenamente utilizada em nosso estudo, pois leva em consideração cada indivíduo como únicos e detentores de um mínimo de direitos e respalda a atuação judicial para alcançar tal fim.

Cabe mencionar, que baseado na posição original as partes estão cobertas pelo véu da ignorância²²⁵, haja vista que elas não têm noção ou conhecimento de como as várias possibilidades irão atingir sua situação em particular, e, assim tem que analisar os princípios exclusivamente baseado nas considerações gerais, o que garante a imparcialidade da concepção de justiça e os princípios serão adotados de maneira imparcial, tendo em vista que a escolha ocorre a despeito das experiências dos indivíduos representativos se são rico ou pobre, o nível educacional, seu gênero, sua cor etc.

A escolha dos princípios pressupõe que os indivíduos sejam racionais e desinteressados²²⁶, sendo que a racionalidade implica em um indivíduo que tem capacidade para classificar suas opções e estabelecer um plano para alcançar seus desejos com grande possibilidade de êxito, ademais a racionalidade é necessária para decisão *maximin*, que em suma seria a melhor entre as piores e para escolha dos princípios de justiça²²⁷.

Com relação do desinteresse, também é necessário para escolha dos princípios de justiça, e não se trata da falta de interesse pelas pessoas ou uma sociedade bem ordenada²²⁸, mas a motivação das partes na posição original não determina a motivação das pessoas em uma sociedade justa.

A publicidade exerce papel relevante na escolha dos princípios de justiça, pois faz com as pessoas considerem a concepção de justiça como instituições sociais publicamente reconhecidas e plenamente eficazes, assim como os princípios também devem ser conhecidos por todos os indivíduos sem sofrer qualquer forma de restrição²²⁹.

²²³ Ibidem, p. 26.

²²⁴ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015, p. 54.

²²⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 166.

²²⁶ Ibidem, p. 173-174.

²²⁷ Ibidem, p. 101.

²²⁸ Ibidem, p. 175.

²²⁹ Ibidem, p. 161-162.

A escolha dos princípios de justiça deve seguir uma ordem serial ou lexical, ou seja, se faz mister que os princípios sigam uma regra de prioridade e uma ordem²³⁰. Além disso, com relação ao conceito de justo, uma concepção de justo deve impor em face das reivindicações em conflito uma ordenação. Seguindo tal raciocínio, Rawls estabelece uma ordem como liberdade como prioridade. Ressalte-se, que a ordenação estabelecida tem como finalidade proporcionar que os princípios de justiça sejam totalmente realizados, assim apesar da liberdade ser indispensável para estabelecimento de democracia, não significa que a igualdade seja colocada em segundo plano, portanto liberdade e igualdade devem estar lado a lado sem prioridades.

Dworkin aperfeiçoa a teoria de Rawls e complementa através da teoria da igualdade de recursos²³¹, que a liberdade e a igualdade devem estar no mesmo patamar e como componentes do mesmo ideal político, será bem melhor considerar que visa garantir aos indivíduos o exercício das liberdades indispensáveis e ao mesmo tempo também proporciona condições materiais, também indispensáveis, para todos, ou seja, a liberdade depende da realização da igualdade e vice-versa.

Cabe mencionar, em face dos princípios e regras de prioridades, resta evidente a opção da teoria adotada por construir os princípios de justiça a partir das liberdades básicas, como de expressão, política, pensamento, consciência, de reunião, bem como o direito a propriedade privada e a proteção contra prisão arbitrária²³².

Ocorre, que Rawls admite as desigualdades econômicas sociais, desde tragam benefícios maiores para os menos favorecidos e que tenham igualdade de oportunidades²³³, o que denomina de princípio da igualdade de prioridade.

Outra denominação é a do princípio da diferença que visa assegurar distribuição equitativa de recursos escassos²³⁴ e somente admite-se desigualdades que podem ser justificadas ou também conhecidas como desigualdade controlada, pois teria como limite ou teto tudo aquilo que o indivíduo legalmente adquiriu, exceto o que será destinado para tributação.

Destarte, os princípios estão relacionados aos bens primários que seria coisas que o homem racional deseja²³⁵, não importando o que ele mais deseja, como direitos, liberdades,

²³⁰ Ibidem, p. 74.

²³¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 157-252.

²³² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 74.

²³³ Ibidem, p. 73.

²³⁴ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015, p. 59.

²³⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 110.

oportunidades, renda e riqueza. Além disso, os bens primários referidos, diz respeito àqueles que são distribuídos pelas instituições sociais e não os naturais, como saúde e talentos.

Dessa forma, destacamos a teoria de Rawls como um marco inicial para justiça distributiva, pois insere a igualdade como ideal político, deixando para traz a visão liberal clássica da liberdade-propriedade privada.

Ocorre, que para os defensores de uma distribuição mais igualitária, a teoria de Rawls ainda é considerada tímida²³⁶, por conta da posição hierarquicamente inferior que igualdade substancial tem em face da liberdade, bem como os bens primários ainda estarem aquém do considerado justo, quando na distribuição e a pequena importância aos grupos vulneráveis.

Assim, a teoria de Dworkin vem aperfeiçoar a teoria de justiça de Rawls na medida que é uma boa opção para distribuição de recursos²³⁷, mormente no aspecto da livre escolha dos recursos, levando-se em conta o plano de vida de cada um dos indivíduos.

Apesar da necessidade de atualizar as teorias de Rawls com as ideias de Dworkin, vale destacar a importância da teoria no sentido de apresentar uma justificativa para uma justa distribuição dos direitos fundamentais e principalmente os sociais.

Os direitos fundamentais sociais são objeto de resistência de sua concretização²³⁸, ou seja, são apresentadas várias alegações para negar o necessário para gozar dos direitos sociais, conforme supramencionado, acerca da necessidade de compatibilizar as necessidades das pessoas à capacidade do Estado prestar os serviços necessários e até na alegação que referidos direitos sociais não configuram direitos subjetivos de caráter individual.

Desse modo, a concepção liberal de princípios ou liberal igualitária apresentado por Rawls e aperfeiçoado e atualizado por Dworkin seria a teoria mais adequada para uma concepção de justiça distributiva, pois alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem seres humanos²³⁹. Dessa forma, quando um indivíduo necessita de tratamento médico essencial para sua sobrevivência, fora de qualquer dúvida, o ativismo judicial é plenamente justificável, sem necessidade de grandes debates, pois a distribuição de bens é devida ao indivíduo, pelo simples fato de ser humano.

Neste sentido, a concepção de justiça distributiva deve ser alinhada com a

²³⁶ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015, p. 60.

²³⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 61.

²³⁸ Ibidem, p. 63.

²³⁹ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da Justiça Distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12.

perspectiva liberal de princípios²⁴⁰, haja vista que leva em conta que todos os indivíduos devem ser alcançados pela distribuição de oportunidades e recursos. Em suma, assevera que cada indivíduo é merecedor de direitos básicos, estando uma quantidade de direitos materiais inseridos em tais direitos básicos e ainda que a distribuição de recursos deve ser efetuada de forma efetiva e pelo Estado, o que pode ser realizado pelo ativismo judicial.

Quando mencionamos sobre os direitos fundamentais, com base na concepção de Kant, foi apresentado o argumento de que o fundamento dos direitos fundamentais seria a dignidade humana.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos reconhecidos pelo estado no ordenamento jurídico interno, como regras constitucionais escritas, como indispensáveis à dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais são direitos reconhecidos por organismos internacionais constituídos pela junção de Estados soberanos.

No estudo em tela, o objetivo é analisar se o ativismo judicial ou judicialização da política contribui para concretização dos direitos fundamentais na saúde em uma sociedade de controle onde predomina a moratória ilimitada e se há alguma teoria adequada para respaldar referida atuação judicial.

Como já mencionamos anteriormente, dentro de uma sociedade de controle não há mais os modelos de moldagem, mas de modulação, onde não há concretização ou finalização de nada. Seguindo o referido modelo de sociedade, não seria possível concretizar efetivamente os direitos fundamentais de imediato e levando-se em conta as necessidades de cada indivíduo, ou seja, a realização de serviço público que resolvesse todas as deficiências no atendimento prestado pela Saúde Pública, fatos esses noticiados todos os dias pelas mídias informativas, portanto de conhecimento público.

Assim, qual a teoria ou concepção para respaldar o ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que não há mais finalização de nada na adoção da sociedade de controle? O ideal liberal de princípios de Rawls e aperfeiçoado por Dworkin com a distribuição de recursos entendemos como melhor resposta para a indagação.

A opção que realizamos é pela teoria liberal de princípios de Rawls, aperfeiçoado por Dworkin, como teoria de justiça mais correta e adequada para proporcionar e amparar um pensamento completo de direitos fundamentais²⁴¹.

O ativismo judicial ou judicialização da política seria bom ou justo na concretização dos direitos fundamentais na Saúde? Não estamos afirmando que o Poder Judiciário seria a

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015, p. 16.

única forma de Justiça, mas mencionando baseada na concepção de Dworkin, que o Poder Judiciário através do ativismo judicial ou judicialização da política, também torna possível a realização efetiva do direito fundamental à saúde.

Ademais, não há intenção de trazer descrédito aos demais Poderes constituídos, mas diante do destaque conferido a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, analisar sua contribuição nesse sentido e se há uma teoria que compreenda tal atuação como necessária para concessão de uma saúde plena para os indivíduos. Referida teoria seria liberal de princípios ou liberal igualitário de Dworkin que confere a mesma importância a liberdade e a igualdade.

Não estamos no presente estudo defendendo um governo de juízes, com individualismo excessivo, ou que o Poder Judiciário seria o melhor Poder dentro de nossa sociedade. É sabido que problemas e dificuldades de toda ordem, são verificadas e denunciadas no Poder Judiciário, como nos Poderes Executivos e Legislativos, basta verificar no noticiário.

Cabe ressaltar, que referida teoria que exerce grande influência em qualquer sociedade que o aceite²⁴² e assevera que o Poder Público ou governo deve ter uma conduta e atuação de tal forma que efetivamente melhore a vida dos cidadãos, e referida melhora tem que ser com igual consideração pela vida ou bem estar de cada um deles.

O princípio igualitário abstrato ou liberal de princípios se aplica perfeitamente na distribuição do poder político dentro de uma sociedade igualitária, pois contribui de forma clara para justificar quais instituições e processos políticos devem ter nessa sociedade. Interessante, que referida teoria se preocupa com os poderes que suas autoridades deveriam ter e evidente os poderes que a comunidade conservaria.

O que é relevante, na presente pesquisa é defender que não há como aceitar qualquer argumento contrário de que os Direitos Fundamentais à saúde não podem ser concretizados também pelo Poder Judiciário de forma fundamentada, tanto a teoria liberal de princípios ou liberal igualitária confere respaldo para aludida atuação, diante de uma moratória ilimitada fomentada pela discricionariedade do Poder Executivo e Legislativo.

O ativismo judicial ou a judicialização da Política dentro da concepção liberal de princípios contribui para solucionar a moratória ilimitada da sociedade de controle acerca da concretização dos direitos fundamentais na saúde, primeiro porque pode ser considerado um instrumento da Justiça Distributiva.

²⁴² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

Admitir que o Poder Judiciário tenha possibilidade através de suas decisões concretizar efetivamente os direitos fundamentais, não implica em conceber que seria bom, mas por ser o justo, pois segundo a visão de Rawls e Dworkin o justo deve ter primazia sobre o que é bom.

Cabe ressaltar, que devemos ter ao lado da dignidade humana que é o fundamento dos direitos fundamentais, a liberdade e a igualdade como ideais políticos ou princípios e, portanto devem ter relevância idêntica.

No item a seguir, vamos discorrer sobre outras teorias existentes e se poderiam servir como respaldo para nossa pretensão e ainda se existem restrições ao ativismo judicial ou da judicialização da política baseado na concepção de Dworkin, bem como os limites para a concretização dos direitos fundamentais.

3.4 Teorias diversas e sua aplicação

O leitor poderia indagar, por que a teoria liberal de princípios de Rawls e atualizada por Dworkin seria o fundamento para o ativismo judicial ou judicialização da política na Saúde e não outras teorias como libertarismo, utilitarismo, marxismo e comunitarismo? Neste tópico, passamos a discorrer sobre tais teorias, mas de forma breve, sem esgotar todas as discussões, mas apenas destacando algumas teorias e alguns pontos relevantes para o nosso estudo.

Insta mencionar, que citamos o libertarismo, utilitarismo, marxismo e comunitarismo sem pretensão de afirmar que seriam as únicas teorias, pois existem outras tantas, contudo para a nossa pesquisa delimitamos a análise sobre as aludidas.

Começando com os libertários ou o libertarismo, fora de qualquer dúvida, que não seria a teoria mais adequada, haja vista que defende o Estado mínimo e sem funções de justiça distributiva²⁴³, ao contrário do liberal de princípios.

Além disso, respalda apenas e tão somente as liberdades, ou seja, o libertarismo mantém sua atenção apenas sobre os chamados direitos de 1ª dimensão (fazemos a citação, mas ressalvamos que não concordamos com divisão ou classificação de direitos humanos em dimensões ou gerações), não se preocupando com os direitos sociais²⁴⁴, econômicos e

²⁴³ NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 21.

²⁴⁴ Idem.

culturais contidos na 2ª dimensão e os outros direitos de outras dimensões.

Os direitos de 1ª dimensão ou também chamados de direitos de 1ª geração são os direitos civis e políticos que geram obrigações negativas, conforme mencionado anteriormente no item sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e os direitos de 2ª dimensão ou geração que os direitos econômicos, sociais e culturais que envolvem obrigações positivas.

Na concepção de Dworkin a liberdade é tão importante quanto à igualdade e a igualdade é tão relevante quanto à liberdade. Liberdade não é a liberdade de realizar o que bem entender e a qualquer preço, mas de fazer o que se pretende respeitando os verdadeiros direitos do próximo²⁴⁵. Isso seria liberalismo conhecido como igualdade liberal o que é contrário ao libertarismo.

A dignidade humana é o elemento principal dos direitos fundamentais, porém não pode ser considerado o único, quanto a sua concretização, devendo ser acrescentado a igualdade e liberdade, haja vista que os indivíduos não conseguiram ter uma vida boa em ambiente de desigualdade²⁴⁶, da mesma forma que não podem igualmente viver bem se não são livres.

O Marxismo por sua vez, também não seria a teoria adequada, para por fim a moratória ilimitada da sociedade de controle, pois é totalmente contrário a toda forma de liberdade e não leva em conta os direitos do ser humano, sob a ótica individual, ou seja, a distribuição defendida pelo marxismo sempre levará em conta o caráter da coletividade e nunca em face da individualidade do ser humano²⁴⁷, o que é levado em conta na concepção liberal de princípios. Ademais, de que adianta atribuir um valor igual para cada indivíduo na saúde, sem considerar a necessidade e as peculiaridades de cada ser humano inserido na sociedade, sendo que um indivíduo pode precisar mais que outro indivíduo.

No liberal de princípios ou igualdade liberal, ao contrário do marxismo, a concessão de determinado serviço como concretização do direito fundamental à saúde deve ser plena, mas levando-se em conta as particularidades ou necessidades de cada indivíduo.

Ademais, o marxismo sequer concebe uma justiça distributiva, pois segundo Rawls²⁴⁸ um dos pressupostos das teorias da justiça é a existência de circunstancia de justiça: “as circunstancias da justiça se verificam sempre que pessoas apresentam reivindicações

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 331.

²⁴⁶ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015, p. 119.

²⁴⁷ Ibidem, p. 48.

²⁴⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 155.

conflitantes em relação à divisão das vantagens sociais em condições de escassez moderada”, assim na teoria de Marx não se concebe o conflito, sem contar que não admitia a ideia de uma justiça distributiva, por considerar o comunismo como meio adequado para proporcionar abundância de bens, prescindindo de uma ideia de justiça que somente seria necessária onde há escassez.

Ademais, o marxismo tem sido adotado por países onde predomina o regime autoritário, alguns chamados inclusive de período de transição, porém um período de transição que nunca se encerra e que não respeita os Direitos Fundamentais quanto à liberdade. Os exemplos mais conhecidos estão em Cuba e na Coréia do Norte.

A outra teoria seria o utilitarismo, que apesar de muito utilizada pelos governos, tão pouco seria a teoria mais adequada para respaldar o ativismo judicial para concretizar os Direitos Fundamentais em um contexto da sociedade de controle, pois referida teoria tem a seguinte concepção²⁴⁹: “O utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que maximiza a felicidade para a maioria dos membros da sociedade”, ou seja, no utilitarismo a felicidade da maioria, justifica que uma minoria seja infeliz ou sacrificada, mas desde que se maximize a utilidade e contemple a maior parte dos indivíduos. Se a saúde pública na construção de hospitais ou postos de pronto atendimento alcança a 90% de todas as pessoas do território brasileiro, o resultado seria positivo para os utilitaristas, não importando se 10% não vão ter acesso à saúde ou se vão morrer por não ter acesso à saúde.

Dessa forma, não há como adotar o utilitarismo como teoria adequada, pois no utilitarismo sua finalidade é atingida quando a maioria da população tem acesso a saúde plena, ou seja, sustentamos que a saúde plena deve contemplar a totalidade de todos os indivíduos.

O utilitarismo deve ser repudiado, pois não há como admitir o justo como maximizador do bem, pois o correto é o justo sobre o bem e não o contrário, como prega o utilitarismo²⁵⁰.

Outra teoria é chamada de comunitarismo e também não pode ser admitida como a teoria adequada para a nossa problemática²⁵¹, pois o comunitarismo rejeita a ideia de Universalidade dos Direitos Humanos, dando ênfase ao saber local quanto ao reconhecimento

²⁴⁹ KYMLICKA, Will. **Filosofia contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

²⁵⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 38.

²⁵¹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 137.

de direitos.

Insta mencionar, que se dentro de uma ideia de Universalidade dos Direitos Humanos já são enfrentadas dificuldades, para respaldar em concreto, a concepção de todo o ser humano ter, em todo a parte do mundo, um mínimo de direitos reconhecidos contra todos e, mormente contra o Estado, quanto ao mais a teoria do comunitarismo que relativiza a universalidade dos direitos humanos e nega a validade dos direitos humanos em qualquer circunstâncias, em qualquer parte do globo terrestre²⁵², passando a cada comunidade com o saber local a incumbência de avaliar os bens sociais, o que reflete na distribuição de recursos.

Assim, descartamos as teorias pelos motivos supramencionadas e também porque os direitos fundamentais devem ser realizados de forma efetiva, pois a moratória ilimitada de concretização dos direitos fundamentais pode ser solucionada pelo ativismo do poder judiciário, sob o respaldo e ótica da teoria liberal igualitária.

3.5 Limites do ativismo judicial segundo a concepção de Dworkin

Quando o Poder Judiciário atua, por exemplo, concedendo direito fundamental previsto na Constituição Federal, mas que a legislação não prescreve ou o governo não tenha planejado conceder ao cidadão, e, que acabe por beneficiar determinado indivíduo ou mesmo uma família ou mesmo um grupo de pessoas está apenas agindo em observância a teoria “igualitário abstrato” que exerce grande influência em qualquer sociedade que o aceite²⁵³ e assevera que o Poder Público ou governo deve ter uma conduta e atuação de tal forma que efetivamente melhore a vida dos cidadãos, e referida melhora tem que ser com igual consideração pela vida ou bem estar de cada um deles.

O princípio igualitário abstrato ou liberal de princípios se aplica perfeitamente na distribuição do poder político dentro de uma sociedade igualitária, pois contribui de forma clara para justificar quais instituições e processos políticos devem ter nessa sociedade. Interessante, que referida teoria se preocupa com os poderes que suas autoridades deveriam ter e evidente os poderes que a comunidade conservaria.

Neste sentido, cabe mencionar que em uma sociedade dedicada à igual consideração deve vigorar a democracia, mas qual democracia seria mais bem aproveitada? Para explicar,

²⁵² BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015, p. 79.

²⁵³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo: 2013, p. 253.

referida questão²⁵⁴, cabe destacar dois enfoques sobre democracia que serão denominados de concepção dependente de democracia e concepção separada de democracia.

Na primeira, presumem que a melhor democracia é aquela onde for mais viável ou possível produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração e por isso as características da democracia, como sufrágio quase universal, liberdade de expressão e outras mais são relevantes²⁵⁵, pois nas sociedades que possuem tais características terão mais probabilidade de distribuir recursos materiais e oportunidades de forma mais equânime. Ela é aquela que aplica o teste consequencialista e verifica qualquer melhor decisão para promover e proteger as metas igualitárias substantivas.

A segunda interpretação é denominada de concepção separada de democracia e tem como premissa que seja julgada a equidade ou caráter democrático de determinado processo político levando-se em contas apenas e tão somente o exame das características, indagando se referido processo político distribui poder política de forma igualitária, e, não quais resultados ele promete produzir²⁵⁶. Segundo referida concepção, as características da democracia contribuem para que o poder político seja mais igualitário e quando surge controversa sobre decisão no processo político, a pergunta a ser feita é qual decisão será mais adequada para aumentar ainda mais a igualdade do poder político.

Sendo assim, a concepção separada de democracia oferece um teste inicial: a democracia em essência é uma questão de distribuição igualitária do poder sobre as decisões políticas e a concepção dependente de democracia oferta um texto de saída: a democracia em essência é um conjunto de dispositivos para a produção de resultados do tipo certo²⁵⁷.

A sociedade que admite e aceita o princípio igualitário abstrato terá como objetivo as decisões distributivos que tratem as pessoas como iguais, segundo a melhor interpretação dessa ideia.

É evidente que qualquer processo político tem tanto consequências distributivas, mas também participativas e estas últimas podem ser simbólicas, agencial e comunitária²⁵⁸. Importante destacar, que teríamos uma concepção dependente pura, sem consequências participativas, porém fraca, se não fosse levado em conta como metas substantivas de uma sociedade igualitária, consequências distributivas e também participativas, pois mesmo sob uma ditadura benevolente, onde não há democracia, pode ser observado um respeito a metas

²⁵⁴ Ibidem, p. 255.

²⁵⁵ Ibidem, p. 255-256.

²⁵⁶ Ibidem, p. 255-256.

²⁵⁷ Ibidem, p. 256.

²⁵⁸ Ibidem, p. 257.

substantivas de distribuição igualitária, contudo não em face de metas participativas.

Dessa forma, qualquer concepção dependente de democracia reconhecerá a importância das metas participativas de seu processo político.

A concepção dependente obscurece a diferença entre entrada e saída, entre a igualdade política e outros aspectos da teoria igualitária²⁵⁹, bem como suas finalidades participativas e entende que essas devem ser elaboradas e inspecionadas juntas, sob argumento que nenhuma se sustenta sozinha. Por outro lado, a concepção separada impõe uma divisão evidente entre a igualdade política e todas as demais formas de igualdade substantivas e ainda trata a igualdade política com uma dimensão diversa da igualdade, com sua própria medida, que seria o poder político.

Se for dado mais direito para um indivíduo ou vários indivíduos de uma determinada localidade, pelo fato da localidade ser extremamente carente, do que outras localidades mais ricas, para a concepção dependente da democracia referida situação seria endossada e estaria nesta situação promovendo sua visão de democracia²⁶⁰, por outro lado a concepção separada de democracia rejeitaria totalmente referida situação, pois dar mais poder político a determinadas pessoas que outras seriam antidemocrático.

Se falarmos sobre qual seria a melhor interpretação política da igualdade política ou da democracia, a concepção separada pura será mais popular²⁶¹, pois todos presumem que democracia consiste em poder eleitoral simétrico entre adultos, governo da maioria e qualquer violação a regra majoritária seria antidemocrática.

Ocorre, que referida concepção separada impõe a neutralidade mesmo que o indivíduo discorde das leis tributárias ou vantagens para determinados grupos de indivíduos e eventuais discordância somente poderia ser revista através do processo político²⁶², onde os perdedores tem consciência que devem aceitar a decisão tomada mesmo que entenda ser injusta.

No caso da concepção dependente as pessoas têm ideias divergentes sobre quais decisões substantivas são igualitárias no sentido abstrato e quais o povo é tratado com igual consideração²⁶³, assim seria a mais interessante.

Neste sentido, cabe analisar a questão do poder político na dimensão horizontal e verticalmente, pois se a democracia é uma questão de igualdade de poder político será

²⁵⁹ Ibidem, p. 258.

²⁶⁰ Ibidem, p. 258-259.

²⁶¹ Ibidem, p. 260.

²⁶² Ibidem, p. 260.

²⁶³ Ibidem, p. 261.

necessário que as dimensões sejam contempladas, pois apenas a dimensão horizontal não é suficiente para instituir a democracia, haja vista que nas ditaduras totalitárias os indivíduos têm o mesmo poder político; Nenhum²⁶⁴. Na dimensão vertical o que verifica é que mesmo em democracias consideradas exemplo como a Inglesa e Estadunidense não há igualdade genuína de poderes.

Assim, a concepção dependente apresenta resposta de forma mais natural e espontânea, para o que entendemos como características elementares da democracia e justifica essas características, por meio de princípios que em qualquer debate, em verdade, significa a democracia²⁶⁵.

Acerca dos limites do ativismo judicial ou judicialização da política, cabe considerar os valores distributivos²⁶⁶, onde existem dois tipos de decisões políticas denominadas de questões sensíveis à escolha que são aquelas onde por questão de justiça, depende essencialmente do caráter, e, da distribuição de preferência dentro da comunidade política, como por exemplo, a decisão sobre uso de recursos disponíveis para construção de um hospital, haja vista ter levado em conta informação de quantos cidadãos serão beneficiados pelo hospital, ou seja, tal informação é extremamente relevante na tomada de decisão e as questões insensíveis à escolha que seriam as decisões que, por exemplo, proíbem a discriminação racial no trabalho ou cria a pena de morte, e, prescindem da informação de quantos cidadãos concordam que referida decisão é a mais correta, pois a rejeição do preconceito racial e a pena de morte é tão forte na comunidade que a maioria não admitiria tais situações.

Apesar da dificuldade para resolver quais assuntos poderiam ser considerados como sensíveis a escolha ou insensíveis a escolha, a verdade é que as questões políticas são sensíveis à escolha e as questões de princípio não são²⁶⁷.

Cabe mencionar, que em um processo político que distribui o impacto político com igualdade aproximada normalmente é mais adequado à decisão precisa de questões sensíveis à escolha que um processo que distribui com muita desigualdade. Com relação às questões insensíveis à escolha, não dependem das informações que uma consulta pública generalizada possa oferecer²⁶⁸, haja vista que em tais situações é bem provável que em média, as pessoas decidam questões insensíveis à escolha de forma correta.

²⁶⁴ Ibidem, p. 262.

²⁶⁵ Ibidem, p. 262.

²⁶⁶ Ibidem, p. 281.

²⁶⁷ Ibidem, p. 281.

²⁶⁸ Ibidem, p. 282.

Neste sentido, cabe considerar a hipótese de um juiz fundado no constitucionalismo, comparar determinada lei com as exigências da Constituição Federal, constata a sua violação e, por conseguinte declara a nulidade da referida²⁶⁹. Alguém poderia alegar que conduta do juiz que pode decidir em tais situações sobre aborto, preconceito racial, pena capital, ação afirmativa, seria antidemocrática, pois uma pessoa não poderia ter mais poder que os demais.

Ocorre, que dentro de uma concepção dependente de democracia supramencionada não há nada de antidemocrático na revisão judicial, pois não há violação de nenhuma regra, mas a revisão judicial protege e assegura a liberdade de expressão e a outras liberdades que incentivam a ação moral na política. Ademais, a revisão judicial não despreza e não desconsidera nenhum grupo da comunidade²⁷⁰. A revisão judicial promove um fórum político, onde cidadãos podem debater, e, ainda possibilita o aumento do incentivo das minorias, o que não ocorreria na política comum.

Sendo assim, o constitucionalismo deve ser considerado um meio de aperfeiçoamento da democracia²⁷¹, porém a revisão judicial deve estar limitada a questões de princípio insensíveis à escolha.

Dizer que o ativismo judicial seria um atentado a democracia não procede, tendo em vista que uma deliberação de um legislativo eleito pela maioria do público, não pode ser considerada a melhor forma de resolver questões sobre os direitos de indivíduos, de maneira recíproca e perante a sociedade como um todo, pois não há garantia que uma decisão judicial seja menos precisa ou exata que uma decisão do Legislativo, até porque os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os membros do Poder Judiciário para decidir questões sobre direitos²⁷².

Além disso, a questão não pode ser baseada apenas na precisão ou exatidão da decisão ou em razão de uma estabilidade política²⁷³, pois devemos levar em conta razões de equidade. Será quase impossível, encontrarmos no legislativo, decisões que venham desagradar setores influentes da sociedade, enquanto os membros do Judiciário estão bem menos suscetíveis a insatisfação popular quanto a seu desempenho, pois não estão sujeitos a serem substituídos por vingança, como ocorre com os membros do legislativo que estão sujeitos a sufrágio universal.

Ocorre, que a razão da equidade, a democracia pressupõe igualdade de Poder

²⁶⁹ Ibidem, p. 282-283.

²⁷⁰ Ibidem, p. 283.

²⁷¹ Ibidem, p. 287.

²⁷² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30.

²⁷³ Idem.

Político²⁷⁴, contudo todavia, é certo afirmar que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político, uma vez que existem cidadãos com mais privilégios e outros com nenhum. Desse modo, deve-se levar em consideração referidas questões, ao deliberar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e repassada ao Judiciário.

Alguns indivíduos ganham mais poder político e outros perdem mais poder político, assim, mesmo que se diga que o acesso ao Poder Judiciário favorece aos mais ricos, o mesmo efeito também ocorre com relação ao legislativo²⁷⁵, onde os mais ricos têm mais poder. Assim, quando uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e repassada ao Judiciário, será provável que o indivíduo terá mais chance de ter seu direito atendido, do que no legislativo, onde o mesmo deve ser ignorada, diante da maioria preocupada em atender poderosos grupos influentes.

Destarte, não há fundamento para entender que o ativismo judicial ou judicialização da política seja um atentado contra a democracia, muito pelo contrário poderá muito bem promover-la ou que o Legislativo ou Executivo seriam os únicos poderes para concretizar Direitos Fundamentais.

Neste sentido, quanto à limitação do ativismo judicial ou judicialização da política, sendo que não admite-se referida atuação do Poder Judiciário em questões de política ou sensíveis à escolha²⁷⁶, onde podem surgir diversas questões sobre referida decisão, tais como questões sobre a fiscalização de uma profissão, por meio de um conselho federal de classe ou mesmo a decisão sobre a construção de um novo centro esportivo.

Por outro lado, temos as questões de princípios ou insensíveis à escolha, cujo ativismo judicial ou judicialização da política aumenta a precisão das decisões política, de sorte que a ausência ou morosidade na prestação de serviço da saúde, como objeto de nossa pesquisa, configura violação de direitos fundamentais assim considerados no ordenamento interno, que são consideradas questões insensíveis à escolha e por isso passível do ativismo judicial ou judicialização da política para fins de dar o mínimo para que o indivíduo tenha condições para que possa dar início a seu plano de vida²⁷⁷, ou seja, a efetiva concretização dos direitos fundamentais em prol do indivíduo levando-se em conta suas particularidades.

Sobre a questão ainda, cabe transcrever, ensinamento do Prof. José Claudio Monteiro

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ Ibidem, p. 31.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 282.

²⁷⁷ Idem.

de Brito Filho, na obra *Direitos Humanos*, nota de rodapé 47 da p. 112:

Observe-se que é comum chamar as questões insensíveis à escolha de questões de princípio, e as questões sensíveis à escolha de questões de política. (...) Finalmente, para entender a diferença em relação às questões, observe-se dois exemplos: primeiro, o Congresso Nacional deliberou, inserindo na versão original da Lei nº 8.078/90, que a responsabilidade dos profissionais é subjetiva. Essa deliberação não atenta contra questões insensíveis à escolha, sendo o que se chama de questões de princípio. Nesse caso, a deliberação parlamentar é válida, embora outras respostas pudessem ter sido dadas, uma vez que a decisão pertencia legitimamente aos parlamentares. Segundo, o Congresso Nacional delibera que o serviço de saúde só será disponibilizado pelo Estado para os que comprovarem atividade remunerada e contribuição para a seguridade social, nos locais em que há falta de recursos para atender a todos. Essa deliberação ofende a disposição constitucional que garante a saúde para todos, independentemente de pagamento ou contribuição, bem como a disposição que não permite discriminações, entre outros preceitos. Nesse caso, não se trata de uma questão sensível à escolha dos parlamentares, e sim uma questão de princípio. No primeiro caso a revisão judicial para impugnar a deliberação não é possível, mas, no segundo caso, a resposta é claramente sim, tanto em ação que pretenda invalidar a norma para todos, como em ação individual, de pessoa que tem o seu direito obstado pela inconstitucional deliberação legislativa.

A realização dos direitos fundamentais de imediato não deve ter como fundamento nenhuma concepção particular do que seja a vida boa e muito menos por fundamento teleológico, mas por ser justo, pois o justo é prioritário.

Dessa forma, acerca da revisão judicial²⁷⁸ não temos a necessidade de ter receio ou mesmo preconceito, pois somente seria admitida para aperfeiçoamento da democracia, pois aumenta a precisão das decisões Políticas, porém Dworkin assevera que corromperia a precisão, se um tribunal que pratica revisão judicial rejeitasse as decisões sensíveis à escolha proferidas pelos legislativos. Por outro lado, aumenta a precisão quando o tribunal controla certas decisões insensíveis à escolha de um legislativo, mormente as que rejeitam direitos putativos contra a decisão da maioria.

O ativismo judicial ou judicialização de política nos limites supramencionados, não afeta a democracia, pois recai sobre questões insensíveis à escolha, que conforme já mencionado alhures, prescindem da informação de quantos cidadãos concordam que referida decisão é a mais correta, pois como exemplo a rejeição do preconceito racial, e, a tortura são argumentos tão fortes na comunidade, que a maioria não admitiria tais situações²⁷⁹. Os direitos fundamentais devem ser realizados, pois a comunidade entende que a Constituição Federal deve ser concretizada, não havendo qualquer forma de concessão em sentido contrário.

²⁷⁸ Ibidem, p. 287-288.

²⁷⁹ Ibidem, p. 287-288.

Dessa forma, não há como admitir que não sejam realizados os Direitos Fundamentais através do ativismo judicial ou judicialização da política, pois todos têm direito de satisfação ou bem estar²⁸⁰, ou seja, a maioria da comunidade não admite e não pode conceber que os direitos fundamentais à Saúde sejam postergados para a moratória ilimitada.

Não há mais como admitir que a Saúde não seja plena em favor dos indivíduos, principalmente quando são conhecidos os limites da atuação do Poder Judiciário no ativismo judicial. Com relação a saúde plena, referido direito fundamental está inserto no art. 6º e no art. 196 da CR/88 e tem como finalidade impor dever em especial ao Estado, para que promova medidas para preservação e promoção da saúde pública de todos integrantes da coletividade. Neste sentido, se faz mister ainda o entendimento que a pessoa humana deve ser considerada em uma perspectiva individual, caso contrário há risco de olvidar o motivo ou razão de ser do conhecimento de um mínimo de direitos ao ser humano, de sorte que o mínimo no caso é o indispensável para que a pessoa possa viver com dignidade²⁸¹.

3.6 Breve apontamento sobre a concretização dos Direitos Fundamentais à Saúde

Depois de apresentarmos, o fundamento teórico que contribui para solucionar a moratória ilimitada na concretização dos direitos fundamentais, será de extrema relevância saber por breve apontamento, em que medida os direitos fundamentais à saúde merecem ser concretizados. Cabe mencionar, que para o liberal de princípio²⁸² cada individuo deve ter acesso a bens primários, que são indispensáveis, a despeito do plano de vida de cada um, além disso o mínimo contribui para maximizar as expectativas do grupo menos favorecido. O Estado deve ter a incumbência de proporcionar referido mínimo necessário que seria os direitos fundamentais²⁸³.

Neste sentido, aludidos bens primários ou direitos fundamentais no âmbito interno deve ser concedidos²⁸⁴, quanto ao limite, o que for necessário para que cada indivíduo fique em condições de iniciar a prática de ações necessárias ao seu plano de vida, levando em conta as singularidades de cada pessoa.

Vale destacar, que não significa conceder tudo o que o individuo pretender, mas sim

²⁸⁰ Ibidem, p. 288.

²⁸¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 110-112.

²⁸² Ibidem, p. 110.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 169.

²⁸⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 112.

a concessão de direitos mínimos básicos ou indispensáveis de condições para que o indivíduo possa e tenha como cumprir com seu plano de vida²⁸⁵, ou seja, o mínimo básico não pode ser considerado a saúde pública precária, mas a disponibilização de saúde pública plena nos limites necessária, levando-se em conta os conhecimentos médicos disponíveis.

Assim, se a concessão de saúde plena nos termos supramencionados, depende muito também da atuação do Poder Judiciário por meio do ativismo judicial ou Judicialização da Política, não há como admitir argumentos em contrário, pois a alegação de abusos do Poder Judiciário, não podem ser considerados mais importantes ou mais radicais do que a continuidade de prestação de uma saúde pública precária em previsão de solução, como em uma moratória ilimitada.

Assim, o liberal de princípios, concebe referido ideal, pois cada indivíduo merece a saúde pública de forma plena, levando em consideração cada pessoa, segundo suas necessidades, pois a saúde é um direito social, mas também em sua fruição um direito individual, onde o Estado deve proporcionar o que for necessário para que o direito à saúde seja satisfeito. O indivíduo tem direito de receber saúde plena nos limites do conhecimento médico existente.

Concordar com o contrário, seria admitir como utilitaristas, que se a maioria teve acesso à saúde plena, já atingiu a felicidade geral, ou como os libertários, que a saúde pública existente já é suficiente para que cada indivíduo providencie meios para satisfação de sua necessidade individual.

Sendo assim, os limites da concretização do direito fundamental à saúde por meio do ativismo judicial ou judicialização da política se dá quando o indivíduo tem acesso à saúde pública de forma plena, levando em consideração a sua pessoa, segundo suas necessidades e particularidades, haja vista que a saúde sendo um direito social, mas também em sua fruição um direito individual, onde o Estado deve proporcionar o que for necessário para que o direito à saúde seja satisfeito.

Conforme supramencionado, o indivíduo tem direito de receber saúde plena nos limites do conhecimento médico existente e não menos que isso, caso contrário estamos presenciando a negativa da dignidade humana em prol da pessoa e violação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, ao Estado incumbe a obrigação de proporcionar e garantir o mínimo, considerado como direitos indispensáveis, como o são os direitos fundamentais, que no

²⁸⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015, p. 66.

âmbito interno são os direitos fundamentais, portanto será a coisa certa concretizar os direitos fundamentais de forma efetiva. Conforme já trabalhamos, anteriormente, a liberdade igualitária não admite que um ser humano sobrepuje outro, condenando desigualdade que importem em prejuízos aos demais, ou seja, referida teoria assevera que deve ser levado em conta cada um dos indivíduos, como seres únicos e possuidores de um mínimo de direitos.

Ademais, conforme sustentamos anteriormente, dois ideais políticos devem ser considerados relevantes também para fundamentar o ativismo judicial ou judicialização da política, e, são a igualdade e liberdade, que não podem ser considerados opostos e nem sacrificado em prol do outro, mas de igual valor²⁸⁶, tendo em vista a sua indispensabilidade em face da existência de qualquer indivíduo. Não será viável a um indivíduo o exercício ou fruição de uma vida boa em ambiente onde inexistente igualdade, e, muito menos termos igualdade em ambiente de falta de liberdades.

As necessidades humanas básicas são as necessidades universais²⁸⁷, nascidas da caracterização humana, sem as quais a estrita condição física encontra-se, sob ameaça de sérios prejuízos de sobrevivência.

Implementar as necessidades humanas básicas²⁸⁸, consiste na efetivação em nível coletivo, a saúde física que corresponde às necessidades quimiobiofisiológicas e a autonomia equivale à saúde mental, a habilidade cognitiva e a oportunidade de participação.

A Constituição Federal tomou por base para compor os direitos fundamentais sociais as necessidades humanas básicas, o que consiste, por exemplo, o acesso à saúde como direito essencial como outros direitos fundamentais, contudo cabe destacar que não há como conceber a ideia restritiva de reconhecer o mínimo existencial como somente o básico dos direitos de igualdade ou mínimo vital, ou seja, o ser humano para ter a sua dignidade respeitada necessita muito mais que apenas sobreviver a cada dia.

Assim, a concepção de um mínimo existencial ou de necessidades humanas básicas deve estar fundada com a presença indispensável de todos os direitos de igualdade reconhecidos no conjunto de normas internacionais que tratam sobre os direitos fundamentais²⁸⁹, nunca menos, pois estaríamos excluindo o que é essencial para dignidade do ser humano.

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 168.

²⁸⁷ MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 67.

²⁸⁸ DOYAL, Len; GOUGH, Ian. O direito à satisfação das necessidades. Trad. Álvaro de Vita. **Revista de Cultura e Política**. São Paulo: Lua Nova, n. 33, 1994.

²⁸⁹ MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais**. São Paulo: Ltr, 2013, p. 67.

A moratória ilimitada que mencionamos, faz com que tenhamos exatamente a concessão de menos que o mínimo existencial ou a não satisfação das necessidades humanas básicas, e, portanto negação da dignidade humana e violação dos direitos fundamentais, o que é inadmissível.

A moratória ilimitada pode se dar através dos vários motivos que são habitualmente elencados para impedir a realização efetiva dos direitos fundamentais, e as alegações são de que não cabem políticas públicas de concretização efetivamente da saúde pública, pois o cidadão pode buscar o referido direito, ou seja, configura um direito subjetivo de índole individual. Outro argumento apresentado é o de natureza econômica, onde os recursos são escassos e as necessidades seriam infinitas, portanto disponibilizar mais recursos financeiros para saúde implica em investir menos em outras áreas relevantes como a educação.

Não há como concordar com tais argumentos, uma vez que estimulam a predominância da moratória ilimitada da concretização dos direitos fundamentais, pois o direito à saúde está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental social e não há como admitir uma moratória ilimitada da efetiva realização dos direitos fundamentais na saúde. Sobre a questão cabe citar o entendimento do prof. Dr. José Claudio Brito Filho²⁹⁰:

...de pouco adianta consolidar a ideia de que há direitos mínimos garantidos a todos os seres humanos se ficarmos, sempre, postergando sua realização.
Argumentos contrários, com aparência de legalidade e até de bom-senso, sempre existirão. O que todos precisamos decidir é se vamos ceder a esses argumentos, fazendo da vontade da coletividade e da Constituição letras mortas, ou se vamos afastar esses argumentos contrários e materializar, de fato, o bem-comum.
De minha parte, penso que tempo é de praticar todos os atos necessários para que os direitos sejam concedidos, sem exceções, e sem condicionantes. Já é hora de termos o mínimo.

A despeito, do entendimento que o Estado deve empreender providências adequadas e suficientes para promoção e preservação da saúde de todos os membros da coletividade, mas também levando-se em conta a individualidade de cada membro da sociedade.

Neste sentido, o mesmo autor leciona:

Pensar diferente é imaginar que o ser humano, em relação ao direito à saúde, é somente uma parte de um todo, e que basta uma política geral para que o direito seja preservado, como se os problemas de saúde não se manifestassem de maneira individualizada em cada pessoa; como se as particularidades dos indivíduos não os

²⁹⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **Revista A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. Belém, v. 5, n. 9, nov./2012, p. 136-145.

levassem a ter ou não determinados agravos à sua perfeita condição física e mental; como se as necessidades de todos fossem sempre as mesmas. É obvio que não é assim.

Dessa forma, a saúde deve ser prestada de maneira pelo Estado a proporcionar satisfação às pessoas como coletividade, mas também levando em conta a particularidade de cada pessoa, ou seja, o Estado deve promover as ações necessárias para preservação da saúde de todos, mas também deve garantir a saúde de cada indivíduo.

Sarlet sobre a questão menciona o seguinte²⁹¹:

...o que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura – mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações (!!!), não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença...

Dessa forma, o direito a saúde consiste ainda em um direito subjetivo de cada membro da sociedade, onde pode exigir por meio de uma ação judicial que o ente público promova medidas adequadas e levando em conta as suas particularidades, a preservação de sua saúde.

Imaginar que o poder judiciário não poderia ser um meio para concretizar efetivamente direitos fundamentais do indivíduo, sob alegação de abusos, implica em admitir a violação dos princípios da legalidade e da isonomia, ademais não se trata de um direito para os mais favorecidos economicamente que teriam condições de litigar judicialmente, pois também favorece aos mais pobres, que não tendo condições de arcar com tratamento particular de preservação de sua saúde, poderá postular através do Poder Judiciário exatamente o tratamento que melhor seja adequado a sua necessidade.

O ativismo judicial ou judicialização da política pode ser considerada uma forma de dar um basta à discricionariedade estatal quanto à efetivação dos direitos fundamentais na saúde. Referida discricionariedade estatal em uma sociedade de controle, representa em outras palavras que a concretização dos direitos fundamentais na saúde nunca será realizada, isto é, uma verdadeira moratória ilimitada, pois não há um prazo, ou uma data para sua efetivação.

Aceitar e conformar-se, com a discricionariedade estatal corresponde a dizer que o

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

governo²⁹², pode decidir em suma quem deve receber remédio de forma gratuita por conta de uma doença grave e quem deve morrer por não ter um remédio gratuito para sua doença grave.

Neste sentido, a teoria liberal igualitária defende as liberdades civis, direitos sociais e econômicos básicos (Direitos ao sistema de saúde, à educação, ao mercado de trabalho, à garantia de renda e outros) e para que os indivíduos possam buscar e alcançar os próprios objetivos é indispensável que o Poder Público garanta as condições materiais para uma verdadeira escolha livre, ou seja, tanto o Poder Executivo, mas também os demais Poderes, portanto o Poder Judiciário por meio de suas decisões sobre questões insensíveis à escolha ou questões de princípio também pode ser um instrumento para concretização dos Direitos Fundamentais na Saúde.

Conforme supramencionado, que o liberalismo igualitário ou liberalismo de princípios ou liberalismo Kantiano defende que o Estado tem o dever de oferecer a saúde plena aos indivíduos, ou seja, referida concepção teórica rechaça totalmente as posições contrárias que entendem que o Estado não tem obrigação de proporcionar efetivamente saúde a todos.

²⁹² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 79.

CONCLUSÃO

Na transcorrer da presente pesquisa realizamos várias indagações, e, após apresentarmos os direitos fundamentais, a sociedade de controle e a moratória ilimitada, o ativismo judicial ou judicialização da política, bem como a teoria dos liberais igualitários, ou liberal de princípios concebida por Rawls e aperfeiçoada e atualizada pela igualdade de recursos de Dworkin, passamos a tentar apresentar algumas respostas acerca dos questionamentos, com base na referida teoria.

Iniciamos com a citação da origem e evolução histórica da proteção social e destacamos a sua importância diante de uma realidade onde as pessoas buscam cada vez mais a sua independência, assim durante o desenvolvimento da proteção social destacamos a interferência estatal, onde passou a assumir a sua responsabilidade social, sem contudo o gigantismo no Estado Comunista.

No tocante, a seguridade social, mencionamos que vários fatos históricos tiveram relevante importância em todo desenvolvimento da proteção social, sendo o final da segunda grande guerra mundial o momento crucial onde questões relacionadas aos Direitos Fundamentais passaram a fazer parte da pauta das grandes nações.

Vale lembrar, que a interferência estatal se deu no período da revolução industrial, onde as pessoas deixaram a zona rural com intuito de viver nos centros urbanos, trabalhar nas fábricas, e obter melhores condições de vida, ocorre que em consequência surgiu uma ingente quantidade de acidentes de trabalho que acometiam sobre os trabalhadores, condições desumanas impostas aos trabalhadores, inclusive mulheres e crianças.

Neste sentido, a intervenção estatal surgiu para mitigar as desigualdades sociais, de forma a possibilitar o estabelecimento do Estado do bem estar que passou a exercer papel de grande importância, para desenvolvimento das nações.

Aludidas questões ganharam proporção de tal forma no âmbito internacional, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é de forma inequívoca o marco inicial para estabelecer o reconhecimento dos Direitos Fundamentais como indispensável à preservação da Dignidade Humana.

Em nossa pesquisa utilizamos a expressão direito fundamental como a mais adequada (direitos humanos no âmbito internacional e direitos fundamentais no ordenamento interno) e demonstramos que a dignidade humana é o fundamento dos direitos fundamentais, portanto demonstramos ser incabível alegações no sentido que os Direitos Fundamentais

seriam vagos, variáveis e heterogêneos.

Destacamos, com relação aos direitos fundamentais a existência de vários instrumentos internacionais, bem como a iniciativa brasileira em razão do passado ditatorial de ratificar vários, com intuito de obter reconhecimento da comunidade internacional.

Neste sentido, asseveramos que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, universais e inalienáveis, pertencentes a pessoa pelo simples fato de ser humana.

Ressaltamos, que dos direitos fundamentais, os direitos sociais seriam aqueles relacionados ao trabalho, educação, saúde e que por isso carecem de maior atenção, pois dependem de obrigações positivas do Estado, ao contrario dos direitos civis e políticos que existem por conta de obrigações negativas do Estado.

Ocorre, que para realização e efetivação dos direitos sociais vários obstáculos sempre foram apresentados para negativa de seu cumprimento. A ênfase nos Direitos civis e políticos consistiam a não interferência do Estado, que interpretado pelo entendimento libertário, sustenta que o Estado não poderia utilizar de instrumentos coercitivos com objetivo de obrigar alguns cidadãos a ajudar outros.

Não há dúvida, que referido ideal impede qualquer possibilidade de uma política distributiva por parte do Estado, contudo não obstante as obrigações positivas se traduzirem em despesas por parte do Estado, conforme supramencionado, a realização da educação, saúde e outros direitos sociais passaram a ser reconhecidos como referencia para qualquer país que queira ter uma posição de destaque no contexto internacional.

Os referidos direitos sociais passam a fazer parte da pauta governamental e inseridos em políticas públicas com objetivo de tornar realidade em prol do individuo.

Neste sentido, as políticas públicas constituem um instrumento indispensável para concretização dos direitos fundamentais e podem ser realizadas por meio de vários atores (Executivo, Legislativo e Judiciário) com legitimidade para propor e efetiva-las. Assim, o Poder Judiciário representado pela figura do juiz emerge também como um dos atores com papel relevante na implementação das políticas públicas.

Ressalvada, a importância dos direitos fundamentais e sua necessidade de concretização, argumentamos que a concepção liberal igualitária de Dworkin aperfeiçoando a teoria de Rawls seria a mais adequada, contudo a sua viabilidade pressupõe uma sociedade plural com uma Constituição Democrática, com a vigência do sistema capitalista na referida sociedade e a incidência de uma justiça distributiva.

Assevere-se, que para observância aos direitos fundamentais, mencionamos que a democracia seria indispensável para concretização da teoria de Dworkin, pois conforme

alhores, se trata de um regime que busca promover o bem-estar do ser humano, garantindo a sua liberdade individual e igualdade social. Ocorre, que não obstante a importância da democracia, resta evidente não pode ser considerada como único valor, e, por isso, deve estar empenhada em concretizar outros valores como os direitos fundamentais, o que por conseguinte garante a observância a dignidade humana.

Assim, na Democracia Constitucional, temos a conjugação da regra da maioria com observância e efetiva materialização dos direitos básicos dos seres humanos. Dessa forma, respeitar o Poder Legislativo ou Executivo, não consiste em admitir a violação de direitos fundamentais da pessoa, assim a teoria de Dworkin por meio do ativismo judicial visa proteger os seres humanos da discricionariedade estatal.

No Estado de Mato Grosso, constou informação na internet por meio da MIDIANEWS publicada em janeiro de 2014 que o Estado no ano de 2013 destinou a quantia de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) para fins de cumprimento de decisões judiciais para fornecimento de medicamento, realização de procedimentos médicos ou cirurgias, constando que o referido montante correspondia a 15% do orçamento da Secretaria da Saúde.

Sustentamos em nossa pesquisa que referida atuação não se deve dar de maneira sem limites, ou seja, sob a teoria de Dworkin o ativismo judicial ou Judicialização da Política deve ser ativo na promoção, preservação e defesa das questões insensíveis à escolha ou questões de princípios, que em outras palavras seriam os direitos fundamentais.

Desse modo, a saúde sendo um direito social, conforme mencionado anteriormente esta inserida como direito fundamental na própria Constituição Federal de 1988 e por isso para os liberais de princípios, o seu acesso deve ser garantido aos indivíduos, segundo a particularidade de cada pessoa, de forma plena e baseado no conhecimento médico existente.

A saúde pública está expressamente prevista no art. 196 da Constituição Federal, sendo universal quanto a cobertura e atendimento de todas as pessoas que estejam no Brasil, não importando o nível social e a condição financeira do indivíduo, não havendo necessidade que o interessado tenha que ter a qualidade de segurado ou contribuinte da previdência ou que seja trabalhador com carteira assinada, pois a saúde pública brasileira, sendo de livre acesso, também não há cobrança de valores, pois é gratuita, inclusive estando disponível para estrangeiros.

Ocorre, que sendo direito fundamental, mencionamos que a lei justa é aquela que determina o procedimento da justiça distributiva tornando iguais os desiguais na medida de suas desigualdades, contudo cada vez mais os indivíduos tem buscado o Poder Judiciário para

obter atendimento a saúde pública recusou ou não prestou de forma adequada.

Referidas situações, evidenciam o problema grave de um serviço público concedido aos indivíduos de maneira precária, conforme citamos durante nossa pesquisa o relatório do Tribunal de Contas da União sobre saúde pública brasileira emitido em março de 2014. O Poder Público tem ciência da insuficiência de leitos, superlotação de setores de emergência hospitalar, carência de profissionais da saúde, desigualdade na distribuição de médicos no território brasileiro, falta de medicamentos ou insumos hospitalares, ausência de equipamentos ou existência de equipamentos sucateados ou obsoletos, contudo o Poder Executivo e Legislativo não têm implementado políticas públicas ou meios adequados e satisfatórios para solucionar aludidos problemas que somente têm se agravado com o passar do tempo.

No item que tratamos sobre “Saúde Pública” foi apresentada a conclusão de relatório de 2014 do Tribunal de Contas da União com diagnóstico da saúde pública brasileira, não obstante a constatação do aumento dos valores aplicados na saúde temos que os gastos com a saúde de nosso país correspondeu a 2,02% do PIB no período, sem contar na constatação do relatório, denuncia que nos últimos 5 anos, mais de 20 bilhões de reais deixaram de ser aplicados na saúde, portanto o problema não está relacionado com os recursos disponíveis, mas com sua aplicação em outras áreas não essenciais que não a saúde pública.

As propostas de solução são sempre computadas em futuro incerto, postergando a efetiva realização do direito fundamental à saúde, constituindo uma verdadeira moratória ilimitada, onde uma saúde plena sempre é projetada como algo distante e inacessível.

Destarte, o ativismo judicial respaldado pela teoria de Dworkin se apresenta como uma forma de obrigar o Estado a prestar uma saúde plena em uma igualdade recursos, constituindo instrumento para solucionar a moratória ilimitada que impede a concretização do direito fundamental à saúde pública.

Cabe reiterar e ratificar, o que já sustentamos durante o presente trabalho, que o ativismo judicial ou judicialização da política para concretizar os direitos fundamentais, não afronta a separação de poderes, muito menos contra a democracia, muito menos pode ser considerado violador da legitimidade dos Poderes Executivos e Legislativos para criar e executar Políticas Públicas.

O ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais na saúde, apenas está cumprindo com sua missão de solucionar conflitos de interesse qualificados, por lesão ou ameaça de lesão a direito. Sendo assim, a autorização judicial para exercício dos direitos fundamentais em casos concretos por forma diversas das adotadas pelo Executivo, não viola

atribuição do outro Poder, tendo em vista que o direito fundamental violado necessita ser reparado imediatamente e tal atuação representa dizer o direito, ou seja, a jurisdição que deve ser prestada pelo Poder Judiciário.

O ativismo judicial ou judicialização da política surgiu como um fenômeno social, e contribui para concretizar efetivamente direito fundamental à saúde, sendo que não há limites para tal realização, haja vista que os direitos fundamentais são indispensáveis a dignidade humana, portanto o Poder Judiciário atua como guardião e por isso tem obrigação de promover a sua proteção e sua realização.

O comportamento do Poder Judiciário encontra respaldo na posição de igualdade de recursos propostas pelos liberais de princípios como uma teoria que busca que ocorra uma justa distribuição de recursos entre os indivíduos, assim o Poder Judiciário através do ativismo judicial ou judicialização da política, não configura excesso de poder e não viola a democracia ou o Estado Democrático de Direito, conforme já mencionamos anteriormente, pois contribui para solucionar o problema da moratória ilimitada dos direitos à saúde, haja vista a finalidade de distribuir recursos em prol das pessoas, especialmente porque leva em conta as particularidades de cada indivíduo na distribuição de bens e serviços.

Destacamos, como um dos grandes problemas para uma saúde pública plena, o modelo denominado de sociedade de controle e comparativamente verificamos vários traços semelhantes na sociedade brasileira, por exemplo uma educação que aprova automaticamente, mas não instrui, uma família em crise que não educa, um sistema prisional que não recupera o preso condenado e opta por controlá-los a distância por meio de tornozeleiras eletrônicas.

Dessa forma, na sociedade de controle não há pretensão de concretizar ou finalizar o direito fundamental à saúde, como forma de moldagem conclusiva, mas uma moldagem autodeformante que vai mudando sem ocorrer um fim, isto é, há uma modulação permanente, que no caso, resulta no ato de procrastinar a efetivação de saúde plena em prol do indivíduo, portanto na sociedade de controle a moratória ilimitada decorre de uma posição ativa com objeto de manipular, atrasar e impedir a concussão plena dos serviços da saúde pública.

Os argumentos contrários a concretização do direito fundamental à saúde plena alimentam a moratória ilimitada da sociedade de controle, por consequência configura um desrespeito a própria dignidade humana, o que não se pode admitir.

Ademais, eventual pressão de grupos de poder econômico que os juízes possam vir sofrer do poder econômico será até maior para o legislador, portanto não há justificativa para impedir a concretização do direito fundamental à saúde em prol do indivíduo.

A liberdade que prevalece no Estado Democrático de Direito não pode ser

interpretada como única garantia em favor do indivíduo, se considerarmos a ausência de igualdade, neste sentido Dworkin é classificado como liberal, por conta da forte influência do pensamento Kantiano, de sorte que para os liberais de princípios, a liberdade continua sendo um ideal político, mas que deve ser acompanhada por outro princípio, a igualdade.

O pensamento liberal de princípios assevera que a liberdade ainda é um ideal político de grande importância, porém deve ser acompanhada de outro ideal político que seria a igualdade, ou seja, o indivíduo deve ter total liberdade para buscar seu plano de vida, porém o mesmo não pode esquecer que faz parte de uma comunidade e tem obrigações para com ela.

A igualdade e a liberdade permitem a existência do ativismo judicial ou judicialização da política, pois garantem, por meio de decisões judiciais, os Direitos necessários para que as pessoas possam adimplir seus planos de vida, quaisquer que sejam e por conseguinte baseado na visão dos liberais de princípios institui um modelo de Justiça Distributiva.

Cabe mencionar, que justiça distributiva que encontramos na concepção liberal de princípios, seria um modelo onde o Estado está obrigado a proporcionar ou disponibilizar a todos os membros da sociedade um mínimo de bem estar material, que são os Direitos Fundamentais que devem ser garantidos e realizados levando-se em conta as particularidades e preferências de cada indivíduo membro da sociedade, sendo que não se admite que ao Estado venha definir os destinatários de tais direitos, exceto pelas particularidades e preferências de cada membro da sociedade, nem nível de proteção que esteja fora da ideia de preservação da dignidade humana.

Dessa forma, ao Estado incumbe a obrigação de proporcionar e garantir o mínimo, considerado como direitos indispensáveis, como o são os direitos fundamentais, portanto será a coisa certa concretizar os direitos fundamentais. Conforme já trabalhamos anteriormente, a liberdade igualitária ou liberais de princípios não admite que um ser humano sobrepuje outro, condenando desigualdade que importem em prejuízos aos demais, ou seja, referida teoria assevera que deve ser levado em conta cada um dos indivíduos, como seres únicos e possuidores de um mínimo de direitos, isto é, todo indivíduo tem direito de receber o atendimento na saúde pública de tal forma a contemplar a sua necessidade individual.

Portanto, os dois ideais políticos (igualdade e liberdade) devem ser considerados relevantes também para fundamentar o ativismo judicial como solução para moratória ilimitada, e não podem ser considerados opostos e nem sacrificado em prol do outro, mas de igual valor, tendo em vista a sua indispensabilidade em face da existência de qualquer indivíduo. Não seria viável a um indivíduo o exercício ou fruição de uma vida boa em

ambiente onde inexistente igualdade, e, muito menos teremos igualdade em ambiente de falta de liberdades.

As necessidades humanas básicas são universais e inerentes ao ser humano, conforme citado no texto, sob pena de atentar contra a própria sobrevivência, assim a concepção de um mínimo existencial ou de necessidades humanas básicas deve estar fundada com a presença indispensável de todos os direitos de igualdade reconhecidos no conjunto de normas internacionais que tratam sobre os direitos fundamentais, nunca menos, pois estaríamos excluindo o que é essencial para dignidade do ser humano.

A moratória ilimitada que mencionamos, faz com que tenhamos exatamente a concessão de menos que o mínimo existencial ou a não satisfação das necessidades humanas básicas, isto é, não adiante respeitar a liberdade se a igualdade é desconsiderada, com a contínua insuficiência de leitos nos hospitais, habitual superlotação postos de atendimento de emergência, carência e distribuição desigual de profissionais da saúde no território nacional, ausência de remédios, portanto configura a negação da dignidade humana e violação dos Direitos Fundamentais, o que é inadmissível, pois respalda alegações contrárias como, por exemplo recursos financeiros escassos diante de necessidades infinitas.

Não há como concordar com o modelo de sociedade de controle, uma vez que estimula a predominância da moratória ilimitada da concretização dos direitos fundamentais, pois o direito à saúde está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental social e não há como admitir uma moratória ilimitada violadora da igualdade e por conseguinte da efetiva realização dos direitos fundamentais na saúde, pois de que adianta a previsão da Constituição Federal de direitos fundamentais à saúde se ficarmos procrastinando a sua efetiva concretização.

A saúde pública deve ser satisfatória em face da coletividade, e de tal forma a levar em consideração as necessidades individuais do ser humano, portanto o Estado deve empreender providências adequadas e suficientes para promoção e preservação da saúde de todos os membros da coletividade, mas também levando-se em conta a individualidade de cada membro da sociedade. Ocorre, que o próprio Poder Executivo e Legislativo reconhecem a precariedade da saúde, mas avocam o monopólio para solução do problema, não admitindo o ativismo judicial ou judicialização da política por parte do Poder Judiciário.

Imaginar que o Poder Judiciário não poderia ser um meio para concretizar efetivamente direitos fundamentais do indivíduo, sob alegação de abusos, implica em admitir a violação da dignidade humana e princípios da legalidade e da isonomia, ademais não se trata de um direito para elites que teriam condições de litigar judicialmente, pois também favorece

aos mais pobres, que não tendo condições de arcar com tratamento particular de preservação de sua saúde, poderá postular através do Poder Judiciário exatamente o tratamento que melhor seja adequado a sua necessidade.

O ativismo judicial ou judicialização da política pode ser considerada uma forma de dar um basta à discricionariedade estatal quanto à efetivação dos direitos fundamentais na saúde. Referida discricionariedade estatal em uma sociedade de controle, representa em outras palavras que a concretização dos direitos fundamentais na saúde nunca será realizada, isto é, uma verdadeira moratória ilimitada, pois não há um prazo, ou uma data para sua efetivação.

A conformação com a discricionariedade estatal corresponde a afirmação que o Poder Público, pode decidir na saúde pública, por exemplo, qual paciente deve receber gratuitamente determinado medicamento ou atendimento médico eficaz por conta de uma doença grave e quem deve morrer por não ter um remédio gratuito ou atendimento médico urgente para sua doença grave, alimentando ainda mais a moratória ilimitada de concretização de direitos fundamentais.

A discricionariedade estatal quanto aos direitos fundamentais resta como instrumento em favor da sociedade de controle e fomento da moratória ilimitada, pois não há previsão futura de quando vamos ter leitos hospitalares suficientes, setores de atendimento emergencial com capacidade proporcional a demanda, quantidade adequada de profissionais da saúde e medicamentos para a população.

Neste sentido, a teoria liberal igualitária defende as liberdades civis, direitos sociais e econômicos básicos (Direitos ao sistema de saúde, à educação, ao mercado de trabalho, à garantia de renda e outros) e para que os indivíduos possam buscar e alcançar os próprios objetivos é indispensável que o Poder Público garanta as condições materiais para uma verdadeira escolha livre, ou seja, tanto o Poder Executivo e Legislativo, mas também o Poder Judiciário por meio de suas decisões sobre direitos fundamentais constitui um instrumento para concretização dos direitos à saúde pública.

Conforme supramencionado, que o liberalismo igualitário ou liberalismo de princípios ou liberalismo Kantiano defende que o Estado tem o dever de oferecer a saúde plena aos indivíduos, ou seja, referida concepção teórica rechaça totalmente as posições contrárias que entendem que o Estado não tem obrigação de proporcionar saúde a todos.

Dessa forma, inaceitável o entendimento que não seja obrigatório ao Estado proporcionar o mínimo a cada indivíduo de forma efetiva e imediata, bem como de admitir que Estado venha proporcionar o mesmo para todos, em um nivelamento por baixo, o que em outras palavras resulta em negar o direito à saúde a cada um dos membros da sociedade.

Não estamos aqui defendendo o impossível, mas sim que a concepção teórica mais adequada para amparar a continuidade do ativismo judicial ou judicialização da política será encontrada com John Rawls na obra *Uma Teoria da justiça* (2008), e chamado de Justiça como equidade e com suporte da igualdade de recurso de Dworkin. A ideia de Justiça Distributiva tem o fundamento de que “alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos”.

Portanto, segundo discussão contida na pesquisa, para termos a verificação de um conceito de justiça distributiva, devemos constatar que os indivíduos têm um bem que merece respeito e não apenas a coletividade ou sociedade, sendo que são devidos aos indivíduos determinados direitos e proteções para preservação do aludido bem; em segundo lugar, alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo parte dos direitos e proteções que todos merecem; em terceiro lugar, o fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares; quarto lugar, a distribuição dessa parcela de bens é perfeitamente praticável ou realizável não se tratando de qualquer absurdo; quinto e último lugar, compete ao Estado e não somente aos indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.

Concretizar o direito fundamental à saúde consiste em garantir o mínimo para cada indivíduo, porém o mínimo no Brasil, não consiste em saúde plena, mas significa em uma saúde pública gratuita, porém precária, conforme denunciemos na pesquisa, assim concretizar efetivamente o direito fundamental implica a saúde plena, nos limites estabelecidos pelo conhecimento disponível, e, não menos.

Insta mencionar, que tudo em razão de que o ser humano é o centro das atenções, porém não significa que inexistem obrigações para com a comunidade, portanto determinadas referidas obrigações e também o que seria justo, o indivíduo deve ser considerado livre para planejar sua própria vida.

Assim, deve ser definida a igualdade de recursos como a igualdade de todos os recursos que os indivíduos possam reter de forma privativa, assim faz sentido do ponto de vista prático, quando considerarmos que se trata de uma teoria que pretende a distribuição de todos os recursos (bens e oportunidades).

Saliente-se, e de extrema importância compreender que referida igualdade de recursos tem maior possibilidade de ser aplicada, levando-se em conta um modelo de justiça distributiva, inserida em sistema capitalista adotado na maioria dos países do mundo e adotado no Brasil, e, preservando ao essencial para os liberais, que seria a liberdade de escolhas.

Por fim, asseveramos que a medida da efetiva realização dos Direitos Fundamentais, conforme supramencionado, significa que deve ser realizado tudo o que for necessário para que cada indivíduo tenha condições de dar início a realização de ações necessárias ao seu plano de vida, ou seja, é a plena realização dos direitos fundamentais também através do ativismo judicial, levando-se em conta as particularidades de cada indivíduo, portanto quando falamos dos serviços da saúde pública, resta evidente que não se trata de um mínimo de saúde ou uma saúde precária, mas uma saúde plena, no limite que for possível, levando-se em conta o conhecimento científico disponível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid-Espanha: Trotta, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 19 tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. TCU. **Relatório sistêmico de fiscalização da saúde - FISCOSAÚDE**. Disponível em:

<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região - Suplemento Especial Comemorativo**. Belém, v. 41, n. 81, jul.-dez./2008.

_____. **Dworkin e a igualdade de recursos**. 2013. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/purateoriadodireito/palestra-dworkin-e-a-igualdade-de-recursos>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. Direito Fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **Revista A Leitura/ Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**, Belém, v. 5, n. 9, nov/2012.

_____. **Ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, dez/2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200003>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto (org.). **O legado da Declaração Universal dos**

Direitos Humanos e sua trajetória ao longo das últimas décadas (1948-2008). Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 13. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DELEUZE, Gilles. **Conversações.** Trad. Peter Pál Pelbart. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. O direito à satisfação das necessidades. Trad. Álvaro de Vita. **Revista de Cultura e Política.** São Paulo: Lua Nova, n. 33, 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200008>.

Acesso em: 27 jul. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Justiça para Ouriços.** Coimbra-Portugal: Almedina, 2012.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve historia da Justiça Distributiva.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1996.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista Cuestiones Constitucionales**, n. 9, 2003.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política.** Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GILANI, Paulo Rogério. **Caros amigos - a primeira à esquerda.** São Paulo, Ano XVII, n. 195, jun./2013.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de Direito Previdenciário.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 17. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** 2. ed. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KILLANDER, Magnus. Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo: Conectas, v. 7, n. 13, dez/2010.

- KYMLICKA, Will. **Filosofia contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. 4. reimp. São Paulo: Schwarcz, 2013.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social - custeio da Seguridade Social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social e saúde**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo Judicial na promoção dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2013.
- NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, Maria Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose-Costa Rica: Editorama S.A, 2008.
- PINHEIRO, Bruna. **Estado gasta R\$ 200 milhões para atender com decisões judiciais**. Disponível em: <<http://www.midianews.com.br/conteudo.php?sid=3&cid=186679>>. Acesso em: 27 jul. 2015.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derechos Humanos: una introducción a su naturaliza y a su historia**. Buenos Aires-Argentina: Quorum, 2007.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAWLS, John. **O Direito dos Povos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RIBEIRO, Bruno Quiquinato. **A Dignidade da Pessoa Humana em Immanuel Kant**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>>. Acesso em: 26 jun. 2015
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 2. ed. São Paulo:

Saraiva, 2012.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização:** do pensamento único a consciência universal. 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo: Schwarcz S.A, 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário** – regime geral de Previdência Social e regras constitucionais dos regimes próprios de Previdência Social. 13. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2012.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das Políticas Públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade.** Disponível em: <http://www.fit.br/home/link/texto/politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

TILLY, Chales. **Democracia.** Petrópolis-RJ: Vozes, 2013.

TODOROV, Tzevetan. **Os inimigos íntimos da democracia.** Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VELOSO DIAS, Bárbara. **Behemoth ou Leviatã:** quem deve ter poder para tomar decisões? Direito e Democracia: Estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011.

VIANNA, Túlio. **Transparência pública, opacidade privada:** o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social** - custeio e benefícios. São Paulo: LTr, 2008.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAMBITE, Fábio. **Curso de Direito Previdenciário.** Niterói-RJ: Impetus, 2014.

Revista em dvd. DVD-Magister nº 57 AGOSTO/SETEMBRO DE 2014.