

Universidade Federal do Pará – UFPA
Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ
Programa de Pós-Graduação em Direito

BEATRIZ FERREIRA DOS REIS

**A JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA E A APLICABILIDADE DO DIREITO À
SAÚDE NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO**

BELÉM – PA

2012

BEATRIZ FERREIRA DOS REIS

**A JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA E A APLICABILIDADE DO DIREITO À
SAÚDE NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Processo Coletivo e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes

Belém – PA

2012

BEATRIZ FERREIRA DOS REIS

**A JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA E A APLICABILIDADE DO DIREITO À
SAÚDE NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Processo Coletivo e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Gisele Santos Fernandes.

Banca Examinadora

Professora Doutora Gisele Santos Fernandes Góes
Orientador

Professor Doutor José Henrique Mouta Araújo (UNAMA)

Professora Doutora Rosalina M. Pinto da Costa (UFPA)

Apresentado em: 14/06/2012.

Conceito: _____

Belém – PA

2012

Este trabalho é dedicado aos amados Professores
Acácio e Isabel Reis,
Mestres pelo Amor e pela Fé,
Exemplos de retidão, humildade e generosidade.

AGRADECIMENTOS

Todo trabalho, melhor dizendo, **toda caminhada**, depende de apoio e estímulo de várias pessoas. Esta não foge à regra. Por isso, é dever, é justo, é necessário, eu quero – e me faz verdadeiramente feliz – testemunhar minha gratidão.

– A Deus, pelo Amor que educa;

– Aos meus pais, exemplos de amor, gratidão e fé – em Deus, nas pessoas e na vida –, pela generosidade com que me oportunizaram trilhar meu próprio caminho intelectual, espiritual e emocional;

– À minha generosa e delicada Orientadora, Professora Gisele Góes, não somente pela honra do convívio intelectual, mas, por se revelar no trato diário, Mestre pelo saber e pelo desejo de ensinar o que sabe;

– Ao Professor Henrique Mouta, a quem agradeço penhoradamente e de maneira muito especial pela leitura atenta e intervenções necessárias, além de ser em minha formação, minha inspiração ao amor-dever de compartilhar conhecimento;

– À minha “amiga da guarda”, Carolina, por amorosamente me resgatar da “terceira margem do rio”;

– Aos anjos do PPGD, Professora Eliane Moreira, Professora Rosalina Costa, Gabi e Silvia, pela presença solidária e amiga em minha caminhada;

– À minha irmã Luciana, pelo estímulo. No “devagar depressa” destes dois anos, ela sempre me lembrou do quanto este projeto é essencial para a construção do que eu sou e do que me faz verdadeiramente feliz;

– Aos demais familiares e amigos, aos queridos alunos, aos extraordinários professores e aos tolerantes companheiros de trabalho, que reúno sob a rubrica AFETOS, por enriquecerem minha vida com amor, fé e a gratidão.

“A vida de um homem toca tantas outras vidas”.

A felicidade não se compra - *It's a Wonderful Life* (*original title*) – filme produzido e dirigido por Frank Capra (1946)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar abordagem teórica sobre o instituto da jurisdição na efetivação judicial do direito à saúde. Para tanto abordará a influência do princípio democrático e do valor justiça na construção de um conceito contemporâneo de processo e delimitação de seus fins. Partindo do pressuposto que a Constituição eleva a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental da República, concluir-se-á pelo direito à saúde como essencial para uma existência digna. A seguir, reconhecida a dupla dimensão do direito à saúde – formal e material – concluir-se-á pela sua justiciabilidade. Realizar-se-á uma abordagem sobre a influência dos princípios constitucionais de justiça na construção de um conceito moderno de jurisdição, reconhecendo à jurisdição o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos. Destacando a essencialidade do contraditório para a concretização da promessa constitucional de acesso à justiça, realizar-se-á uma análise dos aspectos processuais da efetivação judicial do direito à saúde.

Palavras-Chave: Constitucionalismo. Acesso à Justiça. Formalismo-valorativo. Procedimento em Contraditório. Democracia. Direito à Saúde. Jurisdição. Jurisdição Constitucional. Processo Coletivo.

ABSTRACT

The present work aims to make theoretical approach on the institution of judicial jurisdiction in the realization of the right to health. To address both the influence of the democratic principle and the value of justice in the construction of a contemporary concept of process and delineation of its purposes. Assuming that the Constitution elevates the dignity of human beings to the level of principle founding of the Republic, will be held the right to health as essential to a dignified existence. The following recognize the double dimension of the right to health - formal and material - will be completed by their justiciability. Performing will be a discussion of the influence of the constitutional principles of justice in the construction of a modern concept of jurisdiction, the jurisdiction recognizing a duty to enforce the law in the dimension of fundamental rights, always making the purchase of substantial amounts contained therein. Highlighting the essence of the adversarial to the achievement of the constitutional promise of access to justice, will conduct an analysis of the procedural aspects of the effectiveness of the legal right to health.

Key Words: Constitutionalism. Access to Justice. Formalism-evaluative. Contradictory Procedure. Democracy. Jurisdiction. Constitutional Jurisdiction. Constitutional. Right to Health. Collective Process.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	10
1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS DO NEOPROCESSUALISMO	18
2.1 A Influência do Contexto Cultural sobre as Teorias Do Processo	18
2.2 Considerações sobre a Influência do Modelo Neopositivista na Teoria do Processo	33
3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE	40
3.1 Os Direitos Fundamentais no Âmbito do Estado Constitucional	40
3.2 Os Direitos Sociais	48
3.3 O Direito Social Prestacional à Saúde no Contexto Constitucional de 1988	56
4 A JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA E A APLICABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE.	67
4.1 Considerações sobre a Influência do Modelo Positivista e dos Valores do Estado Liberal de Direito nos Conceitos Chiovendiano e Carneluttiano de Jurisdição	67
4.2 Considerações sobre a Influência do Modelo Positivista e dos Valores do Estado Democrático de Direito no Conceito Contemporâneo de Jurisdição	75
4.3 Aspectos processuais da Efetivação do Direito à Saúde	87
5 CONCLUSÃO	107
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109

ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Ag – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

LACP – Lei de Ação Civil Pública

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SIDA/AIDS – Síndrome da imunodeficiência adquirida

SUS – Sistema Único de Saúde

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

HIV – Vírus da imunodeficiência humana

1 INTRODUÇÃO

Até ser substituído em muitos ordenamentos jurídicos da modernidade pelo modelo positivista, o modelo jusnaturalista, desde o período clássico, dominou o pensamento jurídico.

Suas concepções sobre o Direito Natural e a importância da moral no conceito de direito sempre estiveram presentes no debate jurídico, apresentando-se como eterno ponto de antagonismo em relação ao modelo positivista¹.

Sob a égide do modelo positivista de pensamento jurídico, qualquer menção ao pensamento jusnaturalista tendeu preconceituosamente a associá-lo a ideias românticas e utópicas, sem nenhuma utilidade prática, ou a classificá-lo como doutrina de menor importância na história do pensamento jurídico.

Ocorre que, contemporaneamente, o aparecimento de sistemas constitucionais que abrigam uma série de normas materiais de justiça acabou por reacender os debates, próprios da concepção jusnaturalista, sobre a relação entre o direito e moral, e ainda, sobre a existência de fonte do direito estranha ao ordenamento jurídico positivo.

No modelo jusnaturalista, ressaltava-se a existência de ordem natural, coexistente e superior à ordem positiva. Na Idade média, tal ordem é considerada superior por ser fundada na própria vontade de Deus² e por este participada à razão humana³. No pensamento medieval há aceitação indiscriminada do Jusnaturalismo em todas as suas versões – tanto fundada num racionalismo, como a fundada na

¹ É importante antes de qualquer coisa ter em mente que o direito, natural e o positivo, não são considerados espécies diferentes no que concerne à sua qualidade ou qualificação, e sim quanto à hierarquia da lei positiva. Neste sentido, Javier Dorado Porrás: “El iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural. (DORADO PORRAS, Javier. **Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del positivismo**, p. 54 Apud MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011., p. 53.

² Outro ponto que se destaca na relação entre direito natural e sua fonte teológica, e que importa aos direitos fundamentais contemporâneo, é o tratamento embrionário dado ao conceito de dignidade da pessoa humana. Inegável é a contribuição do Cristianismo ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, eis que a doutrina cristã defende a importância de cada indivíduo, bem como a necessidade de ajuda aos necessitados. Ou seja, não se pode negar a importância da metafísica teológica na teoria do direito natural, eis que possibilitava defender a existência de uma determinada ascendência de alguns conteúdos materiais revelados pela tradição religiosa. itados, em uma lei atemporal e sem limite territorial, que é a Bíblia.

³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p.25.

vontade divina – sem consciência da recíproca incompatibilidade existente entre elas.

Observe-se que em hipótese alguma é negada a existência de um ordenamento jurídico positivo. O direito natural condiciona o direito positivo, servindo como parâmetro de validade para o direito positivo.

Merece destaque, na concepção jusnaturalista, à costumeira identificação do direito natural como sinônimo de moral correta. Por ter dominado o cenário jurídico por um período incomparavelmente superior à concepção positivista, revelam-se diversas as várias concepções do direito natural⁴. Contudo, uma teoria que tenha a pretensão de ser classificada como jusnaturalista, tem necessariamente como pressuposto, a existência de um direito natural autônomo daquele instituído pelas normas estabelecidas pelo Estado, que tem validade por si mesmo, ocupando posição anterior e hierarquicamente superior ao posto pelo Estado, com conteúdos materiais definidos.

Observa-se, portanto, a existência de normas fundamentais, recepcionadas como condição de validade para as normas formuladas mediante acordo social pelo poder político, que funcionarão como instrumento de correção ética e de conformação das normas que lhes são inferiores⁵. A concepção de direito jusnaturalista dedica especial atenção a problema de qual conteúdo que deve ter o direito, preocupando-se com o condicionamento do direito à moral⁶.

Com o propósito de aplicar ao estudo da moral as mais refinadas técnicas da razão e universalizando os princípios da conduta humana, os teóricos do jusnaturalismo moderno observaram a existência de algumas leis estáveis, perpétuas e imutáveis, que eles chamam de naturais e são impressas no gênero humano pela condição de sua própria existência, independente de vontade,

⁴ No jusnaturalismo clássico, entre as variações que merecem destaque, é possível mencionar, por exemplo, as que se referem à origem da lei natural. As primeiras manifestações de jusnaturalismo se dão na antiga Grécia, onde a figura de Antígona, na tragédia homônima de Sófocles, recusa-se a obedecer às ordens do rei, porque julga que, sendo ordens da autoridade política, não podem sobrepor-se às eternas, às dos deuses.

⁵ BOBBIO, 1995, p. 27.

⁶ O modelo neoconstitucionalista, por propor a afirmação do caráter normativo da constituição, a existência de Tribunais Constitucionais capazes de fazer juízos de adequação material das leis e, principalmente, a presença de um catálogo de direitos fundamentais normalmente previstos sob a forma de princípios, fortaleceu as críticas ao modelo positivista.

substituindo a justificativa teológica para a existência de direitos naturais por uma justificativa racional⁷.

Não é ocioso ressaltar que a contribuição de tal concepção jusnaturalista (racional) é de singular valor para a doutrina moderna dos direitos fundamentais, compreendidos como prerrogativas inerentes ao sujeito, prévios à sua vida social, e necessários para existência digna do homem, atuando como premissa mínima à própria vida. Na síntese de Peces-Barba, direitos naturais são:

derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al Derecho positivo. Son producto de la razón y presentes en la naturaleza humana. Tienen un carácter abstracto, afectan al ser humano genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del Derecho natural sobre el positivo. Al deducirse de un sistema jurídico, natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad en la historia no es tenida en cuenta en su configuración⁸.

Cumprе necessário fazer algumas considerações sobre o porquê, como e quando ocorreu a passagem do modelo jusnaturalista ao juspositivista, que dominou todo o século passado e domina em grande parte até agora.

Na concepção de Norberto Bobbio, o positivismo jurídico nasce quando o Direito Natural e o Direito Positivo deixam de ser considerados como direito num mesmo sentido, sendo considerado direito em sentido estrito somente o positivado pelo órgão competente⁹.

A transição entre o jusnaturalismo e o juspositivismo é uma transição cultural, verdadeiro imperativo dos ideais racionalizadores iluministas. Com a formação do Estado moderno, há a concentração nesta figura de todos os poderes, inclusive e principalmente o de criar o direito.

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como

⁷ Importante ressaltar que essa eliminação da vontade constitui um primeiro passo na direção da evolução da ciência jurídica e do conceito de direito, na medida em que busca, apoiado na razão e no discernimento, uma neutralidade que somente a ciência pode conferir. Ademais, a concepção sobre a ausência de vontade no que se refere à aplicação dos direitos naturais tem, no pensamento neoconstitucionalista, um viés muito interessante a ser observado na aplicação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário. De todos os poderes de Estado, o Judiciário é o único poder que tem suas atuações pautadas somente na racionalidade e no discernimento, não havendo em sua atuação qualquer atuação volitiva! Deste modo, a efetivação dos direitos das minorias parece melhor justificada quando realizada pelo judiciário.

⁸ PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **Lecciones de Derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 51.

⁹ BOBBIO, 1995, p. 26 e ss.

fundamento para a sua imposição¹⁰. Num momento de afirmação da burguesia, imediatamente após depor o imprevisível e arbitrário regime absolutista, a legalidade atua como garantia da liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, pois retira a possibilidade de manipulação pessoal do juiz e dos litigantes sobre o processo.

Nesse sentido, é lícito afirmar que “o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar”¹¹. O direito, antes encontrado também fora do direito positivo – costume, jurisprudência, equidade etc. –, passa a ser encontrado exclusivamente nas normas emanadas do órgão legislativo.

O princípio da legalidade acabou por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade independe da identificação de seu conteúdo com princípios materiais de justiça¹².

Em verdade, os ideais racionalizadores¹³ do iluminismo contribuíram para que se assentasse a ideia de que era possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e por isso estabelecer uma univocidade a todos os atos administrativos e a todas as decisões judiciais.

Na busca por segurança, a sociedade liberal burguesa buscava no direito uma forma de proteção não somente contra a fluidez hermenêutica do direito natural, mas também contra o próprio Estado. Utilizando-se da exata determinação do âmbito jurídico e na certeza sobre o conteúdo ou não do direito, a sociedade liberal procura imprimir o valor da segurança jurídica a todas as relações alcançadas pelo direito. Para realizar o valor segurança e suas dimensões de certeza e

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

¹¹ *Ibidem*, p. 26.

¹² Esta identificação entre direito e suas fontes oficiais se deve em grande medida ao pensamento de Thomas Hobbes. A partir do século XVII, as fontes do direito atuam como forma de unificar os sistemas jurídicos, acompanhado do intento de unificação de vários Estados da Europa. O direito serviria também como instrumento de unificação política, exercendo grande influência a ideia de lei como instrumento unificador da vontade popular e da vontade estatal.

¹³ Encontraram seu ápice no Código Civil de Napoleão, de 1804, que buscava assentar o direito em bases seguras e unitárias, procurando distanciar-se do caos normativo do *Ancien Régime*. Fundada em uma hipotética razão universal, consagrou o princípio da igualdade, abolindo privilégios estamentais, contudo, a codificação foi o germe do positivismo jurídico, baseado no princípio de que o Código deve ser o mais completo possível, para que fosse deixada ao intérprete a menor liberdade possível. (CAMBI, Eduardo. **Neonconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.80)

previsibilidade, os positivistas assumiram a tarefa de construir um conceito de direito imune à incerteza do pluralismo axiológico e da imprevisibilidade do arbítrio estatal¹⁴.

No modelo positivista, diante do dogma de que o ordenamento jurídico é completo, sem lacunas, antinomias e ambiguidades, a atividade de interpretação da norma é mecânica, consistindo mera declaração de direito, tendo em vista que para todos os casos apresentado há uma regra jurídica. O juiz aplica a lei.

A jurisdição é atividade plenamente vinculada à lei, compreendida como expressão da vontade geral, integrada em um ordenamento jurídico pleno. Quem exercer é o juiz “boca da lei”, que depois de raciocinar, concretiza a norma já existente, declarando-a. As sentenças deverão, necessariamente, ser fiéis à lei que preexiste ao processo.

Sob o influxo destas ideias, congregando as opiniões de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, com maior ou menor variação, a jurisdição passa a ser compreendida como uma atividade substitutiva do juiz, cujo objeto é a eliminação de uma lide com força de coisa julgada em uma atividade plenamente vinculada à lei¹⁵.

Diante dos horrores institucionalizados nos regimes totalitários, restou evidenciado que a lei, tomada em condição absoluta, é perversa, capaz de assumir forma de mandato arbitrário que constrói e reforça sistemas de domínio incontrolados e que priva os indivíduos de direitos elementares.

A comunidade internacional, após profunda reflexão, toma como necessária a tarefa de resgatar a substância da lei e, mais que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação com os princípios de justiça.

Neste diapasão, há no período pós-segunda guerra, o nascimento de um novo constitucionalismo em que a constituição sofre uma releitura, passando a ser concebida a partir de uma estrutura normativa de princípios e regras – formais e substanciais –, compreendida como ordem fundamental em sentido quantitativo e qualitativo. As constituições que seguiram a Segunda Guerra Mundial instituíram uma série de princípios materiais de justiça.

¹⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 18 e ss.

¹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75.

Os direitos fundamentais são incluídos nas constituições, e passam a formar um consenso mínimo, oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder. Além disso, passam a constituir elementos valorativos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, descrevendo exigências indispensáveis ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática.

No novo modelo constitucionalista, à Constituição é conferida centralidade, e ao Poder Judiciário, primazia na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. É conferida maior dignidade e responsabilidade à jurisdição, já que dela se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.

Uma compreensão crítica da lei em face da Constituição faz da função jurisdicional, entendida como meio pelo qual os direitos e garantias constitucionais concretizados no ato criativo do juiz, instrumento determinante para a persecução de uma identidade democrática do Estado.

O juiz passa a ser visto como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, de sorte que a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário. Em tal ambiente cultural, o processo vai dominado pelos valores constitucionais e pela consciência de que o processo é um instrumento ético, que tem por fim último a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso concreto.

E caminhar em prol da verdadeira justiça substancial significa instaurar a campanha da efetividade no processo, materializada por um processo que disponha de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema.

O presente trabalho tem como objetivo provocar reflexão sobre o papel da jurisdição na aplicabilidade do direito à saúde à luz do sistema jurídico processual brasileiro.

Para tanto, num primeiro momento, é realizada uma abordagem geral do processo civil contemporâneo, aquilatando de um modo geral que o direito processual civil recebe os influxos tanto do ambiente cultural, quanto do constitucionalismo contemporâneo – esse em si mesmo fruto do primeiro.

Logo em seguida, já devidamente redimensionada as características fundamentais do processo civil contemporâneo, toca conformar à luz do constitucionalismo contemporâneo o papel e modo de aplicação dos direitos fundamentais, e de modo mais particular e útil os fins que o mesmo se propõe, do direito prestacional à saúde.

Como não se pode deixar de enfrentar o conceito de jurisdição na perspectiva do Processo Civil brasileiro contemporâneo, num terceiro momento, tercem-se considerações gerais sobre a influência do modelo positivista na construção do conceito tradicional de jurisdição.

Ao fim, partindo da já afirmada perspectiva do culturalismo e do neoconstitucionalismo (e de sua consequência filosófica), o instituto da jurisdição é redimensionado como poder cujo exercício se amarra à conformidade com os limites e objetivos postos na Constituição.

No marco do que seria uma constitucionalização do Direito Processual, ganha destaque a preocupação quanto aos instrumentos processuais hábeis a assegurar a efetividade das normas constitucionais e sobre os melhores instrumentos processuais para garantia dos direitos fundamentais. Por esta razão, conclusivamente, cuida o trabalho dos aspectos processuais da efetivação judicial do direito fundamental à saúde.

Destaca-se na efetivação do mencionado direito fundamental, sem prejuízo das demandas individuais, a adequação das ações coletivas nas demandas que veiculem a distribuição de bens dentro da sociedade, eis que a solução produzida será aplicável em caráter geral.

As ações coletivas, além de evitar distorções que os processos individuais podem gerar, livram o Judiciário e também os próprios Poderes Públicos de uma sobrecarga desnecessária, e revelam-se cenário bem mais adequado ao pleno desenvolvimento da garantia do contraditório, compreendido à luz do processo civil contemporâneo como instrumento para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que impõe deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio tanto para as partes como para o órgão jurisdicional.

2 ASPECTOS GERAIS DO NEOPROCESSUALISMO

2.1. A Influência do Contexto Cultural sobre as Teorias do Processo.

Ganha horizontes cada vez mais largos, afirmar-se que o direito encontra-se imbricado com a experiência e a cultura de um povo¹⁶. Nesta senda, falar de cultura é falar em valores, historicamente contextualizados, frutos da experiência, que informam e moldam o direito.

Embora assevere Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, que “diversamente dos outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através da longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais”¹⁷, e que “um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão a conquista de valor universal”¹⁸, suas assertivas acabam por ressoar o espírito de toda uma época: o processualismo científico, desenvolvido sob a ideia central do processo como fenômeno técnico, independente de fatores culturais¹⁹.

Como esta não parece ser a melhor forma de compreender o tema, faz-se necessário explorar o caráter histórico-cultural do processo. Inequivocadamente, o direito processual civil contém uma estruturação técnica, contudo, essa constatação não elide o caráter cultural do processo.

A relação entre direito e cultura torna-se ainda mais evidente se procurarmos evidenciá-la a propósito do direito processual civil, ramo do direito mais rente à vida. No processo, conforme lecionou Galeno Lacerda “se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos,

¹⁶ Em termos gerais: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo jurídico no Brasil**: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92; MITIDIERO, 2005, p.12; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.24. Não é ocioso trazer à baila, que a identificação de que existe uma relação entre o Direito e a cultura não é tão atual como parece. Miguel Reale advertia quanto à necessidade de uma interpretação verdadeiramente cultural da ordem jurídica, com atenção aos valores inerentes aos juízos contidos nas normas e a serem levados em conta sempre que se pretenda avaliar um fato relevante para o julgamento. (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, *passim*.)

¹⁷ Exposição de motivos do Código de Processo Civil, Capítulo III.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MITIDIERO, 2009, p.24.

fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento”, refletindo “toda uma cultura, considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam uma determinada época de uma sociedade”²⁰.

No mister de explorar o caráter cultural do processo, é possível observar pressupostos que remetem a três modelos processuais: praxismo, processualismo, e neoprocessualismo.

O praxismo corresponde à pré-história do direito processual.

Nesse modelo, encara-se o direito como um fenômeno unitário, sem que se assinalasse a diferença entre o plano do direito material e o plano do direito processual. A relação entre o direito e o processo pode ser bem sintetizada na fórmula da *actio* romana: o direito subjetivo violado fazia surgir ação processual. A “ação” apresentava-se como mero apêndice do direito material.

A postura metodológica que informava esse modelo era a sincrética, com o que se oferecia corrente a caracterização do direito processual civil como direito adjetivo, pois que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo. Em razão dessa total subordinação em relação ao direito material, tinha o processo tão somente como escopo a realização de direitos subjetivos²¹.

A racionalidade que informava o processo era prática, realidade da experiência perante os juízos e tribunais, visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos, concebido como procedimento, sem nada dizer sobre a relação jurídica que existe entre os sujeitos²². O processo é visto enquanto uma série de atos coordenados praticados pelas partes e pelo juiz, do primeiro ao último, cujas normas disciplinadoras constituem o Direito Processual²³. O sentido

²⁰ LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. **Revista de direito processual civil**, São Paulo, n. 75, p. 74-86, 1962 Apud MITIDIERO, 2005, p. 13.

²¹ No modelo praxista, o processo não possui autonomia científica. O termo “processo” nem ao menos é utilizado, sendo este encarado como mero procedimento. Abordando as principais teorias sobre a natureza jurídica do processo, ensina Leonardo Santana de Abreu que na teoria do processo como *procedimento*, parte-se da premissa que a ideia de que não há como desvincular a o procedimento do processo. Isso porque, independente da concepção de processo que se adote ou do modo como se compreende suas relações com o direito material, a ideia de procedimento é ínsita à própria noção de processo, na medida em que este se apresenta como uma série de atos praticados entre os sujeitos, coordenados a um determinado fim. Neste sentido, leciona: “A noção do processo envolve o desenvolvimento da atividade necessária à formação do provimento jurisdicional, cujo modo é determinado pelo procedimento. É a via que o juiz e as partes percorrem para que seja prestada a tutela jurisdicional”(ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, ação e tutela jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.44-46).

²² DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. T. I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 260.

²³ ABREU, 2011, p. 46.

ético do jurídico, com seu inexorável apelo a valores, participava de maneira bastante íntima dessa visão de mundo. “O direito, enquanto tal, só poderia visar o justo”²⁴.

Com o propósito de aplicar ao estudo da moral as mais refinadas técnicas da razão, a partir do século XVII, sob a égide do ideal iluminista, fixa-se o paradigma científico da modernidade, sendo possível identificar uma grande preocupação por parte dos teóricos em fazer do direito uma ciência autônoma, livre de qualquer elemento externo, inclusive da própria vontade estatal. Surge a necessidade de criar uma teoria “pura” do direito.

Tal empresa era assentada na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões do Estado.

Em tal contexto, faz-se necessária a separação do direito da moral sob a justificativa de que uma norma jurídica de conteúdo moral pode gerar antagonismos injustificáveis, conforme asseverou Hans Kelsen²⁵. Nessa quadra, o direito vai adquirindo uma feição cada vez mais técnica, eliminando-se do conceito de direito a dependência de qualquer elemento indeterminado, moral ou relativo²⁶.

Não por acaso, nesse ambiente cultural, o modelo praxista é suplantado pelo modelo processualista, também denominado “conceitualista” ou “autonomista”. Como “ano de nascimento” desse modelo, podemos apontar o ano de 1868, com a edição da obra em que Oskar Von Bülow proclama em termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica diferente da relação jurídico-material, conduzindo às primeiras afirmações do direito processual como ciência.

Nesse período, o processo ganha autonomia em relação ao direito material, sendo desenvolvidos os conceitos de jurisdição, processo, ação, entre outros²⁷. O processo passa a ser entendido como uma relação processual abstrata,

²⁴ MITIDIERO, 2005, p. 18.

²⁵ “Vários sistemas de moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos; e que uma ordem jurídica positiva pode muito bem corresponder – no seu conjunto – às concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida – e, efetivamente, verifica-se em regra essa correspondência – e contrariar ao mesmo tempo as concepções morais de um outro grupo ou camada da população.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 131)

²⁶ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Brasília: Brasiliense, 1986, *passim*.

²⁷ DINAMARCO, 2010, p. 262.

um vínculo que liga os sujeitos do processo; a ação ganha centralidade nas discussões; e a jurisdição consolida-se como um poder estatal, à mercê da consecução dos interesses estatais²⁸.

Conferindo realce a duas situações distintas, uma de direito material, que se discute no processo; e uma de direito processual – *relación jurídica pública* –, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela, afirma Bülow:

El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal esta en un constante movimiento y transformación²⁹.

Sistematizando a relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas, Bülow não escapou do conceitualismo ou do cientificismo axiologicamente neutro, descomprometido com a história.

A pretexto da autonomia científica, direito material e o direito processual são duas realidades que não dialogam, o processo deixa de ser compreendido como continuação do direito material (ou a este subordinado) e alça máxima abstração.

Se, de um lado, o direito processual civil ganha em precisão e refinamento, de outro, resta fragilizado pelo caráter geral-abstrato do conceito de relação jurídica, que neutraliza a substância da própria relação em vida, permitindo a construção de uma ciência processual imersa em si mesma, abstraída da realidade do direito material e da vida dos homens. A absoluta separação do direito material e do direito processual acabou comprometendo a finalidade do processo: servir à realização do direito material com justiça. Nesse sentido assevera Luiz Guilherme Marinoni:

²⁸ MITIDIERO, 2005, p. 69.

²⁹ BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1964, p.2.

No mais, o esquema da relação jurídica processual – cuja figura central é a jurisdição –, ao desprezar a realidade concreta dos seus sujeitos, pode acolher qualquer forma de exercício do poder. Ou seja, a abstração e neutralidade do conceito de relação jurídica processual é suficiente para esconder qualquer vontade estatal³⁰.

O modelo processualista teve como principal intento a tecnização do direito e a despolitização de seus operadores, reduzidos à condição de verdadeiros tecnocratas, totalmente alheios a valores e sua intencionalidade operacional. Resta, portanto, caracterizada uma fuga da realidade social.

No período do processualismo a relação entre direito subjetivo e a ação polariza o relacionamento entre os planos do direito material e do direito processual. Afastam-se, num primeiro momento, os dois planos: o processo, embora sirva para a aplicação do direito material, não teria qualquer compromisso em atentar às especificidades da situação jurídica material de vantagem em causa, dada a sua autonomia científica³¹.

Como o direito não pertence à cultura, e pode ser teorizado no modelo epistemológico das ciências exatas, então nada mais coerente que o método empírico seja substituído pelo científico, e que a racionalidade jurídica, no modelo processualista se identifique a uma racionalidade teórica, do tipo positivo, apta a retirar do processo o problema da justiça.

O modelo processualista, não se pode perder de vista, é reflexo no âmbito da ciência processual do modelo filosófico juspositivista, que compreende haver (e ser necessário) uma neutralidade ética da lei e do direito, e estabelece como paradigma de validade tão somente o aspecto formal do direito, caracterizada pela confiança cega na lei e no “método democrático”³² de tomada de decisão.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil no estado constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 509-539.

³¹ MITIDIERO, 2005, p. 69.

³² Para melhor esclarecer, se faz necessário fazer a distinção entre a democracia representativa e a democracia participativa. A representatividade, garantida pela regra de maioria, sozinha, não é capaz de realizar o autêntico ideário democrático, aspirado para a realização de uma sociedade justa e ineludivelmente solidária. No cenário político que se desenvolveu o modelo processualista – fruto dos ideários pós-Revolução Francesa, base do pensamento iluminista-montesquiano, criador da democracia representativa –, a ideia de democracia desenvolvida é teleologicamente formal. Quando o poder absoluto do rei foi repudiado, a burguesia buscou na democracia representativa, seu próprio instrumento racional de legitimidade, e o fez através da utilização do povo para validar suas ações. Difundiu-se a ideia de que como concretamente não era possível a tomada de decisão por todos os indivíduos da sociedade, a representação dessas pessoas por outras legitimamente eleitas, era suficiente a garantir a participação nas tomadas de decisão do ente estatal. Desse modo, no pensamento moderno liberal, a democracia encontra-se plenamente efetivada pela representação do povo por pessoas legitimamente eleitas através de uma regra de maioria. Neste sentido: RIBEIRO,

Nesse contexto, a relação jurídica se desenvolveria a partir de um módulo legal elaborado a partir da vontade suprema do parlamento ou do princípio da supremacia da lei, sem qualquer preocupação valorativa em relação às partes, legitimidade do procedimento ou da decisão, preocupado, contudo, com o cumprimento das formalidades processuais.

É preciso ter em mente que o formalismo processual desenvolvido nesse período, contém a ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento, num momento de afirmação da burguesia imediatamente após depor o imprevisível e arbitrário regime absolutista. Ou seja, o formalismo, corolário da legalidade, atua como garantia da liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, pois retira a possibilidade de manipulação pessoal do juiz e dos litigantes sobre o processo.

A postura metodológica cientificista pode ser justificada como necessária, em certa medida era, contudo, incorria no grave equívoco de ver o processo como medida de todas as coisas, e a forma prevalecendo sobre o fundo, em detrimento de valores de justiça.

A teoria da relação jurídica embora ambicionasse a construção de uma ciência “pura” e, embora aspire à neutralidade, mostrou-se um veículo confortável e seguro para difusão da individualista ideologia burguesa. Como a história se encarregou de mostrar, a abstração e a neutralidade do processo e da forma são suficientes para esconder qualquer vontade estatal, servindo de carapuça para qualquer intenção política.

Evitando entrar em contato com complicações que somente resultarão em dispersão, cumpre salientar de modo muito geral que a separação entre direito e valores de justiça pode funcionar como chave explicativa da lógica dos Estados totalitários, pois a vida jurídica na concepção kelseniana prescindia completamente de juízo ético, sendo suficiente para auferir a uma lei a qualidade de justa tão somente a regularidade formal³³.

Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95-101.

³³ Para Hans Kelsen faz-se necessária separação do direito da moral porque uma norma jurídica de conteúdo moral pode gerar antagonismos injustificáveis. Nessa esteira ensina o jurista austríaco que é possível observar “vários sistemas de moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagonicos; e que uma ordem jurídica positiva pode muito bem corresponder – no seu conjunto – às concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida – e, efetivamente, verifica-se em regra essa

Diante dos eventos traumatizantes, como o holocausto nazista, por exemplo, restou demonstrado que a lei, quando esvaziada de conteúdo ético (valor), pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozes barbaridades. Por esse motivo, no período segundo pós-guerra, há um significativo fator de abertura para as preocupações éticas, ganhando consistência a ideia de que o direito, inclusive processual civil, sem se descuidar da dogmática já conquistada, deve sob outro foco, se destinar a concretizar valores.

O processo é importante não apenas por envolver, em uma relação, o juiz e as partes. É importante porque realiza valores do seu momento histórico. Com isso se deseja afirmar que a relação jurídica processual hoje pode captar sim a realidade social, bem como deixar claro a impossibilidade de adotar-se a teoria da relação jurídica processual, infiltrada pelos propósitos de Oskar Von Bülow, como algo prestável a uma teoria do processo compatível com o Estado Constitucional.

O resgate dos valores éticos, visando afastar os espectros do nazismo e do fascismo, é observado como preocupação do movimento constitucionalista do segundo pós-guerra, que incorpora aos textos constitucionais um denso catálogo de conteúdo material, composto por valores, princípios, diretrizes aos poderes públicos e entes privados, bem como direitos fundamentais para a defesa do cidadão em todos os âmbitos jurídicos.

A tal movimento constitucionalista, que propõe superar o paradigma da validade meramente formal do direito, considerando os direitos fundamentais como epicentro axiológico da ordem jurídica, denomina-se neoconstitucionalismo³⁴. Entre suas consequências filosóficas no âmbito da teoria do direito, há o desenvolvimento do modelo neopositivista³⁵.

Trata-se o modelo neopositivista de uma superação dos modelos filosóficos jusnaturalista e juspositivista, apresentando-se como uma nova forma de interpretação e aplicação do direito, calcada na Constituição.

O modelo neopositivista é caracterizado pela superação da ideia de que o direito estaria apenas dentro da norma jurídica e que a validade da lei não

correspondência – e contrariar ao mesmo tempo as concepções morais de um outro grupo ou camada da população.” (KELSEN, 1999, p. 131)

³⁴ CAMBI, 2009, passim; DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 25.

³⁵ Neste sentido: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito : O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina et al. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51-91.

dependeria de sua correspondência com a justiça, sendo suficiente para sua existência e validade apenas o cumprimento das regras formais de sua produção.

Muito mais consentâneo ao nosso ambiente cultural, sobretudo depois das demonstrações históricas dos arbítrios que a letra fria da lei é capaz de produzir, o neopositivismo propõe a superação do formalismo jurídico vazio de conteúdo moral, por um formalismo que se dá a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetivação e segurança –, que funcionam como base axiológica a partir da qual ressoam princípios, regras e postulados para elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação da norma³⁶.

Em tal ambiente cultural, e sob a égide de tal modelo filosófico, deságua-se, de postremeiro, no neoprocessualismo. Nesse modelo as relações entre o processo e a Constituição ganham outro caráter: passam a ser relações dialógicas, de recíproca implicação, sendo legítimo falar-se tanto em uma constitucionalização do processo³⁷ quanto em uma processualização da Constituição³⁸.

Procuram-se construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Isso porque para a construção de uma sociedade onde se sobressaiam os valores éticos e emancipatórios contidos na Constituição, o processo deve ser pensado sob o enfoque da cidadania ativa e solidária³⁹.

“Domesticado” o arbítrio estatal no processo pelo formalismo, a esse é atribuído uma mais valia, e o processo passa a ser visto além de técnica, como fenômeno cultural, onde os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas

³⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chama a esse formalismo de “formalismo-valorativo”, expressão combatida por Eduardo Cambi, que a intitula neoprocessualismo.

³⁷ Um fenômeno cultural relativamente recente no país, que tem provocado profunda alteração em todos os ramos do Direito é a constitucionalização do ordenamento jurídico. É praticamente impossível encontrar hoje uma manifestação do Direito em que a Constituição não seja invocada com a finalidade de legitimar e qualificar o debate. Assistimos a Constituição se tornar ubíqua. Além das questões de polêmicas, de maior repercussão, a Constituição influencia também na resolução dos pequenos conflitos.

³⁸ “A processualização da Constituição visa não tanto garantir as posições jurídicas subjectivas ou prestações sociais mas sim assegurar ou estabelecer condições de possibilidade dessas prestações e dessas garantias. A processualização da constituição radicaria, portanto, a transformação do contexto social de liberdade geral num sistema de justificação no novo contexto social de ideias e interesses” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Alameda, 1999, p. 1294).

³⁹ CAMBI, 2009, p. 115-116.

principiológicas⁴⁰. Substancializa-se o processo com normas constitucionais, afasta-se a identificação de processo como pura forma.

O neoprocessualismo enfrenta o fetichismo das formas, demonstrando que o apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis, entre eles, a utilização do processo como mecanismo de promoção dos direitos fundamentais.

A postura metodológica, partindo de uma postura constitucional de processo, que informa o modelo neoprocessualista tem sido chamada, a partir dos estudos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, de formalismo-valorativo⁴¹. Esta postura, além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, mostra que o formalismo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança -, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação⁴².

O formalismo-valorativo encontra fundamento na Constituição de 1988. É nela que se encontram a base dum processo preocupado com a realização de valores éticos e sociais, com escopo de, democraticamente, realizar a justiça no caso concreto. Há uma tomada de consciência de que a força normativa da Constituição deve alcançar todo o direito processual civil, e por este motivo são acentuados, sem que implique em arbítrio, os poderes do juiz, que passa a ser armado de técnicas aptas a proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Mostra-se postura fundamental – considerando a mencionada relação dialógica entre processo e Constitucional –, própria do formalismo-valorativo, a análise do devido processo legal processual brasileiro.

A garantia da inafastabilidade da jurisdição já foi portadora somente da garantia da ação, entretanto, a Constituição de 1988 ao dispor que a República

⁴⁰ “O formalismo contém, portanto, a própria ideia de processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento(...) Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz, e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 28).

⁴¹ Adotando como referencial teórico Eduardo Cambi, o presente trabalho usará como definição para descrever o modelo processualista vivenciado contemporaneamente como *neoprocessualismo*, compreendendo, a despeito do que alega o mencionado autor, o formalismo-valorativo como fase/postura metodológica.

⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 22.

Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e proclamar como objetivo desta República a construção de uma sociedade justa e solidária, impõe que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Brasileira – que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito – não se limite a garantir ao jurisdicionado mero ingresso em juízo e uma resposta do juiz.

O “valor democracia” e o “objetivo justiça” inserem na garantia um significado político que impõe a um só tempo que sejam removidos quaisquer obstáculos ao acesso à jurisdição, bem como inserem na mencionada garantia o direito a procedimento adequado, capaz de viabilizar a participação. Se Jurisdição é poder, e numa democracia “todo poder emana do povo”, o direito ao processo passa a ser considerado socialmente efetivo e democraticamente eficiente somente quando são superadas as barreiras prévias ao seu acesso.

O devido processo legal se transforma em processo justo, delineado pela Constituição para assegurar, de sua gênese até se desaguar, o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais trazidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade. Nessa esteira, em reconhecimento que o caminho – procedimento adequado e com ampla participação – é tão importante quanto o ponto de chegada – decisão judicial –, a garantia da inafastabilidade da jurisdição impõe a fiel consecução da cláusula do devido processo legal.

O procedimento é importante e até essencial para a conformação do processo, mas não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-se imprescindível ao conceito a regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexas ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal. A técnica passa a um segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor.

No art. 5º, LIV⁴³ da Constituição Federal se encontra a disciplina mínima de processo equo, não somente em seu aspecto formal, mas em sobrelevo no seu aspecto material. Da fiel execução do direito fundamental à jurisdição prestada de acordo com o devido processo legal depende a própria obtenção de justiça através do processo.

Se no dispositivo inaugural da Constituição de 1988 resta posto que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o desenho do devido processo legal brasileiro impõe inarredavelmente uma

⁴³“ Art. 5º (...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

administração democrática da Justiça e não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Na perspectiva neoprocessualista, faz-se uma assimilação da ideia de devido processo legal à ideia de processo justo.

Embora o devido processo legal seja uma empresa que só pode se ultimar tendo a sua dimensão substancial e o caso concreto, conta o postulado com bases constitucionais mínimas à construção de um processo justo e equo, aptas a estruturar correta, regular e democraticamente o procedimento. O processo se desenvolverá respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade, como dão conta as categorias fundamentais da garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII), do dever de motivação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, IX), da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), e, ainda e fundamentalmente a da ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV).

Ensina Daniel Mitidiero que ao dispor no art. 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, a Constituição a um só tempo enfeixa e principia a disciplina do processo civil brasileiro. Enfeixa porquanto propicia abertura a outras normas que eventualmente se façam necessárias para compor o devido processo legal; principia, porque da norma constitucional é possível extrair todas as demais⁴⁴. O devido processo legal trata-se de postulado fundamental do direito constitucional, do qual derivam todos os outros princípios constitucionais do processo⁴⁵.

Nesta ordem de ideias, leciona Humberto Theodoro Júnior que o processo para ser justo, nos moldes do Estado Democrático de Direito, terá de consagrar no plano procedimental o direito de acesso à justiça, o direito de defesa, o contraditório e a paridade de armas entre as partes, a independência e a imparcialidade do juiz, a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios, a garantia da razoável duração do processo⁴⁶.

Sabe-se que a noção de democracia é inexoravelmente ligada à de participação, uma vez que a participação no poder é da essência da democracia.

⁴⁴ MITIDIERO, 2005, p. 43.

⁴⁵ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Processo coletivo e outros temas de direito processual: Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rocha Tesheneier 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 251-271.

Logo, o contraditório revela-se o aspecto mais essencial do devido processo legal, constituindo o núcleo duro do processo justo.

Democracia no processo recebe o nome de contraditório⁴⁷. O valor subjacente ao contraditório é a participação e esta, no processo, se opera pela efetivação da garantia do contraditório, que deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.

Nessa esteira, é lícito afirmar que processo no Estado Constitucional é procedimento em contraditório, sendo insuficiente compreender processo como relação jurídica, tal qual propôs Oskar Von Bülow.

Processo é subespécie do gênero procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético, necessariamente com observância do contraditório. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma posição particular e desenvolve um papel específico. A essa estrutura subjetivamente complexa corresponde um desenvolvimento dialético. O tecido conectivo do necessário equilíbrio (igualdade de chances e paridade de armas) é estabelecido pelo contraditório⁴⁸.

Ciente de que o juiz profere atos de positivação de poder, e que o mesmo não conta com a elegibilidade como fator de legitimação para as suas decisões, o constituinte de 1988, não se limitando a enunciar formalmente o princípio democrático e do contraditório para garantir a participação popular, juntou à técnica representativa vários instrumentos de superação dos obstáculos à participação direta e efetiva do cidadão no processo de decisão jurisdicional.

Por funcionar o desenvolvimento do procedimento em contraditório como verdadeiro fator de legitimação do poder jurisdicional no Estado Constitucional, a construção clássica do contraditório, à luz de uma visão estática que o toma como simples bilateralidade da audiência das partes durante a sucessão de atos processuais não é a única faceta do contraditório no paradigma neoprocessualista.

A faceta básica do contraditório, que pode ser reputada como faceta formal é a da participação, a garantia de ser ouvido, de ser comunicado, de poder falar dentro do processo, porém aí não se esgota. Revela-se necessária a efetiva

⁴⁷ DIDIER JR, 2009, p. 57.

⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao contraditório e sua centralidade no processo coletivo. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Processo coletivo e outros temas de direito processual**: Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rocha Tesheneier 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-100.

participação das partes. Para que seja atendido esse conteúdo mínimo, insta que cada uma das partes participe do juízo de fato (provas), bem como que conheça as razões e argumentações expedidas pela outra parte e pelo órgão judicial. Ou seja, o órgão jurisdicional também está obrigado a submeter ao contraditório suas possíveis decisões, possibilitando às partes sua manifestação a respeito em tempo adequado.

Abandonam-se os solilóquios de um juiz, certo de que o caso submetido à sua apreciação poder ser solitariamente solucionado à luz da “vontade concreta da lei” e leva-se o próprio magistrado ao contraditório, ao diálogo, fomentando-se a dialética no processo.

O processo, que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz, passa em um Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase da problematização (audiência de instrução e julgamentos) permitindo a participação na estrutura procedimental⁴⁹.

Numa perspectiva neoprocessualista, do contraditório ressoa a necessidade de colaboração no processo civil, pois a estrutura dialógica do processo será tanto mais efetiva quanto mais for cooperativa.

No processo de corte cooperativo o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada no princípio democrático e na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por assumir posições coordenadas, razão pela qual o contraditório passa a ser instrumento para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, impondo deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio tanto para as partes como para o órgão jurisdicional. O juiz tem seu papel redimensionado, assumindo dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa⁵⁰.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, v.168, fev/2009, p. 108 – 115.

⁵⁰ MITIDIERO, 2009, p. 102.

O processo cooperativo por ser indelevelmente marcado pelo diálogo entre os sujeitos em juízo é assinalado pelo direito fundamental ao contraditório, entendido como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional. O juiz a um só tempo faz observar e submete-se ao contraditório.

No marco teórico do formalismo-valorativo, as relações entre juiz e as partes se pautam em um modelo cooperativo de processo, em que a colaboração cobra papel de destaque na organização do formalismo processual.

Em ambiente cultural próprio de um país em movimento de redemocratização, o processo vai dominado pelos valores constitucionais e pela consciência de que o processo é um instrumento ético. A relação entre direito material e processo deixa de ter como único ponto de encontro o instituto da ação, passando a dominar o processo em toda sua extensão. O direito material será tocado pela atividade jurisdicional, numa atividade de reconstrução e até de criação, materializado por uma decisão não mais suscetível de revisão. Reconhece-se que o direito material é essencial ao direito processual – pois lhe confere substância, valor – tanto quanto o direito processual é essencial ao direito material, pois dissolve incertezas e fragilidade, conferindo-lhe dignidade. Sem o direito material, o processo não teria função, e sem o direito processual, o direito material não conseguiria superar eventuais crises na sua realização⁵¹.

O formalismo-valorativo trabalha com a ideia de efetividade do processo e procura estruturá-lo de modo que esse consiga propiciar aos cidadãos uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva do direito material. “O processo recebe direito material e devolve direito material, mas aí já tocado pela atividade jurisdicional”⁵².

Nesta fase metodológica, denominada formalismo-valorativo, o processo é colocado no centro da teoria do processo, sendo compreendido como procedimento em contraditório. Valoriza-se aí, o papel de todos que no processo tomam parte, o modelo cooperativo de processo civil e o valor participação inerente à nossa democracia constitucional.

Os deveres inerentes à colaboração, oriundos do contraditório, tornam o Estado-Juiz mais comprometidos com a causa e mais propenso ao diálogo. Na quadra teórica do formalismo-valorativo, o direito ao contraditório denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo.

Como manifestação última do contraditório, a motivação demonstra às partes que foram ouvidas e que influenciaram na formação do convencimento do julgador. Há, pois

⁵¹ MITIDIERO, 2005, p. 71.

⁵² MITIDIERO, 2005, p. 70.

um nexu inarredável entre a inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo⁵³.

O órgão jurisdicional tem de patrocinar um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais, tendo que considerar seriamente os fundamentos deduzidos pelas partes, não podendo se omitir no que concerne à argumentação desenvolvida pelas partes.

A motivação assume papel realmente fundamental de racionalização da valorização dos arrazoados das partes, pois no processo cooperativo, além da vedação à decisão-surpresa, é de rigor que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para a solução do caso concreto. Trata-se de exigência calcada na necessidade de participação de todos que tomam parte no processo para o alcance da justa solução da controvérsia, tendo o diálogo papel de evidente destaque nessa estruturação.

Não é ocioso reiterar que o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir dos valores justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança, sendo o fim último do processo não apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso concreto⁵⁴.

Embora os juízes sejam investidos no poder através de procedimento traçado na Constituição, o juiz por possuir uma deficiência na legitimidade de origem – não é eleito pelo povo –, em sua argumentação, não pode deixar de lado o conteúdo da decisão como fator de legitimação da jurisdição. No formalismo-valorativo, a lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática, logo, é preciso que a decisão se funde em critérios objetivadores da identificação do conteúdo do direito fundamental e que se ampare em uma argumentação racional capaz de convencer.

A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa, e o parâmetro para aferição dessa completude tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o juiz, bem como das alegações produzidas pelo órgão jurisdicional com fito de convencer as parte e a comunidade como num todo. Como leciona Daniel Mitidiero, “o juízo é sempre e sempre um ato de três pessoas no marco teórico do formalismo-valorativo⁵⁵”, contudo, entendemos que é um imperativo democrático que também o convencimento sempre e sempre seja um ato de três pessoas.

⁵³ MITIDIERO, 2005, p. 62.

⁵⁴ OLIVEIRA, 2010, p. 22-23.

⁵⁵ MITIDIERO, 2009, p. 139.

À guisa de conclusão, é possível afirmar que no paradigma do Estado Democrático de Direito, sem contraditório não há processo justo e não há como o Estado prestar tutela jurisdicional adequada ao cidadão. Tanto no processo individual quanto no processo coletivo, sem contraditório no centro não há como construir-se um processo democrático realmente idôneo à tutela de direitos⁵⁶.

2.2. Considerações sobre a Influência do Modelo Neopositivista na Teoria do Processo.

Conforme já foi asseverado, o neopositivismo, como consequência filosófica do neoconstitucionalismo⁵⁷, apresenta-se como uma nova forma de interpretação e aplicação do fenômeno jurídico, calcada na Constituição.

Primeiramente, cumpre asseverar que a introdução de declarações de princípios de justiça e a colocação dos direitos inatos do ser humano como sendo o cerne do Estado nos textos constitucionais contemporâneos, além de refletir uma reaproximação do direito e da moral, são posturas que marcam a superação do Estado de Direito Legislativo.

A inclusão constitucional de princípios e valores é dotada de enorme relevância no que concerne à estrutura da norma jurídica e às teorias de aplicação da norma. Superando a noção tradicional de norma jurídica limitada à estrutura de regra, o direito volta à consideração do critério normativo dos princípios, antes considerados como meras normas políticas dirigidas ao legislador, integrando os mesmos a estrutura da norma. Ou seja, de uma estrutura normativa constituída por regras, migra-se para uma estrutura normativa de regras e princípios.

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao contraditório e sua centralidade no processo coletivo. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Processo coletivo e outros temas de direito processual**: Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rocha Tesheneier 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-100.

⁵⁷ Neoconstitucionalismo é uma expressão que embora não goze de significado unívoco, podendo ora ser interpretada como movimento político-jurídico e ora como teoria do direito antagônica ao positivismo, entrou há pouco tempo no léxico dos juristas. Nas páginas que seguem, será empregado ao termo "neoconstitucionalismo" porque nos parece que a utilização do prefixo "neo" chama atenção às alterações do constitucionalismo atual em relação ao constitucionalismo moderno, principalmente no que se refere à descrição do funcionamento do ordenamento jurídico.

Pelo tão só fato de ser extensa a literatura sobre o modo de entender as diferenças entre os princípios e as regras jurídicas é possível concluir que o assunto tende a conduzir a dispersões e polêmicas que não se faz oportuna. Por esta razão nos limitaremos a observações que tem interesse para o desenvolvimento do presente trabalho⁵⁸.

Se o direito atual está composto de regras e princípios, cabe observar que as normas legislativas são prevalentemente regras, e que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais são prevalentemente princípios.

Quando a lei estabelece que somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem, estamos na presença de regra. Quando a Constituição estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, estamos diante de um princípio.

Mas, quais são as diferenças entre regras e princípios?

Destacamos o pensamento de Ronald Dworkin⁵⁹, porque a partir de seus estudos é que se identifica normas jurídicas de estrutura aberta denominadas

⁵⁸ Considerando que as diversas teorias que distinguem regras e princípios não é questão que precisa ser enfrentada diretamente para a discussão da aplicabilidade do direito à saúde no sistema jurídico processual, trazemos à colação o pensamento de Humberto Ávila, que de modo resumido destaca os seguintes critérios usualmente empregados para a distinção entre princípios e regras: “Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. (...) Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério de relacionamento normativo, que se fundamenta na idéia de antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39).

⁵⁹ Segundo a crítica de Dworkin, o positivismo é incompatível com os sistemas apresentados nos modernos Estados de Direito. E isso ocorre porque as constituições desses Estados possuem princípios morais materiais (substantivos), onde a operatividade destes princípios dependerá do desenvolvimento de seus conteúdos, e não de uma decisão que pode ser politicamente estabelecida. Não se referem, portanto, a normas de competência formal. O que entende Dworkin é que o positivismo estabelece uma concepção de regra de reconhecimento onde somente as regras relativas às condições legais das normas (*legality conditions*) são permitidas, sendo incompatível para explicar

princípios, que ampliam consideravelmente a atuação interpretativa e operam alteração considerável nas fontes jurídicas⁶⁰.

Para Ronald Dworkin, as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida ou não é válida. No caso de colisão ente regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, contêm fundamentos os quais devem ser conjugados com outros princípios e regras que a eles se contrapõem. São aplicados de modo gradual *mais ou menos*⁶¹.

As regras esgotam-se em si mesmas, não tenho nenhuma força fora do que elas mesmas significam. Proporcionam o critério das ações, dizendo como se deve ou como não se deve agir. Por exemplo, a regra que determina que somente poderão fabricar as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde, poderá ser aplicada somente ao modo tudo ou nada. Não há vagueza, ou fluidez hermenêutica.

Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Podem ser concretizados de modos diferentes das ações a serem adotadas. Por exemplo, quando Constituição estabelece a promoção saúde como corolário da dignidade da pessoa humana, essa norma poderá ser concretizada de modos muito diversos, dos quais dão conta, fornecimento de medicamentos, tratamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, construção de hospitais etc. Os princípios contêm

os ordenamentos jurídicos contemporâneos. Para Ronald Dworkin, as decisões judiciais e discussões processuais estão presentes não só os princípios, mas também as diretrizes, que constituem os objetivos a serem alcançados na seara econômica, social ou política da comunidade, atendendo a fins coletivos.⁵⁹ Os princípios não são objetivos políticos, econômicos ou sociais; ao contrário, abrangem exigências de justiça ou equidade ou de outra dimensão da moralidade, voltadas ao direito individual. A teoria de Dworkin retira o repertório legal do centro da solução dos casos controversos, bem como desconstrói o argumento de que a supremacia da lei impõe a obrigação dos juízes de tomarem suas decisões de acordo com o livro de regras. Embora os juízes não sejam eleitos e nem reeleitos, nem tenham sua atuação sujeita ao controle popular, a democracia deve ser compreendida não como uma ditadura da maioria sobre a minoria, e sim como em sendo um ambiente em que alguns direitos funcionem como verdadeiros trunfos frente às majorias. Neste sentido: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Marins Fontes, 2010, p. 36 – 72; GÓES, Gisele. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 36 e ss.

Ademais, a interpretação de conteúdos abertos (princípios) contempla uma série de possibilidades semânticas, tornando facilmente perceptível a penetração de conteúdos morais no raciocínio e argumentação- prática ordinariamente desenvolvida pela teoria jusnaturalista -, o que afasta a tese conservadora de que o juiz deve funcionar como “boca da lei”, por ser a lei a maior e melhor expressão democrática.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 37 e ss.

⁶¹ ÁVILA, 2010, p. 38-39.

comandos *prima facie*, porque a esfera de aplicabilidade dos princípios é obseçada à luz do caso concreto.

Para alcançar a finalidade pretendida pelo presente trabalho, e no mesmo sentido acima apontado, cumpre observar o que leciona Gustavo Zagrebelsky:

(...)la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan El critério de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de «supuesto de hecho», a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles «reaccionar» ante algún caso concreto⁶².

A organização normativa acima descrita importou em verdadeiro câmbio paradigmático, pois a introdução de princípios de justiça no texto constitucional resgatou a substância como critério de validade da lei.

Isso quer dizer que o princípio da legalidade – concebido no Estado legislativo como critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas tão somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa – recebe nova configuração, agora com conteúdo substancial, “pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente com os direitos fundamentais⁶³”.

Supera-se a ideia de plena identificação entre norma e texto da lei, onde ao juiz, neutro aos interesses em jogo e valores plasmados no Código, era considerado como sendo *la bouche de la loi* (a boca da lei), e passa-se à compreensão de que a norma é resultado de interpretação dos textos e das inúmeras relações que mantém entre si⁶⁴. O texto, ainda que constitucional, é apenas ponto de partida do processo de interpretação.

Tal configuração, conforme se observará mais a frente, afeta as próprias concepções de jurisdição, eis que exige do aplicador do direito a compreensão crítica da lei em face da Constituição.

⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2009, p. 110-111.

⁶³ MARINONI, 2010, p. 46.

⁶⁴ CAMBI, 2009, p. 84-85.

O desenvolvimento do formalismo processual, assim como o princípio da legalidade, tinha como fundamento o fato de ser uma garantia da liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, pois retirava a possibilidade de manipulação pessoal do juiz e dos litigantes, tão francamente utilizada no período absolutista, sobre o processo. Continha à ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento, num momento em que as relações espúrias dos juízes com o poder reclamavam a contenção dos abusos da administração e da jurisdição.

Sob a égide do formalismo jurídico, a norma tinha validade em razão da observância dos critérios formais prévios à sua elaboração, independente de seu conteúdo.

O neoprocessualismo, contudo, superando o formalismo jurídico vazio de conteúdo moral, propõe um formalismo que se dá a partir de valores de justiça, que funcionam como base axiológica a partir da qual ressoam princípios, regras e postulados para elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação da norma.

Esse neoprocessualismo, desapegando-se dos obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais – obstáculos esses impostos pelo formalismo exagerado –, procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional.

A substancialização do processo em sua estrutura íntima pela existência de direitos fundamentais não mais admite que se afirme que o juiz, diante do direito material e do processual, encontra-se atado à pauta da legalidade e do formalismo. Nas palavras de Daniel Mitidiero, “a pauta do direito contemporâneo é a juridicidade, que aponta automaticamente à ideia de justiça, a qual forma o substrato material, ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais, do Estado Constitucional”⁶⁵.

Por outro lado, a constitucionalização do ordenamento jurídico, aí incluído o direito processual, evidencia que a Constituição vem sendo invocada com a finalidade de legitimar e qualificar o debate não apenas em questões de polêmicas, de maior repercussão, mas também na resolução dos pequenos conflitos.

⁶⁵ MITIDIERO, 2009, p. 40.

Nesse espaço, o regime jurídico eficaz dos direitos fundamentais trouxe inegável contribuição à compreensão e aplicação do direito processual civil. A teorização acerca da aplicabilidade imediata e plena das normas que veiculam direitos fundamentais, da interpretação conforme os direitos fundamentais e da eficácia horizontal e vertical que vincula a todos aos direitos fundamentais constitui aspecto que já não se pode ignorar no momento da aplicação do processo civil.

Tudo conflui para que ao formalismo clássico seja conferido valor. A compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o formalismo-valorativo –, que ora assume a feição de verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo, ora trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto da nossa evolução cultural,⁶⁶ responde a esse anseio do formalismo. Nesse novo método de pensamento:

(...) o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança –, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados normativos para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.

Em razão do mencionado fenômeno da constitucionalização, o processo do Estado Democrático de Direito contemporâneo não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, no “império dos direitos fundamentais”, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. A garantia do devido processo legal não se exaure na observância dos aspectos formais e procedimentais ligados à garantia formal do contraditório e da ampla defesa.

No neoprocessualismo, é integrada à garantia do devido processo legal formal escopo de ordem substancial, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer os princípios e valores constitucionais.

O direito ao contraditório, previsto no art. 5º, LV da Constituição, tem como valor subjacente a democratização do processo por intermédio do direito à participação do cidadão no exercício do poder estatal. Por esta razão, o contraditório é essencial para a vida do processo, e essa essencialidade se dá de tal modo que é impossível conceituar o processo sem menção ao contraditório. O conceito de

⁶⁶ Ibidem, p. 47.

processo como relação jurídica de Oskar Von Bülow não satisfaz às exigências do Estado Constitucional.

A teoria da relação jurídica nasce em um ambiente em que se pretende a construção de uma ciência “pura” e, embora aspire à neutralidade, mostra-se como veículo bastante apropriado para difundir a ideologia cultural consagrada na Revolução Francesa, construída à base do individualismo próprio do homem da época⁶⁷.

Enfim, o “processo justo”, à luz do neoprocessualismo, da postura metodológica do formalismo-valorativo, bem como das dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído e concluído como obra do esforço e participação dos sujeitos processuais. Ele dá margem ao diálogo, à cooperação, à participação e não ao autoritarismo judicial, de sorte que, até mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidí-la sem antes ensejar o diálogo com as partes, e assim permitir-lhes influenciar, lógica e juridicamente, por intermédio de seus argumentos na formação do julgado.

Conclusivamente, porque o esquema da relação jurídica processual, desenvolvido no modelo processualista, em razão de sua aguda abstração não dá conta de toda a complexidade teórica do conceito de processo, parece-nos que melhor atende às ideias do neoprocessualismo, a conceituação do processo como procedimento em contraditório⁶⁸.

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao contraditório e sua centralidade no processo coletivo. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Processo coletivo e outros temas de direito processual**: Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rocha Tesheneier 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-100.

⁶⁸ *Ibidem*.

3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

3.1. Os Direitos Fundamentais no Âmbito do Estado Constitucional.

É oportuna breve digressão a respeito do papel desempenhado pelos direitos fundamentais no âmbito do Estado constitucional.

Como ponto de partida, é oportuno observar a íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais, a noção de Constituição e Estado de Direito⁶⁹.

No dealbar do movimento constitucionalista moderno, os revolucionários americanos e franceses declararam solenemente como sendo o cerne de ser de uma Constituição, a proteção dos direitos inerentes a pessoa humana⁷⁰. Os direitos fundamentais integrariam ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, do sistema de governo, a essência do Estado.

Sem a pretensão de cuidar de forma mais intensa sobre o retrocesso do ideário revolucionário, à Constituição, no Estado de Direito, foi conferido o papel de grau máximo na estrutura escalonada que constitui o ordenamento jurídico, com a função reduzida à regulação das formalidades à criação das leis ordinárias, cuja validade delas depende⁷¹.

Graças à ação ideológica dum quadro normativo marcado pela rígida distinção entre direito e moral, passou-se tranquilamente, da concepção substancial à formal de Constituição, passando-se a admitir constituições com qualquer

⁶⁹ Existe um nexo de interdependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais. O Estado de Direito exige e implica (para sê-lo efetivamente) a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para a sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito. Neste sentido: LUÑO, Antonio-Enrique Perez . **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 19.

⁷⁰ Neste sentido: COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a Legitimidade das Constituições. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p.19-56, 2005.

⁷¹ O legislador não está submetido à edição de leis que dêem eficácia à declaração constitucional de direitos fundamentais, e como a experiência histórica bem demonstrou, tal postura acabou por transformar direitos econômicos, sociais e culturais em simples figuras de retórica política. No pensamento kelseniano, expressão máxima deste momento de normativismo oco, “o catálogo dos direitos e liberdades fundamentais, o qual formam um elemento típico das modernas constituições, nada mais é, em sua essência, do que uma tentativa de impedir que tais leis venham a ser editadas (KELSEN, 1999, p. 230)”. Com “uma só penada”, o pensamento do jurista austríaco liquida o movimento constitucionalista moderno que defende como sendo cerne e razão de ser de uma Constituição, a proteção dos direitos inerentes à condição da pessoa humana.

conteúdo⁷². Tal pensamento, conforme afirma Fábio Konder Comparato, por se totalmente condizente com a lógica e funcionamento do mesmo, contribuiu inegavelmente para o surgimento, no século XX, do Estado totalitário⁷³.

A crise no Estado Liberal no final do século passado, materializada nas monstruosidades perpetradas pelo Estado totalitário, foi interpretada como resultado de forças excessivamente desagregadoras, onde se observa a ausência de um marco de referência objetivo para contenção de tais forças⁷⁴.

Após reflexionar sobre a mencionada crise, a comunidade jurídica resgata nas Constituições do segundo pós-guerra o ideário revolucionário, introduzindo declarações de princípios de justiça nos textos constitucionais e recolocando os direitos inatos do ser humano como sendo o cerne do Estado⁷⁵. Tais direitos, positivados nos documentos constitucionais, pelo seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito, recebem a denominação de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais incorporados ao texto constitucional formam um consenso mínimo, oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder, constituindo elementos valorativos essenciais à existência do Estado de Direito, descrevendo exigências indispensáveis ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática.

Em razão de seu caráter fundamentador, tais direitos são considerados condição *sine qua non* do Estado constitucional, constituindo, para além de sua função limitativa do poder, fundamento axiológico e critério de legitimação do poder estatal. Constituem não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material, funcionando como marco de contenção das forças desagregadoras latentes no Estado Liberal. A um só tempo equivalem a vínculos que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal⁷⁶ e justificam o poder conferido ao Estado e às suas instituições.

⁷² A Constituição tendeu a ser uma espécie de codificação, cuja diferença em relação às outras consistiria em sua maior força normativa, e só!

⁷³ COMPARATO, 2005, p. 28-29.

⁷⁴ Nesse sentido, consulte-se: ZAGREBELSKY, 2009, p. 97 e ss.

⁷⁵ Na lição de Gustavo Zagrebelsky: "El énfasis en los derechos individuales es la respuesta constitucional al exceso de estructuración social; el énfasis en la justicia lo es al desencadenamiento de las energías individuales que conducen a la imposición de los (derechos de los) más fuertes sobre (derechos de los) más débiles, tal y como afirma la <paradoja de la libertad>, es decir, la tendencia de máxima libertad a convertirse en máxima opresión" (**Ibidem**, p.98).

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p.22.

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-nos em autêntica reserva de justiça⁷⁷.

Sob uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais apresentam três dimensões evolutivas. A primeira delas abrange os direitos referidos nas revoluções burguesas do século XIX. São os primeiros a ser positivados e visam fixar, sobretudo, uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Segundo a clássica compreensão liberal, os direitos fundamentais constituem direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade, obrigando o poder público à abstenção, intervindo na esfera de liberdade pessoal apenas sob certas condições e em hipóteses determinadas.

O descaso para com os problemas sociais, a constatação no mundo da economia, da existência de injustiças e tensões sociais geradas pelo desenvolvimento do capitalismo industrial do século passado e das primeiras décadas do atual, bem como a crise dos anos trinta, demonstraram a necessidade de buscar a proteção de direitos e interesses estranhos aos direitos de liberdade, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social⁷⁸.

⁷⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60.

⁷⁸ Embora não ser objeto do presente trabalho, o catálogo de direitos fundamentais, sob uma perspectiva histórica, pode ser situado três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São ditos de primeira geração, por serem os primeiros a ser positivados. São postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Referem-se às liberdades individuais, como a de consciência, culto, inviolabilidade de domicílio etc. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma desses direitos é o homem individualmente considerado. O princípio de igualdade ganha real alcance na segunda geração de direitos fundamentais. Visando estabelecer uma real igualdade para todos, ao Poder Público, atendendo aos reclames por justiça social, são incorporados ao catálogo dos direitos fundamentais, como dão conta, por exemplo, os direitos que dizem respeito à educação, trabalho e saúde. Os direitos de segunda geração são chamados direitos sociais por se ligarem a reivindicações de justiça social. Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção de coletividades. Tal distinção é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica, não significando dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em gerações seguintes. Neste sentido, consulte-se: MENDES,

O ideal absenteísta do Estado não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganha espaço no catálogo dos direitos fundamentais. São direitos sociais, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real, que somente poderá se dá mediante ação corretiva dos Poderes Públicos no sentido de garantir igualdade real entre os cidadãos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho etc.

Ou seja, no que diz respeito às posições jurídicas fundamentais, para que garantam livre e ampla manifestação da personalidade, estas não podem se limitar àquelas que integram os direitos de defesa tutelados pelo Estado Liberal. Por este motivo, com o intuito de superar o individualismo por intermédio do intervencionismo estatal, e conferindo atenção preferencial aos direitos da sociedade de modo geral, as constituições do período segundo pós-guerra asseguraram ao Estado instrumentos e competências para regular e intervir na ordem social mediante instrumentos e políticas sociais e econômicas. Desse modo, os direitos fundamentais passam a contemplar, além dos instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem social.

A inédita outorga aos direitos fundamentais pelo direito constitucional positivo constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, pois confere aos direitos sociais, assim como aos direitos de defesa, o papel de fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

Aos fins que se destina o presente trabalho, é importante observar ainda, que a positivação dos direitos fundamentais requer que os mesmos sejam observados sob dupla perspectiva: i) direitos subjetivos individuais, e ii) elementos objetivos fundamentais da sociedade.

No que concerne à dimensão subjetiva, é possível observar que por comportarem um conceito amplo no direito constitucional pátrio, os direitos fundamentais incluem uma gama comportamentos ativos dos poderes públicos, voltados à sua promoção e proteção. É usualmente tomada para destacar essa dimensão, a noção de “direito subjetivo”⁷⁹. Esta noção dá origem, entretanto, a uma

Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267-268.

⁷⁹ No que concerne à faceta subjetiva, no sentido de direito consagrado por uma norma de direito fundamental, o termo “direito subjetivo” é usualmente tomado, transparecendo a ideia de que se

série de posições jurídicas, outorgando ao titular do direito, quer perante o Estado, quer perante particulares, pretensões de defesa, proteção e prestação fáticas. É em razão da faceta subjetiva desses direitos, que é aberta aos indivíduos a possibilidade de impor judicialmente seus interesses perante o destinatário.

Noutra banda, no que concerne à faceta objetiva dos direitos fundamentais, estes constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com objetivos básicos e fins diretivos para os órgãos legislativos, executivos e judiciários, e com eficácia em todo o ordenamento jurídico. Devem ter sua eficácia valorada não só sob o ângulo individualista, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que cuida de valores e fins que esta deve observar.

É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais. De tal sorte não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva em prol da dimensão objetiva, pressupondo-se uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular.

Entre os desdobramentos ligados à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais, um tem a ver com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes desencadeiam em relação aos órgãos estatais – incumbindo a estes a obrigação de concretizar e realizar tais direitos –, e o outro, talvez o mais importante, tem a ver com a função outorgada aos direitos fundamentais de funcionar como aspecto de parâmetros para a criação de instituições e para construção de procedimento ordenado e justo para a efetivação de tais direitos⁸⁰.

Como aspecto de suma relevância para a compreensão da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, tem-se o fato de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais quanto às que impõem

manifesta por uma relação trilateral formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Nesse sentido: SARLET, 2009, p. 167.

⁸⁰ SARLET, 2009, p. 147-150.

apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras⁸¹.

Nessa esteira, é possível concluir que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais confere aos mesmos uma “mais valia”, que faz com que os mesmos sejam dotados de uma força irradiante, capaz de penetrar em relações jurídicas distintas daquelas para as quais foram inicialmente concebidos e influenciarem na produção, interpretação e aplicação de normas jurídicas, especialmente aquelas expressas em linguagem mais aberta e indeterminada.

Ao conferir forma jurídica aos valores, o constituinte converte-os em normas de linguagem aberta e abstrata, mas nem por isso dotados de menos normatividade: converte-os em princípios. É importante ressaltar que a Constituição, além de constituir limites ao legislador⁸², prevê um programa positivo de valores que devem ser concretizadas pelo legislador.

No mais, nessa difícil empresa, a estrutura tradicional da norma – modelo de regras –, não parece atender todas as necessidades que se apresentam ao direito, reclamando mudança estrutural, que se dá pela inserção de princípios que veiculam direitos fundamentais⁸³.

Superando a noção tradicional de norma jurídica limitada à estrutura de regra, o direito volta à consideração do critério normativo dos princípios, antes considerados como meras normas políticas dirigidas ao legislador, integrando os mesmos à estrutura da norma. Ou seja, de uma estrutura normativa constituída por regras, migra-se para uma estrutura normativa de regras e princípios⁸⁴.

A partir dos estudos de Ronald Dworkin, são identificadas normas jurídicas de estrutura aberta denominadas princípios, que ampliam consideravelmente a atuação interpretativa e operam alteração considerável nas

⁸¹ Cumprindo ressaltar que os princípios não podem guardar paralelismo com a perspectiva subjetiva, bem como as regras não podem guardar paralelismo com a perspectiva objetiva. Sobre o tema, como não é objeto central do estudo, teceremos maiores comentários no capítulo 3.

⁸² Nessa esteira, a Constituição prepara o terreno para realizar, por intermédio dos direitos fundamentais, filtragem constitucional do ordenamento jurídico.

⁸³ Parece-nos evidente que a estrutura tradicional da norma jurídica, onde uma premissa maior tem como consequência jurídica uma premissa menor, que se ajusta perfeitamente através da técnica da subsunção, se resulta inadequada para dar conta de boa parte das normas constitucionais.

⁸⁴ A literatura sobre o modo de entender a diferença entre os princípios e regras jurídicas é extensa. Essa qualidade é *per se* enlouquecente não só para demonstrar o caráter problemático na aplicação das duas espécies normativas, mas também para demonstrar a relevância dessa distinção. Limitaremos nossas observações, ao que nos interessa para o desenvolvimento do presente trabalho, evitando entrar em complicações que somente resultarão em dispersão.

fontes jurídicas. A obra foi de contribuição decisiva, pois ao formular um ataque geral ao positivismo, realizou a distinção entre princípios e regras, sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios.

Para Ronald Dworkin, as regras são normas aplicadas ao modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), de modo que se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida ou não é válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, contêm fundamentos os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Para o jurista estadunidense, tais normas, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que os princípios com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Cumpre ressaltar que, a distinção realizada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa distinção quanto à estrutura lógica e ao modo de aplicação⁸⁵.

Resumidamente é possível afirmar que tal estrutura de norma, em razão das características peculiares como a fluidez hermenêutica e maleabilidade, que permite a inclusão de pautas políticas e valorativas na decisão judicial, ou generalidade, a qual permite alcançar um âmbito regulatório mais amplo, sem a necessidade de previsão pormenorizada do fato, acaba por se apresentar como adequada para o controle jurídico do poder conferido ao direito num modelo de Estado Social.

A partir do momento em que os princípios deixam de ser considerados mera retórica constitucional passando a incorporar a estrutura da norma, a ideia de que a norma jurídica pode ser definida como um enunciado diretamente conectado a uma consequência jurídica precisa ser reformulada e atualizada. A compreensão do direito como sistema de regras e princípios impõe ainda, a necessidade de revisão de teorias de aplicação das normas⁸⁶, principalmente aquelas que resolvem uma

⁸⁵ ÁVILA, 2010, p. 35 e ss.

⁸⁶ Nesse sentido Gustavo Zagrebelsky ensina que, “*la superación del Estado de derecho legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Se puede decir, en general, que las dos <separaciones> de la ley de las que hasta aquí se ha hablado – la separación de los derechos y la separación de la justicia – han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional,*

eventual contradição normativa a partir de um juízo de validade/invalidade de uma das normas conflitantes.

Realizado um panorama geral do constitucionalismo contemporâneo, e do brasileiro em particular, alguns axiomas teóricos já consolidados, gradativamente, vão sendo incorporados à prática jurídica, podendo ser enunciados da forma que se segue.

Primeiro, os direitos fundamentais têm status diferenciado no âmbito do sistema constitucional, tanto do ponto de formal quanto do material. Por fundamentarem o Estado e legitimarem a ordem constitucional, os direitos fundamentais assumem um papel de centralidade, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa que o Estado e o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser interpretadas e compreendidas tendo em conta essa diretriz.

Em segundo lugar, as disposições constitucionais que cuidam dos direitos fundamentais, tenham a natureza de regra ou de princípios, são dotadas de normatividade, isto é: são normas jurídicas. Como tais, possuem imperatividade própria do Direito. Ao lado disso, as normas constitucionais gozam de superioridade em relação ao restante do ordenamento jurídico, e quando cuidarem de direitos fundamentais, gozam ainda de mais um atributo: aplicabilidade imediata.

Por fim, os particulares, bem como os poderes públicos, estão submetidos todos à Constituição. Isso quer dizer não apenas que o exercício do poder político encontra limites na norma jurídica constitucional, como encontra nela objetivos e valores a serem alcançados⁸⁷.

Pressuposta a dimensão subjetiva e objetiva⁸⁸ dos direitos fundamentais e assumida a abertura axiológica do sistema, o ser humano, tutelado

debe ser valorado mucho más de cuanto lo haya sido con anterioridad" (ZAGREBELSKY, 2009, p. 109).

⁸⁷ Nessa linha de raciocínio: BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p. 599-635.

⁸⁸ Mariana Filtchener Figueiredo destaca que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser compreendida como o espaço normativo dos preceitos constitucionais, preenchido com valores ou interesses humanos que configuram as bases objetivas da ordenação da vida social. É uma estrutura produtora de efeitos jurídicos, complementar relativamente à dimensão subjetiva, por permitir que se retire da norma efeitos que complementam ou transcendem o âmbito específico da noção de direito subjetivo (FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45).

constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tem sido reconhecido como o “fio que trama a unidade de sentido e fornece critério de interpretação do sistema constitucional de direitos fundamentais”⁸⁹. O Estado e seus poderes articulam-se nessa conjuntura para a proteção e realização dos direitos do homem.

Os direitos fundamentais funcionam como fundamento axiológico e critério de legitimação do poder estatal. A normatividade das constituições é fundamentalmente teleológica: o Estado e a sociedade civil, reunidos solidariamente, devem atuar no sentido da construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Um escrupuloso sistema mundial de direitos humanos – civis, econômicos e sociais –, acaba por funcionar como fator de legitimação dos grupos políticos.

Nesta medida, embora a Constituição institucionalize a separação das funções de Estado, e embora esteja implícita pela normatividade das regras e princípios que veiculam direitos fundamentais que a atuação dos poderes deverá ser no sentido de conferir efetividade aos mesmos, a Constituição confere especialmente ao Judiciário o dever de salvaguardar os direitos fundamentais, em particular através da jurisdição constitucional.

3.2. Os Direitos Sociais

A tentativa de uma classificação sistemática dos direitos fundamentais, calcada em critérios objetivos e funcionais, revela-se como sendo extremamente problemática e complexa em razão da diversidade de funções exercidas pelos direitos fundamentais e de sua distinta e complexa estrutura normativa em cada ordem constitucional.

Particularmente no direito constitucional positivo brasileiro – em razão da ausência de sistematicidade e precariedade de técnica legislativa –, um breve olhar sobre os direitos sociais é capaz de revelar as dificuldades mencionadas, eis que estes ora se revelam como direitos a prestações e ora como direitos de liberdade e igualdade⁹⁰.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁹⁰ SARLET, 2009, p.159-160.

Já foi afirmado que, em termos históricos, é possível afirmar que o processo de socialização dos direitos somente tem origem algum tempo depois da aparição e consolidação dos direitos clássicos de liberdade, resultando das deficiências dos clássicos direitos de liberdade para se encarregar de algumas demandas sociais.

O Estado de Direito é superado pela nova realidade do Estado Social, onde as funções estatais não se restringem somente às clássicas funções de garantia e repressão, competindo-lhe promoção de objetivos coletivos.

O nascimento dos direitos sociais revela-se consequência da necessidade de uma intervenção estatal para correção de desequilíbrios e conflitos sociais gerados pela livre relação de mercado, as quais não encontravam solução num regime de liberdade pautado na igualdade formal. Reclamando ao Estado um papel mais ativo, os direitos sociais surgem de um presumido desencanto com o liberalismo e com a noção de igualdade meramente formal, que já não é suficiente para satisfazer a todos os grupos sociais, principalmente aqueles em situação de inferioridade econômica e cultural⁹¹.

Diante da desconfiança nos poderes de auto-regulação social, a sociedade, em reconhecimento à sua inaptidão para administrar modelo coletivo de bem comum, volta-se ao Estado, que sofre mutação, passando de Estado limitado pela lei a um Estado interventor⁹².

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições deste século, açambarcando os mais amplos aspectos da vida humana, consagraram direitos fundamentais à consecução do ideal de justiça social: comida, trabalho, saúde, educação, habitação, informação e similares.

Tais direitos possuem relação estrita com as finalidades que deverão perseguir o Estado, possuindo modo de execução diverso dos direitos de liberdade, pois se manifestam com o objetivo de preservar a livre manifestação daqueles indivíduos que se acham em situação de inferioridade. Da necessidade de

⁹¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004, p.56.

⁹² “Nesta sociedade dividida e conflitual, os indivíduos, que já nada podem sozinhos, limitados agora pelos grupos em que participam, confrontados e ameaçados pelos restantes, têm, também eles, de confiar no Estado e de através dele procurar reaver a sua liberdade concreta. Revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político ou, pelo menos, reivindicam dos poderes públicos uma intervenção efectiva para uma transformação radical das estruturas sociais” (Ibdem, p. 58).

estabelecer igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política, o Estado impõe a ideia de limitação do indivíduo, que passa a ter seus interesses subordinados ao bem estar social⁹³.

Cumprе ressaltar que o aumento da atividade interventiva, que impõe que ceda o indivíduo parte de sua autonomia em prol da coletividade, demanda noutra banda, uma proteção mais efetiva aos interesses do indivíduo como ser social⁹⁴. No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe consigo a inauguração de um novo modelo constitucional, com evidente relevo à proteção dos direitos humanos de maneira geral, isto é, direitos humanos que transcendiam aos direitos de liberdade (ou funções públicas de não fazer): contemplou os direitos sociais.

Enquanto aqueles tinham por única finalidade assegurar o *status quo* do indivíduo, os direitos sociais exigem que o Estado aja para atenuar as desigualdades, estabelecendo moldes para o futuro da sociedade; o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Nesta categoria, figuram direitos de promoção⁹⁵, que autorizam a proclamar o Estado que os contempla como Social.

Ocorre que, os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ou pelo menos não com a mesma intensidade. Direito a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos, e nada impõe sobre que objetivos devem ser perseguidos. Noutra banda, os direitos e ações positivas impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos, uma postura interventiva. Suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos⁹⁶.

⁹³ Como ensina João Carlos Vieira de Andrade, “a influência socializante manifesta-se ainda na objetivização dos direitos fundamentais. O homem que constitui o ponto de partida e o titular dos direitos é agora o homem socialmente <situado> e <inserido>, o membro da sociedade numa linguagem organicista, que vê os seus direitos talhados a uma medida e num plano sociais. Já não é o portador abstracto e isolado de interesses primários, pré-sociais, que esgrime a sua autonomia como regra e condição de um contrato social; é um elemento de um conjunto, responsável e condicionado, limitado à partida, carregado com o seu passado social e, nesse sentido, um homem aposteriorístico”. (Ibdem, p. 61)

⁹⁴ Refletindo sobre os direitos individuais homogêneos, Hermes Zanetti Junior aponta que os mesmos recebem um tratamento “molecular”, embora a ideia que melhor lhes albergue seja a de átomo. A mesma ideia entendemos que se aproveita aqui, com o tratamento que os direitos dos indivíduos recebem aqui. Pois, para serem individualmente respeitados, merecem um tratamento coletivo (**Direito Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2005, p.23).

⁹⁵ MENDES, 2009, p. 291.

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.444.

Tais direitos, chamados de “sociais” ou “materiais”, têm em seu conteúdo direitos que reclamam dos Poderes Públicos um comportamento ativo, denominados prestações. A ação do Estado, imposta pelo direito a prestação, pode-se referir quer a uma prestação material, quer a uma prestação jurídica⁹⁷.

As prestações jurídicas (normativas) tem como objeto a normação pelo Estado. Delas dão conta tanto a emissão de normas de direito penal como a criação de normas organizacionais e procedimentais capazes de assegurar os direitos sociais⁹⁸. No caso da saúde, por exemplo, temos normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público, destinadas a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e ainda, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores deste direito.

Doutro lado, as prestações fáticas são os direitos sociais por excelência⁹⁹. Conferindo um *plus* à atividade interventivo-normativa do Estado, os direitos sociais pressupõem uma organização estrutural com objetivo de alcançar bens que poderiam ser adquiridos pelo indivíduo se o mesmo tivesse condições econômicas¹⁰⁰. Seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço). Em seu elenco, podemos situar o direito à saúde, e todas as posturas positivas que o

⁹⁷ Alexy usa um conceito amplo de prestação, trabalhando tanto com a ideia de prestações fáticas quanto de prestações normativas. Esta última vai desde a edição de normas de direito penal e vai até normas organizacionais e procedimentais, por exemplo. Conforme adverte o autor, “esse conceito de prestação é mais amplo que o usual. Na maioria das vezes a expressão “direitos a prestações” é associada à ideia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente. No entanto, há dois motivos decisivos para estender o conceito de direito a prestações, para além de prestações fáticas, também aos direitos a prestações normativas(...) O primeiro motivo consiste no fato de que, no caso de muitos dos assim chamados direitos fundamentais, que são considerados direitos a prestações por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas. Especialmente claro é o caso do intensamente debatido direito ao meio ambiente, que não raro é classificado como direito fundamental social (...) O segundo motivo consiste no fato de que os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ou pelo menos não com a mesma intensidade”. (Ibidem, p. 442 e ss.)

⁹⁸ Convém aqui refletir sobre algumas questões. Primeiro, o direito à organização e ao procedimento envolve não só a exigência de edição de normas que deem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam. Assim, o direito de acesso à Justiça requer a edição de normas processuais sim! Porém, as normas de direito processual deverão ser interpretadas de modo a proporcionar uma solução adequada dos conflitos. Como adequada, compreenda-se as mais aptas a efetivação dos direitos fundamentais.

⁹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, 2004, p. 200.

¹⁰⁰ Na lição de José E. Farias, “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatório”. Apud SARLET, 2009, p. 283.

assegurem: fornecimento de medicamentos, tratamentos e terapias adequadas, hospitais e prontos-socorros suficientes à demanda etc.

Como os direitos a prestações fáticas são apenas uma categoria dos direitos a prestações, considerando o objeto de apreciação do presente trabalho – direito à saúde –, quando for relevante, far-se-á menção específica aos direitos a prestações em sentido diverso das prestações fáticas. Adotaremos a proposta classificatória de Ingo Sarlet e limitaremos a nossa apreciação a uma das facetas dos direitos sociais: a do direito a uma prestação fática.

Os direitos sociais prestacionais enfrentam, em princípio, uma fase de reconhecimento próprio de um novo direito, encontrando resistência à eficácia jurídica necessária à sua efetivação. Tais direitos, relacionados ao ideal revolucionário da fraternidade que o Estado Liberal propalou, são classificados pela doutrina como direitos de segunda geração, permitindo a “transição de liberdades formais abstratas em liberdades materiais concretas¹⁰¹”.

Os direitos sociais prestacionais constituem direitos com fundamento próprio e com objetivos bem definidos. Se antes se poderia dizer que os direitos sociais tinham com objeto a tutela de promessas não cumpridas dos direitos de liberdade, é possível afirmar que os direitos sociais prestacionais vem a tutelar as situações não alcançadas pelos direitos sociais interventivos, tutelando parâmetros mínimos de dignidade. Tem por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática, reclamando uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Pressupõe que seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui objeto, já que objetiva a realização da igualdade substancial.

No contexto do ordenamento jurídico constitucional vigente, os direitos fundamentais sociais não se prendem necessariamente à garantia de posições subjetivas a pretensões ao fornecimento de prestações materiais por parte do Estado, nem tampouco à titularidade outorgada a uma determinada prestação social. Os direitos sociais são direitos “discriminatórios com propósitos compensatórios”,

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 57.

conforme afirma José Eduardo Faria¹⁰². Visam ao estabelecimento da igualdade material e da liberdade real¹⁰³.

O fato de os direitos sociais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização impede que os direitos sociais sejam considerados como meras autolimitações aos poderes constituídos, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezam.

Importante destacar que a natureza jusfundamental funciona como pressuposto para a atividade jurisdicional na efetivação dos direitos sociais. Tal fundamentalidade pode ser observada nas dimensões formal e material.

A fundamentalidade material dos direitos sociais respalda-se no favorecimento do desenvolvimento da pessoa humana, no sentido de serem passíveis de referência a uma ideia de justiça, ou dimensão axiológica, funcionando como critério legitimador extranormativo¹⁰⁴. Passa pela ordem de valores dominante e consensualmente aceita em certa comunidade, bem como às demais circunstâncias consagradas pelo ordenamento constitucional. No Brasil, esse quadro valorativo pode ser depreendido, entre outros, dos princípios fundamentais (art. 1º, CF), dos objetivos fundamentais (art. 3º, CF), dos valores contidos no preâmbulo da norma constitucional etc.

¹⁰² O judiciário e os direitos fundamentais sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In FÁRIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 105 Apud SARLET, 2009, p.257.

¹⁰³ Mariana Filchtiner Figueiredo ensina que há diferença entre direitos fundamentais na forma de articulação que cada qual faz a respeito da universalidade e da igualdade. Os direitos individuais e civis se caracterizariam pelas ideias de igualdade como equiparação e universalidade *ab initio* – uma igualdade entre os indivíduos no ponto de partida; isto é, presume-se que sejam todos iguais, não sendo admitido nenhum tratamento discriminatório. Os direitos econômicos, sociais e culturais, contudo, não seriam reconduzíveis a esse esquema teórico, pois não há igualdade de todos no “ponto de partida”, mas sim desigualdade fática de condições entre as pessoas, que as impossibilita a autonomamente satisfazerem as próprias necessidades. A relevância dessas diferenças move as discriminações de fato, econômicas, sociais e culturais, exatamente para oferecer instrumentos, normalmente direitos fundamentais de tipo prestacional, a quem se encontre em situação de inferioridade. A universalidade dos direitos opera como objetivo a ser alcançado no ponto de chegada. Nesse sentido, devem ser titulares de direitos econômicos, somente aquelas pessoas que tenham necessidade de ajuda, jamais quem assim não se apresente (FIGUEIREDO, 2007, p. 64-65).

¹⁰⁴ Ingo Sarlet assevera que a existência de uma fundamentalidade material compartilhada pelos direitos humanos e os direitos fundamentais, pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado (SARLET, 2009, cit., p. 40).

A fundamentalidade formal concerne à positivação constitucional dos direitos por meio do qual se outorgam a supremacia e a força normativa da Constituição ao objeto abrangido pela norma constitucional, no caso do presente trabalho, os direitos sociais prestacionais.

Visualizando o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada de normas, observa-se, pela sua localização na pirâmide normativa, a supremacia da Constituição. Afirmar que, i) a Constituição é norma jurídica; ii) funciona como instância de transformação da normatividade puramente hipotética em normatividade concreta e, iii) forma e conteúdo dos preceitos normativos se subordinarão aos ditames constitucionais, parece uma obviedade desnecessária. Mas nem sempre foi assim.

Até meados do século XX, a ideia que prevalecia – a exceção da singular experiência dos Estados Unidos –, era de que as constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas. As prescrições constitucionais não podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, nem geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Só as leis editadas pelo parlamento obrigavam e vinculavam.

Sem adentrarmos aqui no infundável discurso sobre as razões – crises econômicas, guerras em escala mundial, regimes totalitários, holocausto etc – que levaram a uma revisão no tratamento conferido à norma constitucional, é certo afirmar que a Constituição foi deixando de ser vista como mero repositório de conselhos para os poderes políticos e se convertendo em norma jurídica¹⁰⁵. Como norma jurídica, possui o atributo da imperatividade, próprio do Direito. Imperatividade reforçada inclusive pela possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público que contrariem, por ação ou omissão, a ordem constitucional, aí incluídos os direitos sociais.

A possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do governo – por cortes constitucionais, como no modelo kelseniano, ou através da jurisdição ordinária, como matriz norte-americana – conferiu maior eficácia ao postulado teórico da supremacia da Constituição¹⁰⁶.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.172-173

¹⁰⁶ SARMENTO, 2010, p. 173.

Enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém linhas básicas do Estado e estabelece limites ao conteúdo dos atos do Poder Público e dos indivíduos a ela subordinados. O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante faz com que, a partir da metade do século XX, a maioria das novas constituições incorpore (ou fortaleça e amplie os já existentes) mecanismos de jurisdição constitucional.

No que concerne ao direito à saúde, é lícito afirmar que tanto a fundamentalidade material – aproximação com dignidade da pessoa humana –, quanto a e formal – positividade constitucional –, respaldam a justiciabilidade do direito à saúde, inclusive no que se refere a prestações materiais originárias.

Na verdade, os direitos fundamentais de modo geral – coração das constituições contemporâneas – recebem uma “mais valia”, que faz com que os mesmos sejam considerados como valores dotados de uma força irradiante, que permitirá a eles penetrarem nas mais distintas relações jurídicas e influenciarem na interpretação e aplicação de outras normas jurídicas, especialmente as expressas em linguagem mais aberta e indeterminada.

A saúde no Brasil é direito fundamental autêntico, imediatamente aplicável nos termos do art. 5º, §1º da Constituição Brasileira¹⁰⁷, apto a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, exigíveis judicialmente. Isso quer dizer, que a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos fundamentais de liberdade e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a realização do seu texto.

Considerando que no Estado Constitucional de Direito, a constituição vale como norma jurídica, ao Estado é imposto deveres de atuação. Nesse modelo, ao judiciário é conferido centralidade, na interpretação e aplicação da norma constitucional através da jurisdição constitucional, que compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de norma constitucional – controle de constitucionalidade – ou para atribuir a ela melhor sentido conforme a Constituição. A segunda atuação, útil e relevante para o desenvolvimento do

¹⁰⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

presente trabalho, envolve a aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento do direito do indivíduo a um direito social, constitucionalmente positivado, como por exemplo, o direito à saúde¹⁰⁸.

Nesse novo paradigma, embora a Constituição institucionalize a separação das funções de Estado, o postulado teórico da supremacia da Constituição ganha relevo pela possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, bem como pelo papel conferido ao Judiciário, de salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através da jurisdição constitucional¹⁰⁹. A atividade jurisdicional ao invés de simples função de aplicar da lei ao caso concreto, torna-se verdadeira condição de possibilidade da efetivação dos direitos fundamentais.

3.3. O Direito Social Prestacional à Saúde no Contexto Constitucional de 1988.

Embora compreendido como corolário do direito à vida, garantido pelo art. 5º da Constituição, no plano normativo constitucional, foi com a Constituição de 1988 que pela primeira vez na história brasileira o direito à saúde foi concebido como um direito fundamental, formalmente falando. Além de incluí-la no rol do art. 6º,¹¹⁰ que abre o Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) de seu Título II (“Dos Direitos Fundamentais”), a Constituição dedica à saúde uma seção específica no Título VIII (“Da Ordem Social”), definindo a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁰⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359.

¹⁰⁹ Merece ser observada nota conceitual realizada por Luiz Roberto Barroso: “As locuções *jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade* não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. *Jurisdição constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional (idem, p. 25)”.

¹¹⁰ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ao integrar a seguridade social, a saúde, em conjunto com a assistência e a previdência social, o constituinte determina que a mesma é regida pelos seguintes objetivos: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O conjunto de disposições constitucionais referentes à saúde e outros direitos sociais previstos na Constituição de 1988 exigiu da doutrina e da jurisprudência constitucionais o desenvolvimento da reflexão sobre seu conteúdo, eficácia e aplicabilidade. Isso porque tal como assegurado na Constituição pelo art. 196, assume o direito à saúde vital importância no nível de comando não só ao legislador ordinário, como também ao intérprete, seja ele administrador ou juiz.

No que se refere ao conteúdo, embora a ideia de saúde seja bastante ampla, tem-se invocado a definição adotada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), segundo a qual “saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doenças físicas ou enfermidade”¹¹¹.

O direito à saúde envolve tanto um aspecto defensivo como uma dimensão prestacional. Na lição de Daniel Sarmento:

Na dimensão defensiva, esse direito atua como um mecanismo de bloqueio, para impedir que condutas do Estado ou de terceiros venham a lesar ou ameaçar a saúde de titular do direito. E a dimensão prestacional impõe ao Estado deveres comissivos, no sentido de formular e implementar políticas públicas visando a promoção da saúde das pessoas, bem como fornecer prestações materiais aos cidadãos correlacionadas à saúde, tais como atendimento medicamentos. Portanto, o direito à saúde não é exclusivamente um direito positivo ou negativo¹¹².

A despeito do fato do direito à saúde também conter uma clara dimensão negativa ou defensiva, que proíbe os poderes públicos de praticar ações que coloquem em risco a saúde dos cidadãos – abstenções de comportamentos lesivos à saúde, no mais amplo sentido –, os maiores problemas quanto a sua eficácia,

¹¹¹ Preâmbulo do Ato Fundado da Organização Mundial da Saúde, assinado por 61 Estados, dentre eles o Brasil.

¹¹² SARMENTO, 2010, p. 126-127.

conforme será demonstrado mais à frente, decorrem da dimensão positiva ou prestacional, que requer um dar/fazer estatal e impõe a realização de políticas públicas.

O arcabouço constitucional e legal positivados vincula não somente o administrador a produzir políticas que assegurem o direito à saúde, como também vinculam o legislador e o julgador que, ao produzirem seus misteres deverão fazê-lo de forma a não contrariar a magnitude emprestada a este direito pelas normas que o disciplinam, sob pena de estarem produzindo, no caso do legislador, normas inconstitucionais; e no caso do julgador, interpretações contrárias à Constituição.

De modo mais específico, dispõe o constituinte que as ações e serviços de saúde são dotados de “relevância pública”, cabendo ao Poder Público sua regulamentação, fiscalização e controle.

Nesse sentido, o art. 196 da Constituição dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

As regras e princípios contidos na Constituição acabam por constituir verdadeiro fundamento para que se fale inclusive em um microssistema jurídico da saúde¹¹³, com vetores que orientam a proteção da saúde em nosso ordenamento jurídico, incorporando expressamente aspectos importantes da dimensão organizatória e procedimental, designadamente ao instituir o Sistema Único de Saúde (SUS) como órgão ao qual afeta à coordenação e execução de políticas em matéria de proteção e promoção de saúde no Brasil, e reconhecendo um direito à participação da comunidade na organização e procedimento de suas políticas.

O SUS, como garantia institucional desse direito, é regulado em nível infraconstitucional precipuamente pela Lei n. 8.080/90, e pela Lei n. 8.142/90. O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas dos diferentes níveis federativos, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições

¹¹³ Compreendendo a Constituição como fundamento do microssistema jurídico da saúde: ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo, LTr, 1999, p.29.

públicas federais, estaduais e os municipais de controle de qualidade, inclusive de sangue e homoderivados, e de equipamentos para saúde¹¹⁴.

A conformação em “sistema”, como assevera Mariana Filchtiner Figueiredo, impõe que o SUS subsista como “um conjunto de unidade, serviços e ações que interagem para um fim comum”, em que o adjetivo “único” determina que as diretrizes e princípios estabelecidos constitucionalmente devem ser seguidos de forma unívoca nos três níveis da federação¹¹⁵. Isso porque a competência comum dos entes da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, para cuidar da saúde consta no art. 23, II da Constituição, tornando-os responsáveis solidários¹¹⁶ pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade.

O SUS é um sistema público e nacional, baseado no princípio da universalidade¹¹⁷, tem como diretrizes organizativas a descentralização, com comando único em cada esfera governamental, a integralidade do atendimento e a participação da comunidade, sendo financiado com orçamento da seguridade social¹¹⁸.

A redação do art. 196 da Constituição Federal dá azo a uma extensa discussão hermenêutica sobre o alcance e significado do direito à saúde, notadamente quando se tratar dos limites da garantia. Oportuno salientar que no campo do direito à saúde foi afastada, de início, a interpretação de que essas

¹¹⁴ Nesse sentido: STF, STA AgR 175, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010.

¹¹⁵ FIGUEIREDO, 2007, p.96-97.

¹¹⁶ Em razão dessa solidariedade, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa pelo SUS, independente do nível federativo do seu gestor, de prestações de saúde. Reforça a apontada ideia de solidariedade entre os entes federativos o fato do SUS ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde.

¹¹⁷ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento [...]”

Sobre a universalidade, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo. (STF, STA 91, Min. Rel. Ellen Gracie, p. 26.02.2007)

¹¹⁸ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

disposições seriam normas meramente programáticas, destituídas de força vinculante sobre os poderes públicos. Afinal, a Constituição possui supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico, bem como unidade hierárquico-normativa, significando que todas as regras e princípios nela contidos têm igual validade e igual pretensão de eficácia¹¹⁹.

No que concerne à eficácia das normas que veiculam o direito à saúde, Antonio Moreira Maués ensina que a doutrina nacional reconhece ao menos três dimensões de eficácia do direito à saúde enquanto direito a prestações. Na primeira, que reconhece o direito à saúde como norma objetiva, o legislador e a administração são obrigados a elaborar as leis e regulamentos necessários para o exercício desse direito, afastando sua discricionariedade no exercício das competências que lhe são constitucionalmente atribuídas. O descumprimento desses deveres fundamentais autoriza, segundo o autor, o controle jurisdicional de constitucionalidade, pelo uso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seja legislativa, seja administrativa (art. 103, § 2º), e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), quando a ausência de norma regulamentadora impeça o exercício do direito. Na segunda, compreende-se o direito à saúde como direito subjetivo definitivo, em razão das normas constitucionais da saúde possuírem por conteúdo direitos subjetivos a prestações no que se refere ao seu conteúdo essencial, que é constituído pela parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. Na terceira dimensão de eficácia, reconhece-se o direito à saúde como direito subjetivo *prima facie*. Nessa visão, os direitos sociais são concebidos como princípios cuja aplicabilidade se sujeita a um processo de ponderação no caso concreto, anterior a seu reconhecimento definitivo, no qual são consideradas as demais circunstâncias em causa, não sendo possível estabelecer de forma apriorística, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial porque a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, ignorando a condição específica do titular do direito¹²⁰.

¹¹⁹ ROCHA, 1999, p. 29.

¹²⁰ MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. (Org.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v, p. 257-273.

Compulsando as três dimensões de eficácia, o que é importante observar é que as três concepções, ainda que diverjam sobre seu conteúdo subjetivo, reconhecem que o cumprimento das normas constitucionais sobre saúde pode ser exigido judicialmente.

Quanto à aplicabilidade do direito à saúde, aplica-se a regra do art. 5º, § 1º¹²¹ da Constituição Federal, que objetiva atribuir às normas de direitos fundamentais aplicabilidade imediata, dotando-as de uma normatividade reforçada.

Cuida-se o dispositivo constitucional de verdadeiro mandado de otimização ou maximização, de natureza principiológica, que impõe ao aplicador do direito a tarefa de atribuir a maior eficácia possível às normas definidoras de direitos fundamentais¹²². Representa uma cláusula de vinculação dos direitos fundamentais, deixando-os fora da esfera de alcance dos Poderes Públicos e dos particulares, e por isso, aplicando-se tanto às relações privadas quanto aos órgãos dos três Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário.

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção de políticas públicas de saúde já existentes do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é a inexistência de normas e/ou políticas públicas para saúde, e sim de execução pelos entes federados.

Muito embora a Constituição deixe claro que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional - que impõe aplicabilidade imediata às normas de direitos fundamentais; muito embora se reconheça a exigibilidade judicial de prestações referentes à saúde, o que se tem constatado é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, como dão conta os diversos pedidos de suspensão de segurança, de tutela antecipada e de liminar, é recorrente a tentativa do Poder Público de paralisar decisões judiciais que condenam o Poder Público ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde.

¹²¹ “Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹²² SARLET, 2009, p. 59.

Sobre o tema, merecem aqui registro especial pela importância do tema que veiculam o paradigmático Recurso Extraordinário n. 271.286, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45¹²³, ambos sob a relatoria do Ministro Celso de Mello¹²⁴, e a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes¹²⁵.

No primeiro discute-se o fornecimento gratuito de medicamentos a paciente com síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA/AIDS) destituído de recursos financeiros como dever constitucional do poder público decorrente do direito à vida e à saúde.

A relevância da decisão está nas observações do Ministro Celso de Mello, claramente indicativas da magnitude conferida ao direito à saúde pelo texto constitucional e a repercussão da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Asseverou o Ministro que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República, traduzindo bem jurídico constitucionalmente tutelado. E que o mesmo, – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, configurando qualquer omissão em assegurá-la em grave comportamento inconstitucional.

Alegou ainda que caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional insequente, e que o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus da imunodeficiência humana (HIV), dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Consolidando o entendimento firmado há mais de dez anos no mencionado julgado, o Ministro Celso de Mello no ARE n. 639.337 AgR / SP,

¹²³ STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, p. 04/05/2005.

¹²⁴ STF, RE 271286 AgR / RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 24/11/2000.

¹²⁵ STF, STA 175/ AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j.17/03/2010.

elaborou o seguinte raciocínio, ao decidir sobre direito social prestacional de espécie diversa à saúde:

O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional.

(...)

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.¹²⁶ (grifo nosso).

Concluiu no julgamento do AgR-RE n. 271.286-8/RS que "a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)", legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

No que se refere à ADPF n. 45, caso apreciada apenas quanto à decisão efetivamente prolatada, a mesma não se destacaria, já que considerada prejudicada pela perda superveniente de seu objeto.

A relevância da decisão está nas considerações do Ministro Celso de Mello de que a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, encargo que reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, embora em bases excepcionais, poderá ser atribuído ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Confere, portanto, ao Poder Judiciário o papel de garantidor da eficácia e da integridade de direitos fundamentais.

¹²⁶ STF, ARE 639337 AgR / SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 15/09/2001.

Nesse sentido, assevera que:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Em resumo, quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, deve ser destacada a ementa da decisão da ADPF n. 45, que foi assim lavrada:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Na STA n.175 AgR/CE, o agravante requer a reforma da decisão que determinou o fornecimento pelo Município de Fortaleza de medicamento denominado "ZAVESCA", cujo custo mensal foi orçado em R\$52.000,00, à jurisdição portador da patologia rara que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, denominada NIEMANN-PCK TIPO C.

Alegou o agravante que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação dos poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se em casos como este, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas.

A decisão ganha destaque porque considerando a relevância da concretização do direito à saúde, bem como a grande quantidade de processos e complexidade que envolve a discussão sobre o direito à saúde, se preocupa o Ministro Relator na fixação de critérios para que as decisões judiciais que

determinem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.

Como método para a fixação de parâmetros e redimensionamento da questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, utiliza-se do diálogo com especialistas em matéria de saúde pública, aí compreendidos os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Pública, além de acadêmicos e de entidade e organismos da sociedade civil.

Adotou como primeiro critério ou parâmetro para tomada de decisão em casos como os da STA n. 175, "a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteadas pela parte". Isso porque, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas já formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas tão somente determinando o seu cumprimento, e nesses casos, "a existência de um direito subjetivo público a determinada política de saúde parece ser evidente".

Considerando ainda o alto índice de demandas buscando a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registradas na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), restou fixado ainda que o registro na agência reguladora configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo, em regra, o primeiro requisito para que o SUS possa considerar sua incorporação.

Desse modo, o segundo critério ou parâmetro a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Legítima o não custeio a ausência de evidências científicas suficientes para determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses.

No mais, em razão do acesso universal e igualitário das políticas envolvendo saúde, conclui o relator que, em geral, "deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente". Ressaltou, todavia que:

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada

pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Aspecto processual que ganha destaque na apreciação da STA n.175 é aquele que concerne à instrução das demandas que veiculam prestações de saúde. Destaca o Ministro a imprescindibilidade da instrução processual, com ampla produção de provas, a fim de subsidiar a concessão de medida cautelar, bem como para evitar a produção de atos processuais (petições iniciais, contestações e sentenças) que, muitas vezes, não contempla as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Conclusivamente, por todo exposto, observa-se que constitucionalizada a questão da saúde pelo art. 196 da Constituição, o tema, com toda a complexidade que lhe é inerente, é deslocado do debate político para o universo das pretensões judicializáveis e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós.

No Estado Contemporâneo, “vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”¹²⁷. Ademais, é preciso considerar que funcionam como motor para a ascensão institucional do Poder Judiciário, o reconhecimento da Constituição como norma jurídica, bem como aumento de tarefas da Constituição, que além de disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, estabelece determinados limites ao seu conteúdo, e impõe deveres de atuação ao Estado.

¹²⁷ BARROSO, 2011, p. 359.

4 A JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA E A APLICABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE.

4.1 Considerações Sobre a Influência do Modelo Positivista e dos Valores do Estado Liberal de Direito nos Conceitos Chiovendiano e Carneluttiano de Jurisdição.

Como o objetivo do presente trabalho é analisar o papel da jurisdição na aplicabilidade do direito à saúde no sistema jurídico processual brasileiro, num primeiro momento, não se pode deixar de enfrentar o conceito de jurisdição na perspectiva do Processo Civil brasileiro contemporâneo. Isso porque tal conceito, que ao lado dos conceitos de ação e processo integram a trilogia do processo civil, no modo proposto pelo processualismo, merece uma revisão, natural ante os novos influxos culturais, a fim de que se coadunem ao formalismo-valorativo.

Em tal revisão, visto que este intuito brota da própria jurisdição, não se faz tarefa do ócio ingressar no caloroso debate doutrinário e jurisprudencial sobre o modo pelo qual o juiz se desincumbe do seu ofício jurisdicional: dentro de uma perspectiva meramente declaratória e/ou constitutiva? O foco da discussão sobre o posicionamento unitário ou dualista, na lição da Gisele Góes, está localizado numa antiga, porém atual e necessária polêmica entre os planos dos direitos substancial e processual e o momento de sua formação e seu desenvolvimento. Afirma a autora que a questão é muito cara para o Direito Processual Civil, pois não se esgota apenas no debate de onde surge o direito subjetivo (nos lindes do processo ou precede o exercício da função jurisdicional), instalando-se no Direito Constitucional, no bojo das atividades legislativa e judiciária do Estado, precisando de uma meticulosa análise da divisão das funções do Poder¹²⁸.

Na definição de José Frederico Marques:

A jurisdição é uma das funções que o Estado exerce, como entidade soberana, dentro do seu território. Por meio da jurisdição, o Estado atua para fazer justiça, dando, assim, a cada um o que é seu, sempre que exista

¹²⁸ GÓES, 2004, p. 103 -104.

situação intersubjetiva litigiosa, ou lide, que deva ser composta ou solucionada¹²⁹.

Partindo da premissa que a jurisdição é função exercida pelo Estado através de agentes adequados, com vistas à solução de conflitos interindividuais ou supra-individuais, conceitua Cândido Dinamarco a jurisdição como função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos¹³⁰.

Tradicionalmente, com maior ou menor variação, tende a doutrina brasileira a entender que a jurisdição é uma atividade substitutiva do juiz, cujo objeto é a eliminação de uma lide com força de coisa julgada em uma atividade plenamente vinculada à lei¹³¹. Congregam, portanto, as opiniões dos dois maiores expoentes do processualismo: Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti.

Para Giuseppe Chiovenda, no Estado moderno, a produção do direito é monopólio do Estado, tanto no que se refere à confecção das leis quanto em afirmar e atuar a vontade da lei que os juízes considerem existente como vontade concreta¹³².

Dessa forma, condicionado na organização do tecido processual pelos valores do Estado Liberal de Direito e pelo modelo filosófico positivista, Chiovenda define “jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva”¹³³. A partir do conceito, é possível extrair algumas ideias centrais do pensamento chiovendiano.

¹²⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I. Forense. RJ. 1997. p.87.

¹³⁰ DINAMARCO, 2010, p. 315.

¹³¹ Neste sentido, em clássica obra, afirmam Cândido Dinamarco e Antônio Carlos Cintra que a jurisdição, “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147)”.

¹³² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 6.ed. vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.26.

¹³³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1943, p.11.

Primeiramente, embora destaque que a jurisdição é exclusivamente função de Estado exercida por funcionários judiciais remunerados diretamente pelo Estado¹³⁴, não sendo admitido que outros institutos e pessoas diversas do Estado constituam órgãos para atuação da vontade da lei,¹³⁵ Chiovenda não consegue encontrar a partir destas constatações critérios que permitissem *per se* separá-la organicamente das demais funções de Estado.

Para Chiovenda, afigura-se como critério diferencial o objetivo de substituição da atividade jurisdicional. Substituiria de maneira definitiva e obrigatoriamente ora uma atividade pública, ora uma atividade alheia,¹³⁶ no “afirmando existente ou não existente uma vontade concreta da lei”¹³⁷.

Parece-nos que o que é característica da função jurisdicional seja a substituição por uma atividade pública de uma atividade privada de outrem. Essa substituição tem lugar de dois modos, referentes a dois estágios do processo, a cognição e a execução¹³⁸.

Na doutrina de Chiovenda, há como pressuposto a distinção entre as funções estatais, sendo uma delas destinada a produzir direito, ou seja, legislar; e a segunda, realizada pelo administrador e pela jurisdição, destinada a atuar a vontade do direito, vale dizer, da lei. A atuação, contudo, é bem diferente quando realizada pelo administrador e pelo juiz, pois este último age atuando a lei, considerando-a em si mesma, enquanto o primeiro age em conformidade com a lei, considerando-a norma de conduta. E ainda, a administração é atividade primária ou originária; e a jurisdição atividade secundária ou derivada¹³⁹.

Concebe-se a jurisdição como atividade secundária, pois o juiz afirma a preexistência da vontade da lei de que a prestação se cumpra ou de que um direito à prestação se constitua. Ao decidir, não pode o juiz criar nem modificar a lei, mesmo que a considere injusta, devendo tão somente aplicá-la¹⁴⁰.

¹³⁴ *Ibidem*, p.14.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹³⁶ Diz o autor: “Pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente”. *Ibidem*, p.22.

¹³⁷ O autor tem a jurisdição como atividade secundária, pois juiz atua a lei – ou seja, afirma a preexistência da vontade da lei de que a prestação se cumpra ou de que um direito à prestação se constitua.

¹³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923,p. 296 Apud BAPTISTA DA SILVA, 2003, p. 27.

¹³⁹ CHIOVENDA, 1943, p. 42.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.44.

Chiovenda, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”, revela-se um verdadeiro adepto da doutrina que separava radicalmente as funções do legislador e do juiz¹⁴¹. A função da jurisdição é meramente declaratória porque o juiz ou declara ou atua a vontade da lei. A sentença é um elemento externo ao ordenamento jurídico, pois dada a plenitude do mesmo, ao juiz caberia tão somente subsumir a norma ao caso concreto alçando mão de uma atividade puramente intelectual¹⁴².

Chiovenda preleciona que a atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata de lei (questão de direito), e exame de fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato). Resultado da atividade jurisdicional será a atuação da vontade da lei. Essa concepção, de que o juiz se desincumbe do seu ofício jurisdicional dentro de uma perspectiva meramente declaratória, é considerada adepta da teoria dualista do ordenamento jurídico¹⁴³.

Para os dualistas, o Legislativo, ao produzir normas gerais e abstratas, as colocam estáticas, na dependência somente dos fatos para se concretizarem; por isso, bastaria a ocorrência de um fato juridicamente relevante para que, de modo automático, se tornasse viva a norma anteriormente inerte e abstrata. A função jurisdicional “animaria a norma” tão somente declarando o direito subjetivo preexistente.

A principal objeção lançada contra a doutrina de Chiovenda vem resumida na crítica ao caráter substitutivo atribuído à atividade jurisdicional, pois não explica, por exemplo, a natureza da sentença preponderantemente mandamental, tampouco das decisões sobre questões de processo, especialmente daquelas que dizem

¹⁴¹ MARINONI, 2010, p. 38.

¹⁴² Para esta teoria, denominada dualista do ordenamento jurídico, o Estado não cria direitos subjetivos quando exerce a função jurisdicional. Esta se limitaria ao reconhecimento de direitos preexistentes, razão pela qual essa teoria é conhecida também pelo nome de teoria declaratória. O Estado, no exercício da jurisdição, limita-se a atuar a vontade da norma, subsumindo-a ao caso concreto. Consulte-se CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1.11.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 68.

¹⁴³ No Brasil, processualista de referência do dualismo é o Professor Cândido Dinamarco para quem a solução dualista pauta-se pela simplicidade de quem afirma coisas evidentes que não requerem expedientes sutis de argumentação para serem demonstradas, pois observam os fenômenos em primeiro lugar sobre um plano objetivo, afirmando que o direito do caso concreto nasce independente de qualquer atividade do intérprete; e que a este caberia verificação, declaração e atuação da norma concreta.

respeito à competência e à suspeição, onde não se vislumbra qualquer traço de substitutividade a uma atuação originária.

A crítica mais séria que se poderá fazer à doutrina de CHIOVENDA, que, todavia, não lhe retira o mérito, está em seu pressuposto doutrinário, mais do que na formulação propriamente da doutrina. A objeção a ser feita à célebre doutrina chiovendiana sobre a jurisdição está em que o grande processualista italiano, sob a influência das ideias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como funções separadas, e até, em certo sentido, antagônicas, a função de legislar e a função de aplicar a lei. Sua doutrina sustenta-se na postulação de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o juiz, um *dado* prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta, completa e definitivamente, pelo legislador, restando ao juiz a exclusiva tarefa de aplicação da lei ao caso concreto¹⁴⁴.

Embora não se possa obscurecer o mérito de Chiovenda em desvincular o processo do direito material, é imperioso ressaltar que os princípios básicos dessa escola processual são aqueles que fundamentam o modelo ideológico do Estado Liberal, e não possuem, portanto, dimensão social. Deste modo, apesar de ter contribuído para desenvolver a natureza publicista do processo, manteve-se fiel às concepções de igualdade formal, liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas, rígida separação das funções estatais e principalmente à ideia de subordinação do executivo e do judiciário à lei.

Na visão de Carlos Cerda Fernandes, Carnelutti foi o representante máximo do abstrativismo, do conceitualismo preciosista¹⁴⁵. Partindo da ideia central de lide - compreendida como conflito de interesses para cuja composição opera-se o processo¹⁴⁶ -, Francesco Carnelutti atribui à jurisdição a função de justa composição da lide. A lide é característica essencial para a presença de jurisdição, bem como a razão pela qual as partes precisam do juiz. Sem haver lide, não atividade jurisdicional. No pensamento carneluttiano, a jurisdição é um serviço organizado pelo Estado com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies, abrangendo a um só tempo os conflitos de natureza privada e de direito público.

O processo é, portanto, um processo caracterizado pelo fim, que não é outro que a composição da lide; quem faz consistir seu fim com o meio, que veremos, precisamente consiste nessa declaração de certeza ou de atuação do direito poderia até o próximo fim, mas não o fim do último processo. Já que, como diremos mais adiante, a composição se deve fazer conforme o

¹⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, 2003, p. 29.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ, Carlos Cerda. **Iuris Dicto**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 155.

¹⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. I. Campinas: Seranda, 1999, p.77.

direito ou conforme a equidade, e a conformidade com o direito ou com a equidade expressa-se por meio do conceito de justiça, a fórmula pode ser integrada falando de *justa composição da lide*. Apenas há necessidade de advertir que, se a justiça da composição constitui o fim, pode na corresponder a ela o resultado do processo; a eliminação inevitável deste, perante aquele, é o sinal de sua humanidade¹⁴⁷.

Observe-se que na concepção carneluttiana o conflito de interesses antes da intervenção do juiz já havia sido objeto pela lei de regulação jurídica. A “justa composição da lide” seria tão somente um marco dessa regulamentação, tornando concreta a norma abstrata e genérica. Ou seja, a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico¹⁴⁸. O juiz é privado da função de determinar a realização da justiça. E submeter a lide aos regulamentos do direito objetivo não é o mesmo que apreciar o Direito.

Entre as objeções lançadas contra a doutrina de Carnelutti estão as críticas ao caráter da imprescindibilidade atribuído ao elemento lide – pois não explica, por exemplo, a natureza jurisdicional dos procedimentos de jurisdição voluntária –, bem como ao fato de definir a função jurisdicional não pelo o que *ela é*, mas aquilo a que ela serve – justa composição da lide. A composição dos conflitos interesses pode se dar de várias formas, por outros agentes do Estado que não sejam juízes, e não há critério que permita afirmar de antemão que as demais formas de resolução de conflitos, realizadas pelos agentes do Executivo, serão menos justas ou contrárias à lei.

A concepção de “justa composição da lide” é ligada a uma tomada de posição em face da função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para Carnelutti, a sentença torna concreta norma abstrata e genérica, isto é, faz, particular a lei para os litigantes¹⁴⁹. Cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico.

Essa concepção, de que o juiz se desincumbe do seu ofício jurisdicional dentro de uma perspectiva constitutiva, é considerada adequada da teoria unitária do ordenamento jurídico.

¹⁴⁷ MARINONI, 2009, p.93.

¹⁴⁸ Para os adeptos desta teoria, denominada unitária do ordenamento jurídico, as leis materiais não são capazes de, por si sós, gerar direitos subjetivos, mas tão somente expectativas de direitos. Cabe ao Estado-juiz, através do exercício da função jurisdicional, criar o direito subjetivo antes inexistente. A sentença teria a função de criar direitos substanciais, compondo assim o litígio. Consulte-se> CAMARA, 2004, p. 68.

¹⁴⁹ MARINONI, 2010, p. 38.

A tese unitarista proclama que o direito subjetivo ganha vida no processo e pela sentença. Antes do estágio processual, existiriam só interesses em atrito, porém não direito subjetivo. Para os defensores da tese unitária, tais quais Hans Kelsen e Oskar Von Bülow, o exercício da atividade legislativa se completa com a atividade jurisdicional. A norma estaria subordinada ao Judiciário, no sentido do alcance da sua aplicação e concretude. Oskar Von Bülow afirma que não somente o direito subjetivo experimenta uma transformação por meio do processo, mas também a lei, que sai da condição de mandado jurídico abstrato à condição de mandado jurídico concreto¹⁵⁰.

A sumária abordagem sobre as teses unitária e dualista tem como meta demonstrar que o escopo da jurisdição variará, a depender da tese adotada. Os adeptos da tese unitária trilham o caminho do escopo jurisdicional como justa composição da lide, enquanto os dualistas asseguram que é atuação da vontade concreta da lei.

Não se busca aqui, antagonizar as duas teorias, tampouco adotar como correta uma em detrimento da outra. O que se planeja aqui é a conciliação das teorias, não as encarando como fontes antagônicas, inconciliáveis e excludentes, como as fitam vários doutrinadores. Isso porque, é preciso ter em mente que quanto maior a fluidez, o campo de argumentação na atividade do magistrado, que o permita tendo em vista o caso concreto, encaminhar-se de acordo com o unitarismo e/ou dualismo, mais apto é o sistema para a realização da promessa constitucional de acesso à justiça. Conforme ressalta Gisele Góes, a fluidez da opção a ser utilizada não representa nenhuma ilegalidade ou ilegitimidade para o sistema jurídico, porque se adapta perfeitamente ao modelo da proporcionalidade¹⁵¹.

Em verdade, busca-se demonstrar que as duas tem como ponto de contato, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, o fato de estarem igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei, pois o juiz somente pode proferir sentença com base em uma norma geral criada pelo legislador. Ou seja, as duas teorias beberam da mesma fonte, pois a fórmula da “composição da lide” também pode ser analisada a partir da ideia central de que a lei é por si só insuficiente para

¹⁵⁰ BULOW, 1964, p.3, nota de rodapé 3.

¹⁵¹ GOÉS, 2004, p.109.

compor a lide¹⁵², e quer dizer apenas que o juiz depois de raciocinar, concretiza a norma já existente, a qual dessa forma, também é declarada¹⁵³.

Os dois conceitos de jurisdição construídos pela doutrina clássica fazem da jurisdição uma atividade plenamente vinculada à lei, compreendida como expressão da vontade geral, integrada em um ordenamento jurídico completo, vazia de substancia. A produção jurídica era concentrada somente na instância legislativa; ao juiz mero burocrata, “boca da lei”, detentor de um poder nulo, competia através de simples exegese buscar a vontade do legislador¹⁵⁴.

As objeções às duas teorias estão, em verdade, em seu pressuposto doutrinário, pois sob a influência das ideias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia rígida separação, e até, em certo sentido, antagônicas, à função de legislar e à função de aplicar a lei. Sustentam-se na postulação de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o juiz, um *dado* prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta, completa e definitivamente, pelo legislador.

O Estado de Direito, por ser inimigo de excessos, do uso não regulamentado do poder, tem a generalidade da lei como importante premissa para a realização do princípio da separação dos poderes. Se as leis pudessem se dirigir a cada sujeito, individualmente considerado, não haveria mais necessidade de juízes e da administração. O legislador concentraria em si todos os poderes de Estado. Do mesmo modo, se o juiz pudesse criar uma lei para cada caso concreto a partir de uma atividade puramente intelectual, o mesmo concentraria em si todos os poderes do Estado.

A generalidade da lei, num situado momento histórico, funcionou como uma resposta às arbitrariedades dos monarcas absolutistas, garantindo a imparcialidade do Estado, isonomia jurídica entre os cidadãos, estabilidade da ordem jurídica e, por conseguinte, a certeza e a previsibilidade do direito. Daí ser um valor tão caro ao Estado Liberal. Contudo, contemporaneamente, não se pode mais

¹⁵² MARINONI, 2010, p. 38.

¹⁵³ *Ibidem*, p.40.

¹⁵⁴ Neste sentido, ensina Gustavo Zagrebelsky: “ La concepción Del derecho própria del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de eu de que hemos hablado era El <positivismo jurídico> como ciencia de la legislación positiva. La Idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del deecho – esto es, lós derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley(ZAGREBELSKY, 2009, p. 32)”.

aceitar a ideia de que a lei traduz a “expressão tranquila da vontade geral”, tampouco que a jurisdição brasileira submetida à simples pauta da legalidade.

A jurisdição contemporânea está sim e fundamentalmente submetida à pauta da juridicidade, pelo que ratificamos o entendimento de Daniel Mitidiero, que “tudo aconselha, pois que se abandone o conceito tradicional de jurisdição”¹⁵⁵, e passe-se a compreender a jurisdição como manifestação do poder estatal, cujo exercício se amarra à conformidade com os limites postos na Constituição.

4.2. Considerações sobre a Influência Do Modelo Neopositivista e dos Valores do Estado Democrático de Direito no Conceito Contemporâneo de Jurisdição.

Após a segunda guerra há um câmbio paradigmático no Direito, alçando a Constituição posição de norma suprema, bem como de instrumento que organiza e qualifica os procedimentos para elaborar e aplicar leis, de forma a evitar a usurpação da soberania popular por parte de instituições públicas e privadas. À Constituição, todos os poderes são submetidos, não somente quanto à forma e procedimento de elaboração das leis, mais também quanto ao seu conteúdo.

É importante asseverar que ao fim dos regimes totalitários do século passado, restou suficiente demonstrado a lei *per si* é capaz de assumir forma de mandato arbitrário, que constrói e reforça sistemas de domínio incontrolados e que priva os indivíduos de direitos elementares. A memória dos eventos lacerantes e humilhantes ocorridos nos Estados totalitários tornou as gerações seguintes prudentes e desconfiadas, inclusive em relação às leis regularmente votadas pelo parlamento ou decida pelo povo em referendo¹⁵⁶.

Arbitrariedades e brutalidades se legitimaram por intermédio de leis formalmente perfeitas tornando evidente a necessidade de resgatar a substância da lei e, mais que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação com os princípios de justiça.

¹⁵⁵ MITIDIERO, 2005, p. 80.

¹⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, el derecho y la constitución. **Revista Española de Derecho Consitucional**, Madrid, Año 24. n. 72, p.11-24, set/dic. 2004.

El *ius*, por su parte, en su ciega existencialidad, puede servir para activar fuerzas brutales en nombre de valores irracionales y puramente emotivos; pero, por el contrario, remitiéndose a patrimonios de principios civiles interiorizados en el curso de la historia de un pueblo, puede ser factor de estabilización de la ley y garantía frente a sus abusos¹⁵⁷.

Diante dos horrores institucionalizados em Estados fundados em formalidade vazia de conteúdo ético, passou a comunidade jurídica por um momento de profunda reflexão quanto ao conteúdo das leis. Em razão disto, no período pós-segunda guerra, a Constituição sofre uma releitura. Os direitos fundamentais são incluídos nos textos constitucionais, e passam a formar um consenso mínimo, oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder, assumindo a qualidade de elementos valorativos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito.

À luz do constitucionalismo pós-segunda guerra, a lei depende, portanto, da sua adequação aos direitos fundamentais, exigindo uma compreensão crítica em face da Constituição, para que ao final do processo de interpretação faça surgir uma norma adequada aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.

Deste modo, alterando-se os requisitos de validade das leis, que deixam de depender somente do respeito às normas procedimentais sobre a sua formação, e passam a também depender do respeito às normas substantivas sobre o seu conteúdo, é alterado o papel da ciência jurídica, que se torna crítica e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia exigidas para superar as antinomias e lacunas da legislação vigente em relação os imperativos constitucionais, bem como, e principalmente, a natureza da função jurisdicional e a relação entre o juiz e a lei¹⁵⁸.

Não é ocioso ressaltar que uma das consequências do apontado movimento constitucionalista é desenvolvimento no modelo filosófico neopositivista. Esse modelo é independente filosoficamente em relação ao modelo positivismo não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento - nisso nada difere do modelo positivista -, e sim por apresentar uma estrutura normativa diferenciada, que submete o texto de lei a outro tipo de norma, além da regra: aos princípios materiais de justiça e direitos fundamentais.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y libertades: Revista del instituto Bartolomé de las Casas. Año IV. Núm. 7. Jan - 1999. Madri – Espanha.

Em tal contexto histórico, as constituições, recepcionando uma série de princípios materiais de justiça, passam a ser concebidas a partir de uma estrutura normativa de princípios e regras – formais e substanciais –, compreendida como ordem fundamental em sentido quantitativo e qualitativo. De uma estrutura normativa constituída por regras, própria do modelo positivista, migra-se para uma estrutura normativa de regras e princípios.

A ruptura com o hermético modelo de regras trazida pelo positivismo e a compreensão do direito por meio de princípios, impõe ao modelo uma autonomia filosófica ante o positivismo¹⁵⁹ do Estado liberal, bem como impõe uma releitura do princípio da separação dos poderes, principalmente no que concerne à atividade jurisdicional, praticamente resumida à técnica da subsunção¹⁶⁰.

Nesse cenário, como a validade da lei dependerá, no modelo filosófico neopositivista, da coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição¹⁶¹, ao Poder Judiciário conceber-se-á uma nova inserção no âmbito das

¹⁵⁹ A partir de algumas poucas proposições centrais e organizadoras, Ronald Dworkin apresenta um esqueleto do positivismo compreendido resumidamente sob os seguintes preceitos chaves: i) O direito de uma comunidade é o conjunto de regras especiais, identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas; ii) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra, o caso deverá ser decidido por uma autoridade pública, como um juiz, exercendo seu “discernimento pessoal”; e, iii) Na ausência de regra jurídica válida não existe obrigação jurídica. Argumentando que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes pelos padrões que não são regras, tais quais os princípios, as políticas e outros padrões. Ronald Dworkin afirma que nos casos dramáticos decididos pelas Suprema Corte estadunidense existem controvérsias relativas a princípios morais, e que em verdade os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não à estratégias ou fatos jurídicos. (DWORKIN, 2010, *passim*)

¹⁶⁰ Aponta Norberto Bobbio, que devem estar presentes nas formulações que almejem ser consideradas como positivistas, que o direito deve ser estudado como fato, não como valor, devendo o jurista se abster de qualquer juízo valorativo sobre a realidade em que se encontra. Direito é direito, e o conceito prescinde da avaliação de que seja bom ou mal, bem como de um juízo de valor ou desvalor. Ao lado disso é importante levar a tona que por emanar o direito de um dos poderes do Estado, o conceito de direito deve estar vinculado à possibilidade de se fazer cumprir coercivamente. E mais. Por emanar do Estado, deve-se considerar que a principal fonte do direito é a legislação, que tem preferência sobre qualquer fonte do direito. Por este motivo, no modelo positivista, a atividade de interpretação da norma é mecânica, consistindo em mera declaração de direito, pois para todos os casos apresentados há uma regra jurídica. Há, portanto, o dogma de que o ordenamento jurídico é completo, sem lacunas, antinomias e ambigüidades. (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 19 e ss)

¹⁶¹ Vale a pena observar o que ensina Gustavo Zagrebelsky: “(...) hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución, que, por consiguiente, la apelación de la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), son que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en <nociones de contenido variable> y, por tanto, cumplen una función

relações dos poderes de Estado, transcendendo as funções do *check and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que valores constitucionais tem precedência mesmo contra textos legislativos¹⁶².

Nessa esteira, é imprescindível a atribuição de um sentido contemporâneo ao instituto da jurisdição, que confira ao juiz não somente a função de declarar o direito ou criar a norma individual, submetido a uma lei suprema, independentemente de seu conteúdo, mas uma teoria que torne evidente que é dever da jurisdição, tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto, evidenciando que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado Constitucional¹⁶³.

O direito à jurisdição, à tutela jurisdicional, tem dimensão constitucional na Constituição de 1988, alcançando a dignidade de direito fundamental, com aplicabilidade imediata. Esse reconhecimento pelo ordenamento jurídico posto é prenhe de consequências, pois não apenas o legislador é devedor de estruturas normativas e organizacionais que satisfaçam o direito à justiça, mas também o órgão jurisdicional. O exercício pleno desse direito não se esgota somente com a propositura da ação no Poder Judiciário, devendo ser compreendido como direito efetivo à justiça, a fim de que funcione o processo como instrumento por intermédio do qual concretiza-se a justiça substancial.

E caminhar em prol da verdadeira justiça substancial significa instaurar a campanha da efetividade no processo, materializada por um processo que disponha de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema¹⁶⁴.

No marco do que seria uma constitucionalização do Direito Processual, ganha destaque a preocupação quanto aos instrumentos processuais hábeis a

esencialmente dinâmica – se, comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio”.

¹⁶² STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2002, p. 156.

¹⁶³ Ibdem, p. 139.

¹⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, São Paulo n.77, p.168 - 176, 1995.

assegurar a efetividade das normas constitucionais e sobre os melhores instrumentos processuais para garantia dos direitos fundamentais¹⁶⁵.

Por mais que se possa caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma "Constituição social, dirigente compromissária", é senso comum que a elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí a eficácia das normas constitucionais exigirem um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário. A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais valerá, portanto, como indicador da exequibilidade do potencial das normas constitucionais, funcionando a jurisdição constitucional como verdadeira condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.

A jurisdição é antes de tudo um poder estatal, cujo exercício se leva a cabo através da função judiciária. É poder; poder que emana do povo, como reconhece o art. 1º, parágrafo único do Texto Constitucional. Seu exercício se amarra à conformidade com os limites e objetivos postos na Constituição.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, à jurisdição calha aplicar, coativa e autoritativamente, o direito; não aplica tão-somente a lei. O ponto é de relevo, pois na fase metodológica denominada formalismo-valorativo, o processo é instrumento para a persecução da justiça no caso concreto. Embora em muitos casos, a solução legal seja a solução adequada, há casos, porém, em que não estão na "cartilha do judiciário", tendo o juiz que concretizar o direito no caso concreto para realizar a justiça¹⁶⁶. O juiz, sensível ao fato de que o legislador não pode caminhar na mesma velocidade da evolução social, deverá atribuir sentido ao caso levado à sua análise, aproximando-o da realidade.

¹⁶⁵ Cumpre refletir em cima de preocupações de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira de que o garantismo muito propalado no direito penal, correlaciona-se com a problemática, no processo civil, acerca do acesso à justiça, considerada contemporaneamente como "acesso à ordem jurídica justa" e como eficácia do processo", procurando demonstrar a remoção dos obstáculos à justiça e ao bem comum no exercício da jurisdição. As pressões externas sofridas pelo sistema processual, requer que o mesmo se realize e enderece a resultados jurídicos substanciais, sempre na medida e pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política. (Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. In: SARMENTO, 2007, p. 541.)

¹⁶⁶ MITIDIÉRO, 2005, p. 82.

Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos¹⁶⁷.

O juiz deixa de ser boca da lei, como queria Montesquieu, e passa a ser projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz de um sistema, ou melhor, da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as imperfeições da lei ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegara considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Deste modo, ao órgão jurisdicional mostra-se lícito, num procedimento em contraditório, transbordar a lei, da mera legalidade. Contudo, nunca, todavia, será lícito soltar-se dos princípios constitucionais de justiça, da juridicidade estatal.

Dentre as formas pelas quais o órgão jurisdicional garantirá e salvaguardará a supremacia dos preceitos constitucionais, temos as formas de jurisdição constitucional previstas no sistema jurídico. Por intermédio da jurisdição constitucional é que o Poder Judiciário compatibilizará a decisão a ser proferida com a “força normativa da com Constituição”¹⁶⁸.

Também chamada pela doutrina de justiça constitucional, Joaquim José Gomes Canotilho afirma que a jurisdição constitucional consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a Constituição ou o bloco de legalidade reforçada consoante se trate de fiscalização da legalidade¹⁶⁹.

¹⁶⁷ MARINONI, 2010, p. 97.

¹⁶⁸ A ideia de Constituição normativa apresenta-se difundida na obra de Konrad Hesse, para quem “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”. Teoria desenvolvida por Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição tem a ver com a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição. Reside na natureza das coisas, impulsionando, conduzindo e transformando a Constituição em força ativa¹⁶⁸. Destacando que a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de eficácia, assevera o autor que constituem requisitos essenciais para o desenvolvimento da força normativa da Constituição: i) que ela leve em conta os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes; e, ii) que seja incorporada na *práxis* a “vontade de Constituição”¹⁶⁸ por todos os partícipes da vida constitucional.

Assevera o jurista alemão que a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma, não sendo possível a aplicação com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, e é adequada quando consegue concretizar de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada sociedade. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 16).

¹⁶⁹ CANOTILHO, 1999, p.905.

Ao falar de jurisdição constitucional é lugar comum afirmar que no direito brasileiro o controle de constitucionalidade pode se dar mediante ação direta ou no curso de qualquer outra ação voltada à solução de um conflito de interesses, que não tenha como fim específico a declaração de inconstitucionalidade de lei, bem como afirmar que a inconstitucionalidade pode ser declarada incidentalmente em qualquer processo. Contudo, falar em jurisdição constitucional não implica falar tão somente no controle que se dá pela declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e sim compreender que ao juiz incumbe um dever de proteção e realização dos direitos fundamentais, no sentido de torná-los efetivos.

Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional¹⁷⁰.

O processo, individual ou coletivo, que considerando a exequibilidade potencial das normas constitucionais, tenha por escopo a efetivação de um direito fundamental – usaremos o direito à saúde, como pertinente exemplo –, é também manifestação da jurisdição constitucional. Segundo Lênio Streck, “é necessário deixar claro que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”¹⁷¹.

Logo, fica óbvio que ao Poder Judiciário compete processar e julgar as demandas em que se requer atuação positiva do Poder Público no sentido de efetivar os direitos fundamentais, e que assim atuando, está o juiz fazendo jurisdição constitucional. O constitucionalismo contemporâneo impõe o dever de caminhar em prol da verdadeira justiça substancial, da efetividade.

A atuação jurisdicional compreende, desse modo, interpretar a lei de acordo com a Constituição, controlar a constitucionalidade da lei, e tutelar amplamente os direitos fundamentais, o que inclui o dever de suprir toda e qualquer

¹⁷⁰ BARROSO, 2011, p.25.

¹⁷¹ STRECK, 2002, p. 362.

omissão legal que impeça a proteção e a plena realização de um direito fundamental.

É conveniente ressaltar que, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais, quando enquadrados em sua dimensão multifuncional, exigem prestações de proteção pelo Estado, que transcendem a tutela jurisdicional.

No caso da saúde, transcendendo a tutela jurisdicional, observa-se a edição de normas, a fiscalização do seu cumprimento, remoção de efeitos concretos derivados da sua inobservância, além das sanções impostas ante a inobservância de tais regras. Há, portanto, proteção ou tutela administrativa. A função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, sem a jurisdição seria impossível ao Estado não apenas dar a tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e a na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas, sobretudo, garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção¹⁷².

Entre nós, o direito à jurisdição tem dimensão jusfundamental (art. 5º, XXXV, CF), com aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF). Logo, o direito à tutela jurisdicional vincula o Estado em toda a sua extensão; não só o legislador infraconstitucional é devedor de estruturas normativas e organizacionais que satisfaçam o direito à tutela jurisdicional, mas também o próprio órgão judicial está gravado de idêntico encargo.

Restringindo o objeto do nosso estudo, há de se observar que a compreensão da tutela jurisdicional à saúde exige esforço e concentração no plano do significado das normas. As normas de proteção do direito fundamental à saúde são normas atributivas de direitos, impondo condutas para que o mesmo seja considerado tutelado. Portanto, tais normas quando violadas, não exigem tão somente as formas de tutela que costumam ser dadas aos cidadãos diante do dano. A realização do direito à saúde, como exige a atuação da norma, não se esgota num remédio capaz de garantir proteção ao sujeito que sofreu dano, que é a tutela ressarcitória. Requer, diante da ameaça ou da violação de norma de proteção a

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um “renovado direito processual In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.127.

direito à saúde, tutela jurisdicional capaz de fazer valer o próprio desejo da norma descumprida.

A dogmática processualista, desenvolvida sob a égide do Estado de Direito, fundou-se nas ideias clássicas de que a liberdade individual deveria ser preservada a qualquer custo, bem como na classificação trinária das sentenças (declaratória, constitutiva e condenatória), concebida para dar tutela aos direitos patrimoniais, sem levar em conta nem a qualidade das partes e nem a qualidade do litígio. A essa abstração, isto é, a essa indiferença pela diversidade de pessoas e dos bens, correspondia no plano da sanção, que somente podia ser imposta pelo juiz a tutela ressarcitória, limitada a exprimir o equivalente em dinheiro do bem almejado. Se o direito a ser tutelado possuía natureza patrimonial e podia ser convertido em pecúnia, não se podia, naquele momento, pensar em tutela preventiva, uma vez que o juiz não podia interferir na liberdade do indivíduo impedindo-o, ou melhor, obrigando-o, a não cometer um ato ilícito.

A Constituição Federal de 1988 não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma expressamente o direito de acesso à justiça diante de “ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), reclamando um modelo de tutela jurisdicional adequado às diversas exigências do direito material, entre elas, a exigência de uma tutela inibitória¹⁷³, que desemboque em uma sentença que possa impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito¹⁷⁴.

A tutela inibitória por não se configurar como tutela voltada para o passado, assume importância no Estado Contemporâneo, a partir da necessidade de se conferir uma tutela preventiva realmente efetiva às novas situações jurídicas, de conteúdo não patrimonial, tal qual o direito prestacional à saúde.

¹⁷³ No magistério de Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se ter preferência à primeira. A tutela ressarcitória, na maioria das vezes, substitui o direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano verificado e, nesse sentido, tem por escopo apenas garantir a integridade patrimonial dos direitos; já a inibitória, que não tem qualquer caráter sub-rogatório, destina-se a garantir a integridade do direito em sim” (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: individual e coletiva. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33).

¹⁷⁴ MARINONI, 2011, p. 32.

A ação inibitória assume papel fundamental diante dos direitos que não podem ser violados para que sejam realmente tutelados¹⁷⁵, pois impede a violação de direitos considerados fundamentais dentro do contexto de Estado Constitucional que passa a apostar na tutela efetiva e concreta de direitos imprescindíveis para uma organização social mais justa.

Enquanto a ação ressarcitória pelo equivalente tem origem patrimonialista e individualista, a ação inibitória, ao contrário, mostra preocupação com os direitos não patrimoniais e com as normas que estabelecem comportamentos fundamentais para o adequado desenvolvimento da vida social¹⁷⁶.

Nesse quadro, a inédita outorga aos direitos fundamentais pelo direito constitucional positivo constitui é uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, pois os mesmos constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com objetivos básicos e fins diretivos para os órgãos legislativos, executivos e judiciários, com eficácia em todo o ordenamento jurídico. Por esta razão, no Estado Constitucional, a jurisdição tem o dever de proteger ou tutelar os direitos fundamentais, devendo o processo se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas ao direito material. Entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação, de modo que sejam aptas a propiciar a sua efetiva prestação.

Outrossim, é possível perceber a importância da ação inibitória como instrumento destinado a tutelar atos contrários ao direito¹⁷⁷.

O juiz tem o dever de utilizar o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Por isso deve interpretar a regra processual de modo a tratá-la com base nas técnicas de interpretação aptas a realizar o direito fundamental à tutela jurisdicional, à luz do caso concreto¹⁷⁸.

Redimensiona-se o papel da jurisdição na tutela dos direitos, que atua aplicando a lei na dimensão dos direitos fundamentais, observando as exigências e particularidades do caso concreto. Não se limita a jurisdição apenas a editar norma

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

¹⁷⁶ MARINONI, 2011, p. 55.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Outorga-se, portanto, ao juiz, maior subjetividade para a tutela dos direitos. Porém, tal outorga, implica ao juiz, o dever de demonstrar que a sua decisão é a melhor possível mediante uma argumentação fundada em critérios racionais.

jurídica, mas sim tutelar concretamente o direito material, viabilizando as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição¹⁷⁹.

A incorporação nos textos constitucionais de princípios, direitos e garantias de matiz processual – como dão conta, a garantia do acesso à justiça, do devido processo legal e da efetividade –, a recepção no plano da Constituição de institutos originariamente oriundos da legislação e da prática processual infraconstitucional – como dão conta, a ação civil pública e o mandado de segurança –, e, ainda o influxo da Constituição sobre a normatividade processual, tem como desdobramento a atribuição ao Poder Judiciário de um dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, que transcende e muito à ideia clássica de que a jurisdição se presta a “atuar a vontade concreta da lei” ou “justa composição da lide”. A jurisdição deve ser compreendida como função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo, criativo¹⁸⁰, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão de tornar-se indiscutível¹⁸¹.

Contemporaneamente, iniludível, ante o texto constitucional, que o ente estatal, se tipifica hordienamente pelo adjetivo (Estado) democrático. Essa impositação é prenhe de consequências. Pois, dessa maneira, deve o Estado

¹⁷⁹ “(...)é preciso descer a esclarecimentos que beiram à superfície para impedir que alguém caia em erro de imaginar que a concepção de jurisdição ora proposta confunde as ideias de tutela dos direitos e de tutela jurisdicional. É pouco mais do que evidente que os conceitos de dever estatal de tutela e de tutela dos direitos se destinam a fundamentar o que se entende por tutela jurisdicional no Estado constitucional. Os dois primeiros conceitos são fundantes do último, na medida que servem para demonstrar que o legislador e o juiz estão submetidos, no Estado constitucional, ao dever estatal de tutela dos direitos e ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e, assim, que o conceito de tutela jurisdicional tem o seu conteúdo nitidamente influenciado pelos conceitos de dever estatal de proteção e de tutela dos direitos” (MARINONI, 2010, p. 144).

¹⁸⁰ Sobre a criatividade judicial, mais uma vez é oportuno advertir que o limite manifesto a esse poder criativo do juiz é o da obrigatoriedade de utilização de argumentação racional no corpo da decisão judicial que, no Brasil, está consagrada no art. 93, IX da Constituição Federal, por intermédio do princípio da motivação. A motivação dá às partes a possibilidade de controle da decisão judicial, funcionando como fator de legitimação do discurso judicial, pois numa estrutura normativa de regras e princípios, o controle da atividade do juiz é muito mais complexo e sofisticado do que aquele que ocorria com base no princípio da tipicidade, quando o juiz decidia nos termos da lei, utilizando-se de instrumentos processuais também por ela definidos, sem que houvesse qualquer possibilidade de adaptar procedimento no caso concreto. GOÉS, 2004, Capítulo I. Merece ser levado em consideração que o intérprete da lei (juiz) encontra outro obstáculo à sua atividade de realizar o Direito de modo criativo: o ponto de partida. O intérprete não pode desprezar os textos normativos, devendo partir dos mesmos para reconstruir o Direito. Isso porque o ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção da busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. Consulte-se, ÁVILA, 2010, p. 30-63.

¹⁸¹ DIDIER, 2009, p. 67.

propiciar a cidadania, elemento essencial da democracia, seja exercida em sua mais ampla plenitude.

Voltando-se ao caso do direito à saúde, sumariamente, pode-se afirmar que a atividade jurisdicional deverá ser voltada no sentido de tutelá-lo não apenas garantindo a proteção ao sujeito que sofreu dano por intermédio da tutela ressarcitória, e também requerendo, diante da ameaça ou da violação de norma de proteção a direito à saúde, tutela jurisdicional capaz de fazer valer o próprio desejo da norma de não ser descumprida, como dão conta as ações em que se requer prestações. As técnicas processuais que servem à tutela jurisdicional do direito à saúde devem pautar-se, entre outras, pelas normas da adequação, da efetividade, de modo a tornar constitucionalmente legítimo o comportamento jurisdicional.

A exigência neoconstitucionalista de uma compreensão crítica da lei em face da Constituição faz da função jurisdicional, entendida como meio pelo qual os direitos e garantias constitucionais concretizados no ato criativo do juiz, instrumento determinante para a persecução de uma identidade democrática do Estado. O juiz é visto como ator determinante na efetiva criação do direito e na solução das legítimas pretensões sociais, de sorte que a própria democracia se realiza quando resolvido o caso apresentado ao Poder Judiciário¹⁸².

É conferida maior dignidade e responsabilidade à jurisdição, já que dela se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, isto é, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.

Não é sem rumo que temos presente em nosso ordenamento constitucional o acesso irrestrito ao Poder Judiciário. Pelo exercício do direito fundamental à jurisdição, as incompatibilidades existentes no meio social se tornam resolúveis e todo indivíduo tem a potencialidade de ser ouvido e ter sua causa satisfatoriamente atendida. E tal direito, como recomenda o formalismo-valorativo, será exercido à luz de um procedimento em contraditório, qual seja, o processo.

A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva *concretização* dos direitos fundamentais, e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na

¹⁸² RIBEIRO, 2010, p. 96.

fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia. É através dele, processo, que 'os cidadãos revelam ser *sujeitos práticos* justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade¹⁸³.

4.3. Aspectos Processuais da Efetivação Judicial do Direito À Saúde

Sem que se pretenda aqui aprofundar a discussão, faz-se mister dilucidar os pontos mais controvertidos ligados à técnica processual no que se refere ao caso do direito à saúde. Situam-se aqui, indubitavelmente, a querela em torno dos limites e possibilidades e uma tutela processual individual e das vantagens da substituição das ações individuais por uma tutela prioritariamente transindividual do direito à saúde. Em causa está, ainda, a problemática da via mais adequada, seja em termos de sua eficácia processual, seja no que diz respeito com a sua conformidade constitucional, bem como discussões quanto à legitimidade do Ministério Público para ações coletivas objetivando acesso à prestações para casos individuais do direito à saúde.

Em contraposição à ideia de direito subjetivo – informado pela rigorosa individualização e pelo princípio dispositivo –, passaram a existir os chamados bens coletivos, e, nessa categoria, devem ser classificados os interesses e direitos coletivos, denominados em nosso direito positivo como interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O processo individualista, apto à tutela do direito subjetivo, revela-se impróprio e intencionalmente inepto para a proteção de situações coletivas, restando necessárias alterações do instrumento para que o reconhecimento e preservação de determinados bens, antes ignorados, viessem a ocorrer.

Em razão do reconhecimento da existência de direitos coletivos, dos quais são titulares uma coletividade de pessoas, foram criadas, a partir de uma articulação do direito material ao direito material, as ações coletivas.

Operou-se uma convergência de propósitos em proteger com maior empenho os bens jurídicos objeto da proteção processual através da Lei de Ação Civil Pública (LACP), instrumento apto por excelência para proteção desses novos

¹⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 17.

bens jurídicos, uma vez que o resultado exitoso da ação abrange a todos, com eficácia *erga omnes* e só será julgada improcedente quando comprovadamente inexistir ilícito. Em sua gênese, a ação civil pública era vocacionada à proteção dos interesses e direitos difusos e coletivos. Noutra giro, os interesses e direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum e cuja titularidade se distribuí por um número expressivo de pessoas, embora não sejam simples soma de situações individuais, só receberam proteção útil com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁸⁴.

Não é ocioso ressaltar que os novos bens, referidos na LACP, CDC e Constituição já nasceram sob o signo da indisponibilidade, revelada pela importância que a esses bem o legislador tributou, bem como pela atribuição de legitimidade a organismos sociais interessados e ao Ministério Público à proteção desses bens. Embora o direito do consumidor represente a situação mais emblemática dessa ocorrência, certamente não é a única situação a merecer maior guarda via ação civil pública.

No caso da saúde, já no plano constitucional o legislador incorporou expressamente aspectos importantes da dimensão organizatória e procedimental, designando ao SUS, por exemplo, a função de coordenação e execução das políticas em matéria de proteção e promoção da saúde no Brasil. Evidente que o funcionamento adequado do SUS depende de providências adicionais, inclusive de cunho procedimental, contudo, algumas questões ligadas á técnica processual nos parecem bastante elucidativas no sentido de demonstrar a noção de um dever de interpretação conforme aos direitos fundamentais dos institutos processuais¹⁸⁵.

A última década do século passado observou o surgimento das primeiras ações judiciais visando obtenção de medicamentos e procedimentos médicos diversos, no Brasil. Essas demandas pioneiras tinham como objeto, em quase totalidade, pedidos de medicamentos para o tratamento da AIDS, contudo, a tendência decisória pela condenação do Estado ao fornecimento de medicamentos independente de regulamentos a serem editados pelo Poder Público, incentivou a

¹⁸⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em proteção às situações coletivas. In: ASSIS, 2012, p. 81 -100.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 175, p.28, 2009.

propositura crescente de ações judiciais não só para tratamentos da AIDS, como para as mais diversas e graves doenças¹⁸⁶.

Dentre os diversos pontos de tensão no que concerne aos aspectos processuais no campo da problemática da exigibilidade do direito à proteção e promoção da saúde, destacamos primeiramente às objeções quanto à legitimidade do Ministério Público nas demandas coletivas que pleiteiam a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Somente para provocar mais reflexão, leciona Gisele Santos Fernandes Góes que a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), em seu art. 25, inciso IV, alínea “a”, estatui uma larga competência para o Ministério Público na “defesa de interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos” e a Lei Complementar 75/93 (organização e atribuições do Ministério Público da União) em seu art. 6º, inciso VII, alínea “d” confere ao mesmo a proteção de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sócias, difusos e coletivos. Ou seja, são duas leis mais genéricas no que concerne à legitimidade do órgão ministerial, fazendo nítida diferenciação entre interesse individual indisponível e homogêneo¹⁸⁷.

Os interesses individuais homogêneos constituem uma das formas de manifestação do fenômeno coletivo, muito embora a Constituição só faça referência expressa aos interesses coletivos e difusos (art. 129, III)¹⁸⁸. Por isso, questionam alguns, a possibilidade do ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público visando tutelar direitos individuais homogêneos.

¹⁸⁶ KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. A efetivação do direito à saúde através da ação civil pública. In: ROCHA, João Carlos De Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcisio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Org.). **Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 417-432.

¹⁸⁷ GÓES, GISELE. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 472.

¹⁸⁸ Isso porque o interesse coletivo a que faz alusão a Constituição não pode ser rigorosamente assimilado à definição dada pelo CDC, notadamente no que concerne à característica da indivisibilidade. Nesse sentido, leciona Paulo Gustavo Guedes Fontes que “Não se pode interpretar conceitos empregados pela Constituição a partir das definições que lhe são conferidas pelas normas infraconstitucionais. Equivaleria a inverter a pirâmide normativa permitir que a lei fornecesse a interpretação autêntica das normas constitucionais; a garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII), por exemplo, seria facilmente desrespeitada se tivesse ao alcance do legislador conferir ao vocábulo a definição que melhor lhe aprouvesse. É nesse sentido que se recomenda atribuir às palavras empregadas pela Constituição o seu sentido mais comum e não a definição técnica fornecida por uma ciência qualquer”.

No âmbito do processo e da eficácia dos direitos fundamentais, questão tormentosa é, em razão da dimensão coletiva, refletir quanto à aplicabilidade do direito fundamental à saúde de modo individual.

O fato de alguém obter individualmente uma prestação decorrente do direito à saúde, não significa em juridicidade ou legalidade no fato de haver outros cidadãos não contemplados por tal prestação. As razões invocadas para requerer uma prestação, na maioria das vezes, não levam em consideração a pessoa do litigante, e sim a contradição objetiva da omissão com o Direito. Intrinsecamente, o deferimento de tal prestação, ainda que passível de ser pronunciada apenas no caso individual, não pode ser considerada uma medida divisível, pois o ordenamento jurídico é uno e só admite uma solução sobre a validade ou invalidade de uma norma ou comportamento¹⁸⁹.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de atribuir legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ação civil pública na defesa de direitos coletivos, relativos a pessoas determináveis, e individuais homogêneos socialmente relevantes.

No paradigmático Recurso Extraordinário n. 163.231¹⁹⁰, o Supremo Tribunal Federal considerou que a Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), e que por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória na ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). No julgado, embora destaque a classificação legal dos direitos coletivos, ao se reportar ao art. 81, III, do CDC, destaca o Supremo que os interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou

¹⁸⁹ Trazendo mais um elemento ao debate, nas ações do Ministério Público em que se discutem interesses que dizem respeito à saúde e à educação, por exemplo, é revelado em via oblíqua a sua dimensão social, nos colocando em reflexão inclusive se não identificamos interesses coletivos *stricto sensu* em vez de interesses individuais homogêneos. Aqueles são de natureza indivisível e deles são titulares “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”. Ora, não haveria entre os cidadãos uma relação jurídica-base estabelecida pelo constituinte, que aconselharia um tratamento uniforme?

¹⁹⁰ STF, RE 163.231, Rel. Min. Maurício Correia, j. 27/02/1997.

classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

No mencionado recurso extraordinário, em que se discutia à possibilidade de impugnação por via de ação civil pública das chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, destacou o Supremo que o fato de cuidar de interesses homogêneos de origem comum, subespécies de interesses coletivos, e por cuidar-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205) estaria o Ministério Público investido da capacidade postulatória. Restaria, portanto, patente a legitimidade *ad causam* quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social.

Em mesmo sentido, no Recurso Extraordinário n. 213.015¹⁹¹, o STF rejeitou embargos infringentes, assentando que independentemente de a própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III).

Mais recentemente, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.781.029¹⁹², o Ministro Ricardo Lewandowski consignou no julgado, que a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, relativas a pessoas determináveis, e individuais homogêneos socialmente relevantes. E este interesse deverá ser aferido segundo a própria Constituição e, portanto, existirá naquelas matérias que ela considera fundamentais à ordem social, tais quais, educação, trabalho, seguridade social, saúde etc.

A Jurisprudência traz o interesse social como “freio” à atuação do Ministério Público. Cumpre advertir que embora o interesse social seja sempre presente nas ações coletivas – o que determina a obrigatória intervenção como *custus* nos casos em que não tenha atuado como parte –, não é legitimado o Ministério Público para propor todas as espécies de demandas coletivas. Isso porque violaria o senso crítico a possibilidade do Ministério Público tomar a iniciativa

¹⁹¹ STF, RE 213.015, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 08/04/2002.

¹⁹² STF, AI 781.029 AgR-segundo. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/08/2011.

de investigar e propor ação que beneficie titulares de direitos individuais disponíveis¹⁹³. A norma constitucional expressamente determina em seu art. 129, inciso IX, que são funções institucionais do Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas¹⁹⁴”.

A distribuição racional dos poderes e deveres do Estado deve atender primeiramente aos mais necessitados¹⁹⁵. Nesta assertiva encontra-se a propalada “função promocional” do *Parquet* – função proativa, coletiva e de equilíbrio das relações de poder –, que sobressai da letra constitucional do art. 129 da CF, constituindo uma técnica de encorajamento em que o Estado passa a exercer uma intervenção normativa destinada a promover os valores e objetivos por ele mesmo definidos.

É grande a variedade de ações judiciais que podem ser propostas exigindo do Estado a tutela constitucional à saúde, valendo mencionar, no âmbito coletivo, a ação civil pública promovida pelo Ministério Público. Porém, questão igualmente relevante na pragmática diz respeito às ações que dão conta do caráter individual do controle judicial da administração pública no sistema jurídico processual brasileiro, buscando a efetivação do direito à saúde.

A forma mais tradicional de controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil é o mandado de segurança, remédio constitucional que visa proteger direito líquido e certo, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Voltando-nos ao caso do mandando de segurança que busca a tutela do direito à saúde, algumas questões ligadas à técnica processual nos parecem ser particularmente elucidativas.

Em primeiro lugar, conquanto a Constituição tenha previsto, igualmente a sua modalidade coletiva, o mandado de segurança, é usualmente manejado à

¹⁹³ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. V.4. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 335-336.

¹⁹⁴ Essa vedação à representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas, tem sentido em um país como o Brasil se dá pela ausência de lógica em legitimar o Ministério Público à tutela dos direitos “de bem”, daqueles que, por sua condição social, econômica e social, independentes de sua condição pública ou privada, podem se fazer representar judicial e extrajudicialmente sozinhos.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 337.

proteção de direitos individuais. Esse caráter individualista da ação manifesta-se em três aspectos processuais. O primeiro se refere à natureza do ato impugnado, aquecendo o debate quanto à atividade probatória das partes, eis que o mandado de segurança se insurge tanto contra o ato omissivo quanto a ato comissivo do Poder Público, de natureza individual, que vise proteger “direito líquido e certo”. O segundo se refere aos efeitos da coisa julgada do mandado de segurança. Embora no plano processual nada difira do regime tradicional da coisa julgada, onde a autoridade da decisão estende-se somente às partes do feito, a sentença nas ações individuais em que se requer o direito à prestação tem um risco multiplicador que precisa ser enfrentado. E o terceiro se refere à legitimidade ativa, aplicando-se o regime da legitimidade ordinária.

A expressão “direito líquido e certo” relaciona-se intimamente ao procedimento célere, ágil, expedito e especial do mandado de segurança. Por essa razão o remédio constitucional conta com ampla adesão para a tutela do direito à saúde.

Tradicionalmente, por direito líquido e certo se compreende aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração por intermédio de prova documental,¹⁹⁶ independente de sua complexidade ou densidade¹⁹⁷. Corresponde além de uma forma de demonstração da ilegalidade ou do abuso de poder, verdadeira condição da ação, assimilável ao interesse de agir.

Embora seja o mandado de segurança o instrumento usualmente manejado para a efetivação, via judicial, do direito à saúde, seja na sua perspectiva negativa, seja na sua perspectiva positiva¹⁹⁸, não sendo poucos os casos de concessão de segurança no sentido de determinar o fornecimento de medicamentos, hospitalizações, pagamentos de cirurgias, Ingo Wolfgang Sarlet

¹⁹⁶ Nesse sentido: STJ, RMS 26.600, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, p. 23/02/2011; RMS 31.775, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, p. 13/08/2010; RMS 28.962, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, p. 03/09/2009; RMS 28.338, Rel. Ministra Eliana Calmon, p. 17/06/2009

¹⁹⁷ Nesse sentido: “O que é fundamental para o mandado de segurança é a possibilidade de prova documental do alegado e da desnecessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento.(...) Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis. Mister entender o direito líquido e certo como uma condição que torna o mandado de segurança a ação adequada para a tutela do impetrante”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança: comentários às Leis n.1.533/51, 4.348 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13-14.

¹⁹⁸ AgReg na Suspensão de Segurança 175, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 17/03/2010.

questiona a adequação jurídico-constitucional da técnica processual do mandado de segurança para a tutela do direito fundamental à saúde¹⁹⁹.

Para o autor, em síntese, a qualificação do direito à saúde como direito líquido e certo – no sentido de dispensar dilação probatória e exigir apenas prova documental pré-constituída –, é controversa porque esbarra na circunstância elementar de que a prestação apontada como necessária, pode, eventualmente, se quer ser adequada para a tutela da saúde do impetrante, visto que são inúmeras as hipóteses de divergência entre laudos médicos quanto à eficácia de medicamentos e terapias.

O direito líquido e certo é tradicionalmente concebido como aquele que resulta de fato certo, comprovável de plano, e que independa de instrução probatória exaustiva. “A verificação do direito líquido e certo deve ser extraída dos fatos suscitados no mandado de segurança”²⁰⁰, sendo cabível mandado de segurança somente nos casos envolvendo casos incontroversos²⁰¹.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 175, p.30, 2009.

²⁰⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança**: questões controvertidas. Salvador: Juspodivm, 2007, capítulo II.

²⁰¹ Para Ingo Sarlet, o uso indiscriminado do mandado de segurança suprimiria de modo desproporcional a possibilidade produtiva do contraditório por parte do Estado, para o efeito de demonstrar a existência de terapia ou medicamento igualmente eficaz. Por essa razão, o recurso ao mandando de segurança revela-se equivocado, este só devendo ser utilizado somente quando a dilação probatória puder acarretar o perecimento do direito. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 175, p.31, 2009)

Não é nossa pretensão corrigir o posicionamento adotado, mas lançar algumas notas para fomentar a discussão a respeito da adequação constitucional do uso do mencionado instrumento processual.

Primeiramente, a cláusula do devido processo legal do Estado Democrático de Direito contemporâneo não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, no “império dos direitos fundamentais”, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. Ou seja, não se exaure na observância dos aspectos formais e procedimentais ligados à garantia do contraditório. À garantia, integram-na escopos de ordem substancial, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer os princípios e valores constitucionais.

O princípio do devido processo legal não se exaure com o desenvolvimento de um contraditório baseado na mera bilateralidade da audiência das partes. Uma concepção isonômica do contraditório impõe ao juiz um dever de consulta, impondo o fomento de um debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos da futura decisão ao contraditório.

O contraditório contemporâneo não afasta o debate do objeto do processo e constitui uma verdadeira garantia de não surpresa, havendo uma institucionalização do dever de esclarecimento judicial a cada etapa do procedimento. Funciona como incentivador ao aspecto dialógico do procedimento. Ao juiz, na qualidade de garantidor de direitos fundamentais, diretor técnico do processo, é lícito dialogar com as partes, mesmo fugindo à tradicional dinâmica do procedimento no mandado de segurança, esclarecendo-se por intermédio do diálogo com as partes para encontrar a melhor aplicação da tutela mediante o debate processual.

Logo, associar direito líquido e certo à ideia de prova documental pré-constituída parece-nos uma anomalia que tem como indesejável efeito o amesquinamento do uso do remédio constitucional. É

Ganha destaque a problemática envolvendo o direito e líquido e certo no mandado de segurança, o questionamento quanto à natureza jurídica do mesmo: condição da ação, pressuposto processual ou mérito do mandado de segurança?

Parcela da doutrina se controverte quanto à natureza jurídica, adotando posições excludentes. De um lado é possível observar, advogando pela natureza de condição da ação, Cássio Scarpinella Bueno.

Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis. Mister entender o direito líquido e certo como uma condição que torna o mandado de segurança a ação adequada para a tutela do impetrante²⁰².

De outra banda Leonardo Greco leciona que o direito líquido e certo é pressuposto processual objetivo.

O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação ao procedimento) que não se subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas inviabiliza a busca através da via do mandado de segurança²⁰³.

opção mais consentânea ao modelo neoprocessualista e ao método do formalismo-valorativo que princípio do contraditório seja lido à luz do direito fundamental de acesso à justiça, recomendando adaptações que tornem o processo efetivo.

No que diz respeito ao moderno contraditório, não é ocioso trazer à baila a seguinte lição: “Enfim, o ‘processo justo’, nas dimensões constitucionais do Estado Democrático de Direito deve ser construído e concluído como obra do esforço e participação das partes e do juiz. Ele não dá margem ao autoritarismo judicial, de sorte que, até mesmo quando a questão é daquelas que o juiz pode enfrentar de ofício, não deverá decidi-la sem antes ensejar a discussão com as partes, e assim permitir-lhes influir, lógica e juridicamente, com seus argumentos na formação do julgado”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, 2012, p. 271.

²⁰² BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n.1.533/51, 4.348 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13-14.

²⁰³ GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p.44 Apud ARAÚJO, 2007, Capítulo II. Neste sentido, observe-se o seguinte julgado do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE. PRETENSÃO DE NÃO TER SUBSTITUÍDO UM MEDICAMENTO ESPECÍFICO (LEPONEX) POR OUTRO SIMILAR (LIFALCLOZAPINA), CUJOS PRINCÍPIOS ATIVOS SÃO OS MESMOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA QUE INDIQUE A IMPROPRIEDADE DA SUBSTITUIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

1. A discussão se limita em saber se o impetrante, vitimado pela esquizofrenia paranóide, tem direito líquido e certo de receber o medicamento Leponex, ao invés do medicamento similar Lifalclozapina, embora o princípio ativo de ambos seja o mesmo, a clozapina.

2. A concessão do mandado de segurança exige que o impetrante, por meio de prova pré-constituída, demonstre ter direito líquido e certo à pretensão que persegue, não sendo apropriado ao seu rito a solução de controvérsias que exigem dilação probatória.

3. No caso dos autos, conquanto seja incontroverso o direito de o impetrante ter acesso ao medicamento indicado à sua enfermidade (clozapina), o fato é que o pretendido direito de não ter

Corroborando com o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno, vale a pena citar a seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDANDO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (ARIPIPRAZOL - ANTI-PSICÓTICO; NOME COMERCIAL: ABILIFY). NÃO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. RECEBIMENTO DE PROPINA. PENA DE DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA E INDÍCIOS DA MATERIALIDADE DA CONDUTA E DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

(...)

4. Ademais, o mandado de segurança não comporta dilação probatória, uma vez que pressupõe a existência de direito líquido e certo aferível por prova pré-constituída, a qual é condição da ação mandamental, haja vista ser ela imprescindível para verificar a existência e delimitar a extensão do direito líquido e certo afrontado ou ameaçado por ato da autoridade impetrada.

(...)

7. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado²⁰⁴.

Muito embora os julgados do STJ sejam em sua maioria pela compreensão acima, para Henrique Mouta, porém, a depender do momento processual, o direito líquido e certo poderá assumir o caráter de condição da ação ou mérito do mandado de segurança. O direito líquido e certo existirá quando os fatos não dependerem de instrução probatória; logo, se o caso concreto ensejar tal fase processual, estar-se-á diante da hipótese legal que autoriza a extinção do processo sem resolução do mérito, na modalidade carência de ação.

Por outro lado, nos casos de inexistência de ato violador a direito líquido e certo, já não se estará mais diante de condição da ação, mas do próprio mérito do mandado de segurança. Estar-se-á diante da hipótese legal que autoriza a extinção do processo com resolução do mérito, na modalidade improcedência do pedido. Tal decisão deverá inclusive ser acobertada pela coisa julgada material. Nesse caso,

substituído o medicamento Leponex pelo Lifalclozapina é controverso e necessita ser demonstrado por meio de dilação probatória.

4. A pretensão do impetrante deve ser perseguida por meio das vias ordinárias próprias, e não por meio do mandado de segurança, uma vez que não há prova pré-constituída que demonstre o direito ao recebimento de um medicamento específico, ao invés de seu similar.

5. Recurso ordinário não provido.

STJ, RMS 31775/ RS, Min. Rel. Benedito Gonçalves, j. 05/08/2010.

²⁰⁴ STJ, MS 18106, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25/04/2012.

“não se está no universo das condições da ação, mas sim discutindo o próprio *fundo do direito* impugnado via mandado de segurança”²⁰⁵.

Em sede jurisprudencial, pode-se destacar o seguinte:

COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA A RESPEITO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO MEDICAMENTO.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança no qual se discute o fornecimento de medicamento de alto custo ao impetrante, embora não haja comprovação de que outros medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS não lhe sirvam.

2. Embora o laudo emitido por médico particular possa ser qualificado como elemento de prova (v.g.: AgRg no Ag 1107526/MG, Rel. Ministro Mauro Ccampbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/11/2010; AgRg no Ag 1194807/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01/07/2010), no caso do presente mandado de segurança, não houve a comprovação, por meio de prova pré-constituída, de que outros medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS não serviriam ao impetrante. Dessa forma, não há como reconhecer o alegado direito líquido e certo, porquanto o laudo médico juntado aos autos não é suficiente para sua configuração. Precedentes: RMS 26.600/SE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/02/2011; RMS 31.775/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/08/2010; RMS 28.962/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 03/09/2009; RMS 28.338/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/06/2009).

3. Recurso ordinário não provido²⁰⁶.

Em resumo, exigindo o caso concreto maior instrução probatória, não existirá direito líquido e certo, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito. Nesta hipótese, por força do art. 268 do Código de Processo Civil, poderá o jurisdicionado eleger via ordinária, que comporte dilação probatória, por ser a via adequada. Noutro giro, se ficar comprovada a inexistência de ato abusivo de autoridade e do próprio direito líquido e certo do impetrante, o caso é de denegação de segurança com julgamento de mérito. Nessa hipótese, a coisa julgada alcança o próprio direito subjetivo, não havendo nova possibilidade de discussão judicial envolvendo o mesmo objeto e causa de pedir.

São inúmeras as ações judiciais que têm como objeto a tutela do direito constitucional à saúde, que exigem do Estado, prestações consubstanciadas ora na distribuição de medicamentos, ora na prestação de tratamentos de saúde e até mesmo a construção de hospitais. Logo, a fim de efetivar o direito à saúde, é grande a variedade de ações judiciais que podem ser utilizadas, bem como é extenso o catálogo de pretensões que podem ser requeridas para a tutela desse direito. Não

²⁰⁵ ARAÚJO, 2007, Capítulo II.

²⁰⁶ STJ, RMS 33463 / MG, Min. Rel. Benedito Gonçalves, j. 20/10/2011.

há no que concerne à tutela do direito à saúde, que se falar em inadequação de ação civil pública no âmbito coletivo, e tampouco do mandado de segurança, ou qualquer ação individual inominada, mediante rito ordinário, com pedido liminar, no âmbito individual.

Muito embora tenha sido afirmado que é o mandado de segurança a ação que por excelência se digna a impugnar ato ilegal, omissivo ou comissivo, ou abuso de poder, e que muito embora a Constituição tenha previsto a sua modalidade coletiva, o mandado de segurança é ordinariamente utilizado para a proteção de direitos individuais.

Na modalidade coletiva, cuida o art. 21, caput, da Lei n. 12.016/2009, que o mandado de segurança poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 01 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

O mencionado dispositivo, seguindo uma tendência dos países de *civil law*, sem dar-lhe essa denominação, traz o pré-requisito da representatividade adequada,²⁰⁷ no sentido de *conditio sine qua non* estabelecida por lei para que o legitimado possa agir em juízo. Os legitimados a propositura do mandado de segurança coletivo só poderão agir em juízo preenchendo requisitos legalmente postos, como tempo de Constituição para as associações, relevância social e pertinência temática entre o objeto discutido e as finalidades do impetrante.

²⁰⁷ “A chamada ‘representatividade adequada’ (*adequacy of representatio*) constitui outro instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. Oriundo do direito norte-americano, esse pré-requisito – que diz respeito à seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva – é particularmente importante nos ordenamentos que escolhem a extensão a terceiros da coisa julgada, sem temperamentos; mas é também útil para outros sistemas, sobretudo quando legitimam à ação a pessoa física e as associações e quando preveem a ação coletiva passiva (*defendant class action*). A representatividade adequada pode ser aferida pelo juiz, caso a caso (como nas *class actions* norte-americanas), ou pode depender de previsão legal, que estabeleça limites à regra de legitimação. Assim, por exemplo, as associações só podem agir em juízo desde que preencham certos requisitos legais, ou se estabelece um critério de relevância social até mesmo para a legitimação de órgãos públicos” (GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio. **Direito Processual Comparado**: XIII Congresso Mundial de Direito Processual. São Paulo: Forense, 2007, p. 489).

Guardando coerência com o art. 21 da Lei n. 12.016/2009, que em seus incisos I e II, delimitam como direitos tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo, os direitos coletivos e os individuais homogêneos²⁰⁸, o art. 22, caput, cuida dos limites subjetivos da coisa julgada do mandado de segurança coletivo, limitando-os aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante legitimado. Ou seja, se aos direitos daquela tipologia pertencem a pessoas determinadas ou determináveis, a formação da coisa julgada exclusivamente aos substituídos é consequência da legitimidade adequada os impetrante.

Cássio Scarpinella Bueno²⁰⁹ ressalta que o § 1º do art. 22 da Lei n. 12.019/2009 criou regra que destoa do sistema de tutela jurisdicional coletiva já existente no Brasil, pois de acordo com o dispositivo, o mandado de segurança não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”. A ausência de litispendência e a extensão dos efeitos da coisa julgada aos substituídos são medidas a serem aplaudidas, em conformidade com o sistema do CDC. Contudo, exigir que o impetrante, para (tentar) se beneficiar da decisão proferida no mandado de segurança coletivo, desista de seu mandado de segurança a trita com toda a lógica do sistema e com o modelo constitucional do processo civil, pois desestimula o acesso coletivo à Justiça.

Impetrado na modalidade individual, mesmo tendo em vista o fato de não haver juridicidade ou legalidade na existência de outros cidadãos não contemplados por tal prestação quando alguém obtém individualmente uma prestação decorrente do direito à saúde, bem como no fato das razões invocadas para requerer uma prestação não levarem em consideração condições subjetivas, e sim a contradição objetiva da omissão com o Direito, intrinsecamente, no que concerne a coisa julgada, a sentença é considerada uma medida divisível, irradiando efeitos somente sobre os litigantes.

²⁰⁸ Cumpre observar mais uma vez, por todo o exposto no que se refere às intermináveis discussões quanto à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a tutela de interesses e direitos individuais e homogêneos, que a categorização dos direitos coletivos em três classes já demonstrou possuir as dificuldades teóricas e práticas que recomendavam outra redação ao dispositivo...

²⁰⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Nova lei do mandado de segurança**: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133-138.

É senso comum que as decisões proferidas no âmbito das ações coletivas ou mesmo no contexto do controle abstrato de constitucionalidade de leis ou de atos do poder público, produzem efeitos muito mais abrangentes, atingindo a generalidade das pessoas no país ou em uma determinada região²¹⁰. Porém, é preciso observar que terá efeito similar, do ponto de vista prático, as decisões proferidas em mandado de segurança contra ato ou omissão do Poder Público na efetivação dos direitos sociais prestacionais.

No filme “A felicidade não se compra” (*It's a Wonderful life*) de Frank Capra, o enredo se concentra em demonstrar como a vida de cada homem afeta muitas vidas²¹¹. Muito embora a discussão nas ações individuais não gire em torno de um exame do contexto geral, o que em geral ocorre no contexto de ações coletivas, do ponto de vista prático, afetará “muitas vidas”, ou seja, uma generalidade de pessoas, decisões proferidas em demandas individuais.

Sem prejuízo das ações individuais, que constituem um espaço importante no exercício da cidadania conforme já se afirmou alhures, as ações coletivas e as ações abstratas, quando cabíveis, constituem uma meio valioso para a discussão acerca da efetivação de direitos sociais prestacionais.

Do ponto de vista operacional, uma ação coletiva além de ser capaz de evitar um sem número de demandas individuais – livrando o Judiciário de uma sobrecarga desnecessária e também os próprios Poderes Públicos de responderem uma quantidade significativa de ações individuais –, é o cenário adequado à discussão em sede abstrata. Favorecendo a isonomia, um contraditório coletivo, evita distorções que os processos individuais poder gerar na distribuição de bens dentro da sociedade, já que a solução produzida será aplicável em caráter geral.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta entre outras questões ligadas à técnica processual, no plano das demandas aforadas por particulares contra o Estado exigindo prestações ligadas ao direito à saúde, àquela que se refere à interpretação das regras sobre a distribuição do ônus da prova conforme aos direitos fundamentais²¹².

²¹⁰ BARCELLOS, 2007, p. 631.

²¹¹ Cumpre trazer à tona a bela reflexão do aspirante a anjo, Clarence, personagem do filme “A felicidade não se compra” (*It's a Wonderful life*) de Frank Capra: “Strange, isn't it? Each man's life touches so many other lives. When he isn't around he leaves an awful hole, doesn't he?”.

²¹² SARLET, 2009, p. 129.

A “reserva do possível” é argumento reiterado na discussão sobre a implementação de políticas públicas para a saúde por meio do Poder Judiciário. Normalmente dividida em seu aspecto fático e jurídico, em algumas situações, a reserva do possível envolve tanto o aspecto fático quanto o jurídico.

Importando num empecilho fático para a implementação de políticas públicas, a reserva do possível numa visão fática, é sintetizada por Ana Paula de Barcellos da seguinte forma:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos²¹³.

Noutro giro, concerne ao aspecto jurídico da reserva do possível, o poder de disposição de que deve titular o destinatário das obrigações impostas pelos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, no sentido de possuir competência suficiente para decidir sobre a alocação dos recursos existentes²¹⁴. Além de ser alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite para o cumprimento da decisão relativa a políticas públicas, ao Poder Judiciário caberia indicar as fontes dos recursos de novas despesas com a saúde, uma vez que os gastos limitados pelas receitas.

A reserva do possível, no que se refere ao orçamento público, impõe restrições em dois sentidos: por um lado, trata a escassez dos recursos financeiros existentes²¹⁵; de outro ângulo, a reserva do possível traz a lume a discussão acerca

²¹³ BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

²¹⁴ FIGUEIREDO, 2007, p. 132.

²¹⁵ Sobre a escassez de recursos e a reserva do possível, cumpre fazer algumas considerações. Conforme alega Mariana Filchtiner Figueiredo, a teoria da reserva do possível tem origem, sobretudo, na formulação de dois juristas alemães, Peter Häberle e Wolfgang Martens, propostas no início dos anos de 1970 e depois acolhidas pela jurisprudência constitucional daquele país, para exprimir que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que consistem prestações financiadas pelos cofres públicos. (SARLET, 2009, p. 131). Contudo, Andréas Krell, citado por Américo Bedê Freire Filho, aponta a reserva do possível como uma falácia, fruto de um direito constitucional comparado equivocado, pois não há como importar limites de uma sociedade tão diferente, especialmente quanto à garantia mínima de direitos, sendo questionável inclusive falar de escassez de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo. (FREIRE FILHO, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 74)

dos limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestações materiais.

O conceito de escassez provém da Economia e refere-se à noção de finitude dos meios disponíveis, o que corresponde na efetivação dos direitos sociais a prestações materiais, à finitude real e concreta dos recursos financeiros existentes, e não pode ser reiteradamente o argumento utilizado para escusar o Executivo ou Legislativo do cumprimento da Constituição e da decisão judicial que determina a materialização dos direitos fundamentais²¹⁶.

Apesar da prática recorrente no Brasil da ampla utilização das políticas públicas como verdadeiras peças de propaganda dos governos eleitos, mas que na prática resultam em ampla frustração popular, por conta da chamada “reserva do possível”, a implementação de políticas públicas de natureza social é um ato de grande responsabilidade política, razão pela qual não admite a outorga ilusória de direitos sociais, condicionados à disponibilidade do orçamento público²¹⁷.

Desse modo, não merece acolhida a argumentação dos governos que consiste em afirmar que o Poder Judiciário não pode atuar de forma positiva, considerando que a definição dos valores a serem destinados a um determinado programa social dependem exclusivamente da vontade do Executivo, o qual encaminha a lei orçamentária anual com suas diretrizes e planos de ação, para que os representantes eleitos pelo povo aprove-a ou emende-a. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Numa visão até mais restritiva quanto à possibilidade do Poder Judiciário se imiscuir na efetivação dos direitos sociais, Eduardo Appio leciona que muito embora a escolha dos programas sociais que serão implementados pelo governo, em atendimento de deveres genéricos constantes na Constituição Federal, seja atribuição do Poder Executivo, o mesmo não sucede em face dos programas sociais já implementados, pois neste caso estará sujeito à fiscalização do Poder Judiciário, caso o faça sem recursos suficientes. (**Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p.175)

mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.²¹⁸

Apesar das complexidades desse quadro, em função da natureza de que se reveste, além da compreensão que o direito à saúde remete aos poderes constituídos a responsabilidade de determiná-los, concretizá-los e densificá-los, para fazer frente aos argumentos utilizados pelos defensores da “reserva do possível” se faz necessário invocar a noção de “mínimo existencial”, sobretudo em face da ausência de previsão orçamentária para a realização de despesas com determinado medicamento ou tratamento de saúde.

O mínimo existencial, direito pré-constitucional, decorrente do direito básico de liberdade, sindicável diretamente pelo jurisdicionado, embora não seja uma categoria universal, variando de lugar para lugar e até mesmo dentro de um mesmo país, coloca todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades.²¹⁹ Seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais que, quando violado, torna impossível a fruição dos demais direitos consagrados constitucionalmente.

Conforme ensina Ricardo Lobo Torres, sem o mínimo necessário à existência de uma possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo²²⁰. A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

²¹⁸ Neste sentido, STF, RE 595595 AgR / SC, Rel. Min. Eros Grau, j. 28/04/2009; AI 593676 AgR / RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 28/02/2012; RE 559646 AgR /PR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07/06/2011; RE 271286 AgR / RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000. STJ, REsp 1068731 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/02/2011

²¹⁹ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 184 e ss.

²²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995 Apud KRUEGER, 2006, p. 422.

No que concerne especialmente ao direito à saúde, este tem como núcleo mínimo ou a defesa da manutenção da vida, sem a qual seria impossível gozar dos demais direitos. Por esta razão, o núcleo essencial do direito à saúde deve ter prioridade absoluta em relação aos demais imperativos constitucionais envolvidos nessa questão, como orçamentários e financeiros. A cláusula da reserva do possível em sua dimensão fática ou jurídica não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. No contexto do nosso ordenamento constitucional positivo, o Poder Público encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Sobre a eficácia do direito prestacional à saúde, merece ainda ser considerado, que o mesmo traz consigo muitas vezes, como decorrência natural, o caráter de urgência, razão pela qual sustentamos o entendimento no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício da vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo.

Ademais, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível –, não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade²²¹.

A argumentação dos entes públicos na tentativa de se desvencilhar da efetivação do direito à saúde pela escassez de recurso é insuficiente. No plano das demandas aforadas por particulares contra o Estado, exigindo prestações ligadas ao direito à saúde, o ônus de provar a real indisponibilidade de recursos para atender à demanda é do Estado.

A regra do art. 333 do CPC, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o

²²¹ STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004.

direito por ele afirmado. Pela racionalidade, o mesmo não tem dever de provar a existência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja reconhecido, isto é, pelo réu. Ou seja, a parte que pretende ser beneficiada pelos efeitos de uma norma deve provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação.

É lugar comum afirmar que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram, sendo um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida. Contudo, é importante observar que a regra do ônus da prova além de regra de decisão, e por ser anterior a ela, é também regra de formação do convencimento judicial, que pode ser atenuada diante de determinadas situações de direito substancial.

Conforme propõe Luiz Guilherme Marinoni, como o convencimento judicial somente pode ser pensado a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material, a regra do ônus da prova não pode ser vista sempre do mesmo modo, sem considerar a dificuldade do caso concreto²²².

O discurso da fundamentalidade material e formal do direito à saúde, tem significado não só uma exacerbação das pretensões que o veiculam, como também certa absolutização desse direito.

Conforme já foi afirmado num outro momento, nenhum homem está inserido no vácuo, e “a vida de cada homem afeta muitas vidas”. No âmbito da eficácia dos direitos fundamentais, questão tormentosa é, em razão da dimensão coletiva, refletir quanto à aplicabilidade do direito fundamental à saúde de modo individual. Os recursos financeiros são escassos, finitos, e por essa razão é necessário assegurar que tais recursos assegurem o máximo de prestações sociais ao máximo de pessoas, evitando excluir por intermédio de decisões judiciais pessoas efetivamente carentes.

Deste modo, entendemos que não somente o Poder Público tem o ônus de provar que a indisponibilidade de recursos financeiros para uma legítima recusa na efetivação dos direitos fundamentais, mas também aquele que pleiteia a prestação deverá provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação, que compreendemos ser carência ou insuficiência de recursos para fazer frente a despesas médica, necessidade e adequação de um determinado tratamento ou

²²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 159 e ss.

terapia etc. Em uma interpretação que busca amenizar os princípios e interesses em conflito, a prova da necessidade não pode ser pura e simplesmente presumida, deve a parte autora, para que reste evidente a Constituição do seu direito, se desincumbir desse ônus processual.

A preservação da unidade e supremacia da Constituição deve dar-se pela garantia de efetividade não somente aos direitos fundamentais, mas ao conjunto de valores, bens e interesses que integram o sistema constitucional brasileiro, aí compreendidos como a incidência de direitos fundamentais de terceiros, a escassez real de recursos financeiros e fáticos disponíveis à consecução dos direitos sociais, a regra de distribuição e poder, horizontal e vertical, as discriminações positivas a que se propõem os direitos sociais e, sobretudo, a necessidade de conformação harmônica, proporcional e razoável do sistema como num todo.

Para tanto, destaca-se na efetivação do direito fundamental à saúde, bem como nas diversas demandas que veiculem a distribuição de bens dentro da sociedade, sem prejuízo das demandas individuais, o uso preferencial das ações coletivas, eis que a solução produzida será aplicada em caráter geral.

As ações coletivas, além de evitar distorções que os processos individuais poder gerar, livram o Judiciário de uma sobrecarga desnecessária e também os próprios Poderes Públicos de responderem uma quantidade significativa de ações individuais, e revelam-se cenário bem mais adequado ao pleno desenvolvimento da garantia do contraditório, compreendido à luz do processo civil contemporâneo como instrumento para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que impõe deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio tanto para as partes como para o órgão jurisdicional.

A efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário revela-se como verdadeiro trabalho do arado. Requer rigor na preservação da unidade supremacia da Constituição. Não frutificará e não produzirá senão sob os reiterados golpes da enxada e da charrua de um procedimento de estrutura dialógica e, sobretudo, voltado à conformação proporcional do sistema como num todo.

5 CONCLUSÃO

O trabalho direcionou-se a examinar os influxos do neoconstitucionalismo i) na construção de um conceito contemporâneo de processo sob a perspectiva do valor democrático; ii) no tratamento conferido ao direito à saúde pela Constituição Brasileira; iii) na construção de um conceito de jurisdição à luz dos direitos fundamentais, e: iv) na efetivação judicial do direito à saúde à luz do sistema jurídico processual brasileiro.

Tudo alinhado, concluiu-se que o processo civil deve ser encarado como um fenômeno cultural – e por isso, de estrutura em contraditório –, vocacionado à realização dos valores democracia e justiça.

Depreendeu-se a colocação de limites – direitos fundamentais – ao poder do Estado, como coordenadas impostas pelo formalismo-valorativo, novo capítulo dentro da história da ciência processual.

Outrossim, após realizar um panorama geral sobre o tratamento conferido aos direitos fundamentais no âmbito do Estado Brasileiro, acentuou-se a fundamentalidade e aplicabilidade imediata conferidas ao direito à saúde como pressupostos para a sua justiciabilidade. Destacou-se a essencialidade da jurisdição na efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Dentro dessas coordenadas, a jurisdição passa a ser compreendida como manifestação do poder do Estado, desempenhada por terceiro imparcial sob estrutura dialógica, de corte cooperativo.

No que se refere à efetivação judicial do direito à saúde, destacou-se o alargamento do papel das pretensões coletivas e seu significado para as exigências da sociedade atual, ressaltando-se, ainda, a inadequação e contradições geradas pelos processos de corte individualista.

Verificou-se a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública na defesa de direitos coletivos, relativos a pessoas determináveis, e individuais homogêneos socialmente relevantes.

Discutiu-se a problemática envolvendo a natureza jurídica do direito líquido e certo no mandado de segurança e a apreciação da prova nas ações em que se postula o direito à saúde.

Verificou-se que no modelo neoprocessualista, que o ao juiz foi conferido o papel de garantidor de direitos fundamentais, diretor técnico do processo, mostrando-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa.

E mais, que tanto o processo individual como o coletivo imanaram-se num particular: sem contraditório não há processo justo e não há como construir-se um processo democrático realmente idôneo à tutela dos direitos.

6 REFERÊNCIAS

- ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, ação e tutela jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança: questões controvertidas**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em proteção às situações coletivas. In: ASSIS, 2012, p. 81 -100.
- ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Processo coletivo e outros temas de direito processual: Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rocha Tesheneier 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 6.ed. vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, São Paulo n.77, p.168 - 176, 1995.
- BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito : O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira. (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 05 out. 1988.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Brasília: Brasiliense, 1986.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n.1.533/51, 4.348 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Nova lei do mandado de segurança**: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1964.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1.11.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Alameda, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. **Bases científicas para um renovado direito processual**. São Paulo: Forense, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. I. Campinas: Seranda, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1943.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a Legitimidade das Constituições. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p.19-56, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. Ed. Vol.1. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. V.4. Salvador: Juspodivm, 2009

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. T. I. São Paulo: Malheiros, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNÁNDEZ, Carlos Cerda. **Iuris Dicto**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley Del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

_____. Jueces y política. **Derechos y libertades**: Revista del instituto Bartolomé de las Casas. Año IV. Madrid. n. 7, p. 63-79, 1999.

FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE FILHO, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

GÓES, Gisele. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio. **Direito Processual Comparado**: XIII Congresso Mundial de Direito Processual. São Paulo: Forense, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. A efetivação do direito à saúde através da ação civil pública. In: ROCHA, Joao Carlos De Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcisio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Org.). **Ação Civil Pública**: 20 anos da Lei n. 7347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez . **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol I. Forense. RJ. 1997.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. (Org.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v, p. 257-273..

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo jurídico no Brasil: proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio Martinez. **Lecciones de Derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo, LTr, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 175, p.28, 2009.

SARMENTO, Daniel. (Og.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Processo coletivo e outros temas de direito processual: Homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rocha**

Tesheneier 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2009.

_____. La ley, el derecho y la constitución. **Revista Española de Derecho Consitucional**, Madrid, Año 24. n. 72, p.11-24, set/dic. 2004.

ZANETTI JUNIOR, HERMES. **Direito Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2005.