

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO

**JULIANA HELENA ALMEIDA MEDEIROS**

**ENTRE ESCOLHAS E DECISÕES JUDICIAIS:  
O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE**

POUSO ALEGRE – MG  
2020

JULIANA HELENA ALMEIDA MEDEIROS

**ENTRE ESCOLHAS E DECISÕES JUDICIAIS:  
O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho

FDSM – MG

2020

## FICHA CATALOGRÁFICA

543 MEDEIROS, Juliana Helena Almeida

Entre escolhas e decisões judiciais: o protagonismo do poder judiciário na efetivação do direito fundamental social à saúde. / Juliana Helena Almeida Medeiros. Pouso Alegre: FDSM, 2020.  
216p.

Orientador: Dr. Edson Vieira da Silva Filho.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Constitucionalismo Contemporâneo. 2. Decisão judicial. 3. Direito fundamental à saúde. 4. Escolha. 5. Direito fundamental à resposta adequada. I Silva Filho, Dr. Edson Vieira da. II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

JULIANA HELENA ALMEIDA MEDEIROS

**ENTRE ESCOLHAS E DECISÕES JUDICIAIS:  
O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho

---

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho – FDSM (Orientador)

---

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS (Convidada)

---

Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira – FDSM (Convidado)

Pouso Alegre, 09 de dezembro de 2020.

À Vovó Telma, que partiu inesperadamente e sem despedidas,  
deixando um enorme vazio em nossos corações.

Saudades eternas...

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, meu refúgio e minha fortaleza. A jornada fica mais tranquila quando se tem fé.

Agradeço às minhas filhas, Liz e Isis, que, carinhosa e compreensivamente, entenderam a minha ausência aos finais de semana durante esse período e, mesmo tão pequenininhas, me deram forças para que eu pudesse continuar em cada abraço, cada beijo e em cada “eu te amo” que me falavam quando eu retornava. Vocês me inspiram, me orgulham, me fazem ser melhor. Vocês são o meu norte, a razão do meu viver. É por e para vocês que faço tudo. Saibam que o meu amor por vocês é imensurável.

Agradeço ao meu marido, William, pelo companheirismo e apoio incondicional. Você está sempre ao meu lado, respeitando todas as minhas decisões e estendendo a sua mão em todos os meus tropeços. Foi você quem me incentivou a começar o mestrado, mesmo quando eu relutei e, em todos os momentos difíceis durante essa caminhada, me fez compreender que, com dedicação e comprometimento, eu conseguiria concluir mais essa etapa e não mediu esforços para isso. Sem você, essa jornada teria sido muito mais árdua. Obrigada por tudo o que você fez e faz por mim e por nossas filhas.

Agradeço aos meus pais, Manoel e Zélia, por toda a confiança depositada em mim. O incentivo de vocês me move a buscar sempre o meu melhor. Tenho muito orgulho de vocês e de tudo o que me ensinaram e me ensinam. Não há palavras suficientes para agradecê-los por tudo e nem para demonstrar todo o meu amor. Saibam que essa conquista também é de vocês.

Agradeço à minha irmã Thaís, meu apoio de todas as horas, minha melhor amiga, que escutou e escuta todas as minhas angústias e dúvidas e, pacientemente, recobra a minha razão quando eu me recuso a fazê-lo. Sua empolgação com as minhas conquistas me contagia. Dizem que amigos são os irmãos que escolhemos para a vida e olha que sorte a minha, tenho os dois em uma pessoa só: você!

Agradeço ao meu irmão, Gustavo, exemplo de garra e determinação. Que me apoia e vibra com os meus feitos como se fossem seus. Saiba que você é uma inspiração para mim.

Agradeço às minhas queridas amigas, Jaque e Carol, por todo o companheirismo durante essa jornada. Toda a força, todo o apoio, toda a torcida de vocês foram imprescindíveis para mim. Sou muito grata pela amizade de vocês. Obrigada Panteras!

Agradeço, em especial, ao meu orientador, Professor Doutor Edson Vieira da Silva Filho, que tornou possível esse trabalho. O senhor me amparou em todos os meus momentos de frustração; me estendeu a mão quando precisei; pacientemente, tirou todas as minhas dúvidas e me recobrou a sanidade; acreditou no meu tema, quando eu mesma duvidei. Agradeço ao senhor por todas as orientações, todo o conhecimento compartilhado, por todo carinho, comprometimento e dedicação comigo e com essa pesquisa. Ter você como orientador, definitivamente, tornou tudo mais fácil. Muito obrigada por tudo.

Agradeço, também, a todos os colegas do mestrado pela companhia, apoio, aprendizado e ótimas risadas que compartilhamos durante essa jornada.

Agradeço, ainda, aos demais professores que fizeram parte dessa caminhada, em especial, Professor Doutor Rafael Alem Mello Ferreira, pela amizade e por todo o incentivo para que eu começasse o mestrado. Obrigada pelo carinho de sempre.

Por fim, agradeço aos colaboradores da secretaria da PPGD/FDSM, sempre muito cordiais, em especial à Juliana (Ju) que, desde a matrícula, me atendeu com muita presteza, carinho e educação. Obrigada Ju!

“Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar a relação sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola o imaginário dos juristas, é temerário falar no papel transformador do Direito e tudo o mais que dele decorre. Dizendo de outro modo: ou se acaba com a standardização do Direito ou ela acaba com o que resta da ciência jurídica.”

Lenio Luiz Streck



## RESUMO

A Constituição Federal de 1988, promulgada sob o novo paradigma do Direito materializado no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, reconheceu a saúde como direito fundamental social, cuja proteção e implementação configura-se dever do Estado. Apesar de direito fundamental, cuja proteção revela-se como condição de possibilidade para a própria dignidade humana e demais direitos fundamentais, nota-se um altíssimo grau de pretensões frustradas em relação à garantia da saúde e dos demais direitos sociais, em razão da ineficiência ou omissão do ente estatal em constituir aquilo que se predispôs com a nova ordem jurídico-constitucional, revelando-se o Judiciário como a única via possível para viabilizar a sua concretização, assumindo um inédito protagonismo nesse novo projeto estatal democrático, que se propõe como tolerante, plural e includente. Entretanto, a judicialização de demandas requerendo a efetivação do direito à saúde alinhada ao uso inadequado das ferramentas jurídicas, pode dar ensejo a respostas arbitrárias, com baixo grau de compreensão e nenhuma linearidade com a Constituição e com o mundo concreto, configurando o que Lenio Streck denomina como escolha e não decisões judiciais. Compreender a diferença entre escolher e decidir, assim, torna-se imprescindível para superar o esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade, e tornar possível a contenção do arbítrio judicial, que corrompe pacto original e o princípio democrático, revelando-se a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, como o melhor caminho para se garantir o direito fundamental à resposta adequada, que se consubstancia por meio de fundamentações em consonância com os princípios constitucionais enquanto proposta de reinserção do mundo concreto. Espera-se, portanto, por meio do emprego de uma prática interpretativa e integrativa do texto constitucional, que o julgador, imbuído no seu propósito constitucional, auxilie o Estado no seu papel transformador da realidade, assegurando à Constituição a instrumentalidade necessária para garantir faticidade a um ideal efetivamente constituído. A pesquisa, valendo-se do método hermenêutico-fenomenológico, por meio do qual se permite a compreensão do Direito a partir de um novo paradigma instaurado pela imersão da linguagem na filosofia, suplantando-se o modelo de subsunção, próprio do esquema sujeito-objeto, por uma interpretação baseada na intersubjetividade, pauta-se na revisão da vasta bibliografia sobre o tema, a partir de consultas a livros, periódicos, legislação, dissertações de mestrado e teses de doutorado, recorrendo, também, à pesquisa jurisprudencial, através do acesso ao sítio eletrônico do STF, STJ, TRF 1ª Região e TJMG, a fim de verificar se as fundamentações dos julgados selecionados se dão de forma adequada à Constituição e ao esquema intersubjetivo, próprio do Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro e, assim, à proposta desse novo projeto estatal inaugurado em 1988 no Brasil.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Contemporâneo; Decisão judicial; Direito fundamental à saúde, Escolha; Direito fundamental à resposta adequada.

## ABSTRACT

The Constitution of 1988, promulgated under the new paradigm of Law materialized in the Brazilian Contemporary Constitutionalism, recognized health as a fundamental social right, whose protection and implementation is the duty of the State. Despite the fundamental right, the protection of which is shown to be a condition of possibility for human dignity itself and other fundamental rights, there is a very high degree of frustrated claims regarding the guarantee of health and other social rights, by reason of the inefficiency or omission of the State entity in constituting what was intended by the new constitutional-legal order, the Judiciary being the only possible way to make it possible to implement it, assuming an unprecedented role in this new democratic state project, which proposes itself as tolerant, plural and inclusive. However, the judicialization of demands requiring the realization of the right to health aligned with the inadequate use of legal tools, can give rise to arbitrary responses, with a low degree of understanding and no linearity with the Constitution and with the concrete world, configuring what Streck calls choice and not judicial decisions. Understanding the difference between choosing and deciding, thus, becomes indispensable to overcome the subject-object scheme, characteristic of modernity, and make possible the containment of judicial will, which corrupts original covenant and democratic principle, revealing Streck's Hermeneutic Critique of Law as the best way to guarantee the fundamental right to an adequate response, which is substantiated in accordance with constitutional principles as a proposal for the reintegration of the concrete world. It is hoped, therefore, that through the use of an interpretative and integrative practice of the constitutional text, the judge, imbued in his constitutional purpose, will assist the State in its transforming role of reality, ensuring that the Constitution is equipped with the necessary tools to ensure the effectiveness of an ideal. The research, using the hermeneutic-phenomenological method, through which the understanding of Law is allowed from a new paradigm established by the immersion of language in philosophy, supplanting the subsumption model, proper to the subject scheme-subject, by an interpretation based on intersubjectivity, is guided in the revision of the wide bibliography on the subject, from consultations to books, journals, legislation, master's dissertations and doctoral theses, also resorting to jurisprudential research, through the access to the electronic site of the Supreme Court, STJ, TRF 1st Region and TJMG, in order to verify whether the foundations of the selected judges are adequate to the Constitution and the intersubjective scheme, proper to the Brazilian Contemporary Constitutionalism and, thus, the proposal of this new state project inaugurated in 1988 in Brazil

Keywords: Contemporary Constitutionalism; Judicial Decision; Fundamental Right to Health, Choice; Fundamental right to adequate response.

## LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
CHD	Crítica Hermenêutica do Direitos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
S-O	Sujeito-Objeto
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TRF	Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>17</b>
1.1. A construção histórica e conceitual do Constitucionalismo Contemporâneo: do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito.....	19
1.2. A evolução dos direitos fundamentais: a força normativa da Constituição e a eficácia das normas instituidoras dos direitos e garantias fundamentais.....	44
<b>2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.....</b>	<b>63</b>
2.1. Aspectos gerais dos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro.....	64
2.2. A proteção jurídico-constitucional do direito à saúde.....	86
<b>3. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÁLIBI TEÓRICO PARA A SONEGAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO.....</b>	<b>102</b>
3.1. A teoria da reserva do possível: aspectos gerais e históricos .....	105
3.2. Reserva do possível: argumento de razões políticas e a impossibilidade de sua adoção como fundamento para a relativização do direito fundamental à saúde.....	115
<b>4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>132</b>
4.1. O protagonismo do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental social à saúde: a diferença entre escolha e decisão judicial.....	136
4.2. Escolhas e o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição: uma análise dos últimos 10 (dez) anos da concretização do direito à saúde pela via judicial.....	152
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>190</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>196</b>

## INTRODUÇÃO

A exaustão do constitucionalismo moderno, onde se fundou o projeto de uma sociedade industrial com a previsão de um extenso rol de promessas que restaram frustradas, demanda a necessária concepção de uma nova teoria do Direito capaz de resgatar o mundo concreto para tornar viável a implementação das promessas não cumpridas da modernidade e promover a transformação da realidade social, a partir do desenvolvimento de um novo projeto estatal democrático, plural, tolerante e incluyente, que reconhece o homem como protagonista, o destinatário dos direitos e princípios fundamentais, afastando-se da racionalidade assujeitadora, objetificante, própria do Estado Moderno, que não foi capaz de conter as violações e atos arbitrários praticados contra a humanidade, situação essa que se agravou com a Segunda Guerra Mundial.

No Estado Moderno, o Direito encontrava-se atrelado apenas a um legalismo, independente de qualquer correspondência com a realidade ao qual inserida, o que, se não propiciou, ao menos não conteve o avanço de governos totalitários que, amparados pela legislação, inferiorizaram, violaram e, até mesmo, anularam direitos humanos básicos. O projeto estatal moderno, assim, se exaure, demandando o desenvolvimento de uma teoria capaz de assegurar a continuidade e o respeito às conquistas já obtidas, mas frustradas pela modernidade, e promover novas conquistas sociais, a partir da ampliação do rol de direitos fundamentais, assegurados pela Constituição, que se revela como condição de legitimidade e validade de todo o ordenamento jurídico, dada o reconhecimento da sua força normativa vinculante e a sua concepção como instrumento normativo hábil a promover o resgate das promessas não cumpridas da modernidade e a transformação da realidade social, a partir desse novo paradigma introduzido pelos neoconstitucionalismos, dentre os quais se insere o Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro.

Nesse sentido, as Constituições do pós-Segunda Guerra, passam a se estruturar em torno da garantia e efetivação de um extenso núcleo duro, inviolável de direitos e valores fundamentais do homem, protagonista desse novo Estado Democrático e Social de Direito, que não podem ser sonogados, anulados ou suprimidos pelo poder público. Tem-se, assim, uma mudança de paradigma, no qual supera-se a ditadura da lei através do reconhecimento da Constituição como o instrumento normativo com aptidão para resgatar as promessas da modernidade e transformar a realidade social, vinculando os poderes públicos à garantia e

promoção dos direitos por ela consagrados. A legalidade estrita própria do constitucionalismo moderno resta, portanto, suplantada pelo Constitucionalismo Contemporâneo a partir da (re)leitura moral do Direito, garantindo-se proteção e projeção aos valores plasmados no texto constitucional enquanto princípios que darão sentido às regras, que são ressignificadas em conformidade com o tempo e o mundo fático.

Essa releitura da sociedade a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, na qual se pretende o resgate do mundo concreto como *locus* onde se dá a existência de pessoas reais e não de situações idealizadas metafisicamente, nos lança à busca da necessária superação do esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade, em que o homem, detentor da razão, impõe sua vontade, assujeitando o objeto segundo à sua consciência, em direção ao esquema sujeito-sujeito, que visa coibir a discricionariedade e arbitrariedades cometidas pelo sujeito solipsista, por meio do desenvolvimento de relações intersubjetivas, na qual o sentido das coisas se transforma em consonância com o tempo e a realidade na qual inseridos, e não por razões de ordem subjetiva, ou segundo à consciência do intérprete judicial.

Inserida nesse novo paradigma do Direito, a Constituição Federal de 1988 possui um nítido viés social, resultante do projeto estatal democrático, ao reconhecer um amplo rol de direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado a fim de se promover o bem-estar social e uma existência digna, baseados na garantia de uma vida com qualidade. O poder público, pois, encontra-se vinculado à efetivação desses direitos positivados constitucionalmente, tendo em vista que, com a alteração de paradigma de compreensão, resultante dos neoconstitucionalismos (dentre eles, o Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro), ocorrida no decorrer do século passado e que teve como fim suplantiar as estruturas positivistas implementadas pelo Estado Moderno, atribuiu-se à Lei Maior a devida força normativa vinculante que, estruturada sobre direitos e garantias fundamentais, torna-se o documento essencial para a viabilização da transformação da realidade social e a efetivação da justiça social.

Dentre os direitos fundamentais sociais consagrados pela Constituição Federal, encontra-se o direito à saúde. A noção de saúde, entretanto, requer um novo prisma, condizente com a complexidade do homem contemporâneo, sendo, por isso, de difícil concepção, pois, deixa de estar relacionada apenas à ausência de doenças ou outras afecções, como na modernidade, para abranger o bem-estar de forma ampla e demais fatores econômicos, sociais e culturais que permitam o exercício de uma vida digna e com qualidade.

O direito à saúde, nessa linha, deve ser (re)pensado e efetivado em consonância com um novo contexto hermenêutico no qual pretende-se a superação da racionalidade do homem moderno, cuja compreensão estava ancorada na filosofia da consciência e na crença nela como único vetor de sentido, afastando-se do mundo concreto e apostando na vontade do sujeito solipsista, que impõe respostas arbitrárias, centradas na sua consciência, a partir da construção de relações intersubjetivas, no qual ressignifica-se o sentido das coisas em conformidade com o tempo e a realidade em que inseridas.

Logo, considerando-se que as normas constitucionais possuem força normativa vinculante e que a Constituição de 1988 foi estruturada em torno da garantia e promoção de direitos fundamentais, sendo condição de possibilidade dessas pretendidas transformações e do resgate do mundo concreto, o direito à saúde deve ser observado e concretizado pelo Estado em sua acepção máxima, ou seja, na forma como estabelecido pela ordem constitucional: de forma universal e igualitária, garantindo a todos o direito fundamental ao bem-estar físico e psicológico, à dignidade e à vida humana, cabendo ao poder público, nessa linha, atuar na promoção de políticas públicas sociais e econômicas que tenham como fim propiciar a sua satisfação.

Contudo, diante do déficit prestacional em países de modernidade tardia, como o Brasil, às promessas antigas somam-se novas, ensejando um grande abismo entre a concreta efetividade das normas constitucionais e a satisfação das necessidades decorrentes de uma sociedade onde a desigualdade social impera. Ademais, a implementação das políticas públicas necessárias para a promoção do direito à saúde encontra-se submetida à disponibilidade de recursos, materiais e humanos, do Estado, o que, considerando-se que todos os direitos, e não somente os direitos que demandam uma prestação do ente estatal, demandam custos, enseja um altíssimo grau de pretensões frustradas, uma vez que a reserva do financeiramente possível passa a ser utilizada como um obstáculo intransponível para justificar a sonegação da saúde pelo poder público, ou seja, funciona como um alibi teórico para relativizar direitos fundamentais.

Diante desse cenário – ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais associados ao déficit de efetividade da norma constitucional, assiste-se a uma expansão da atribuição do Poder Judiciário e o seu conseqüente protagonismo na efetivação dos direitos fundamentais sonegados, dentre eles, o direito à saúde. Isto é, com o novo projeto de Estado Constitucional, inaugurado sob o novo paradigma introduzido pelos neoconstitucionalismos,

no qual o homem torna-se protagonista, tendo a sua dignidade como parâmetro norteador da necessária efetivação da justiça social, solapada na modernidade, a concretização do direito fundamental à saúde demanda uma recorrente atuação do poder público e, uma vez sonegado, cabe ao Judiciário atuar para garantir efetividade a uma Constituição que não está realmente constituindo.

Diante da constatação do déficit de efetividade do direito fundamental à saúde, dada a sonegação, ineficiência ou omissão do poder público em implementar as devidas políticas públicas necessárias para a sua concretização, observa-se o deslocamento do polo de tensão entre os poderes para o Judiciário que, no novo paradigma neoconstitucional, deixa de apenas aplicar a lei, tal como no modelo positivista, próprio da modernidade, para dizer o direito, no caso concreto, a partir do desenvolvimento de uma (re)leitura hermenêutica constitucionalmente adequada e em conformidade com a realidade social na qual a norma encontra-se inserida.

A judicialização da saúde, nesses termos, decorre da sonegação ou violação perpetrada pelo ente estatal, que se furta do seu dever constitucionalmente imposto, cabendo ao Judiciário garanti-lo, dada a sua essencialidade para a efetivação de outros direitos e garantias igualmente fundamentais, tais como a dignidade humana e a integridade física. A atuação proeminente do Judiciário nesse novo cenário constitucional contemporâneo, contudo, embora seja decorrência da ineficiência do Estado em garantir aquilo a que se propôs, deixando de promover o resgate das promessas da modernidade e a pretendida transformação da realidade social, torna propícia a prática do decisionismo, que consiste em respostas judiciais discricionárias, proferidas por um sujeito solipsista, imerso no esquema sujeito-objeto, que se ampara na sua consciência e em álibis teóricos, como a reserva do possível, argumento baseado em razões de política e não de princípios, para fundamentar respostas que se afastam da proposta advinda com o Constitucionalismo Contemporâneo, que é transformar a realidade, a partir do resgate do mundo concreto e das promessas não cumpridas da modernidade.

Trata-se, assim, da crise hermenêutica do Direito, denunciada por Lenio Streck, e que decorre do *gap* entre o constitucionalismo moderno e os neoconstitucionalismos, no qual o julgador, imbuído do seu mister de dizer o direito no caso concreto, decide conforme a sua consciência, a partir do uso inapropriado do ferramental jurídico, valendo-se da discricionariedade para proferir escolhas arbitrárias, fundamentadas a partir de subjetividades assujeitadoras, próprias do esquema sujeito-objeto, afastando-se da norma constitucional como



parâmetro normativo a ser adotado para se garantir o direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada.

Nessa senda, o Direito é tudo aquilo que o intérprete quer que seja e não uma decisão construída por intermédio do desenvolvimento de fundamentos intersubjetivos, alinhados aos princípios constitucionalmente assegurados, como condição de possibilidade das transformações pedidas e do resgate do mundo concreto, necessário para a percepção de toda extensão da nova e complexa proposta de como deve ser o arranjo social gerenciado pelo Estado no mundo contemporâneo. Assim, o julgador, instado a manifestar-se acerca da existência do direito à pretensão à saúde posto em debate, deixa de promovê-lo ou o faz por meio da construção de fundamentações inadequadas, construídas solipsística e arbitrariamente e que se afastam das normas e princípios constitucionais como padrões hermenêuticos, configurando as chamadas escolhas e não decisões judiciais, que violam o pacto original e o princípio democrático, ao fragilizar a força normativa da Constituição e romper com o propósito promotor do bem-estar social do Estado Constitucional inaugurado em 1988.

Logo, para uma melhor compreensão acerca da diferença existente entre o ato de decidir e o ato de escolher no âmbito judicial e, após a realização da construção histórica sobre o Constitucionalismo Contemporâneo, a análise da evolução dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles, o direito fundamental à saúde, além do necessário esclarecimento acerca da utilização da reserva do possível como álibi teórico para justificar a sonegação do direito à saúde pelo Estado, temas esses que se revelam imprescindíveis para contextualizar e garantir solidez à pesquisa aqui desenvolvida, serão examinadas as fundamentações de alguns julgados relativos ao direito em análise, selecionados no Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Regional da 1ª Região e Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), entre os anos de 2010 a 2020. O objetivo dessa análise jurisprudencial é enfrentar a questão de como o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, mais especificamente, do direito à saúde, contribui para a disseminação de condutas arbitrárias, baseadas apenas na vontade do julgador, e que violam as regras do jogo democrático, consubstanciando, assim, segundo Lenio Streck, as chamadas escolhas e não decisões judiciais.

A partir do exame da jurisprudência selecionada, então, buscar-se-á verificar a adequação às normas constitucionais das respostas proferidas pelo Poder Judiciário às demandas relativas à concretização do direito à saúde e desvelar o caminho adequado para

conter o arbítrio judicial, substancializado no esquema sujeito-objeto, no qual o julgador solipsista, decide conforme à sua consciência, indo de encontro ao que se propõe com o novo paradigma constitucional, sob o qual se funda o Estado Democrático de Direito, estruturado em torno da promoção de direitos e valores fundamentais. Sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)<sup>1</sup>, de Lenio Streck, então, defender-se-á a intersubjetividade nas relações jurídicas como a solução apropriada e necessária para superar o esquema sujeito-objeto, a partir da adequada leitura dos princípios constitucionais como norte interpretativo a assegurar a força vinculante da norma constitucional e permitir projetá-la no tempo, tornando, assim, realizável a pretendida transformação da realidade social através do resgate do mundo concreto.

Ressalta-se que a pesquisa não se propõe a defender que seja concedido tudo a todos, mas, sim, que seja concedido aquilo que é devido. Trata-se, pois, de conceder melhor, ou seja, garantir o que efetivamente se constitui como direito fundamental à saúde, a partir do uso apropriado do ferramental jurídico, que permite a construção de uma fundamentação adequada, alinhada aos direitos fundamentais e valores protegidos pela Constituição enquanto princípios que darão sentido às regras, para, assim, se levar adiante o projeto democrático estatal e promover a transformação da realidade social, garantindo-se que o texto constitucional efetivamente constitua. Objetiva-se, dessa forma, demonstrar a imprescindibilidade da fundamentação para se alcançar a resposta adequada constitucionalmente, seja concedendo ou negando as prestações relativas ao direito à saúde, para, assim, tornar-se possível a necessária contenção do arbítrio judicial, consubstanciado em respostas discricionárias de um julgador solipsista, ainda inserido no esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade.

Isto posto, visa-se com esse trabalho analisar se o intérprete judicial está realmente proferindo decisões (e não escolhas), restando garantindo o direito fundamental às respostas adequadas à Constituição, na linha proposta por Lenio Streck, observando-se a coerência e a integridade do Direito, o resgate do mundo fático e a promoção da transformação social por meio da determinação da efetivação dos direitos e valores fundamentais, superando-se, assim, o esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade, que aposta na discricionariedade e na vontade do julgador para concretizar uma Constituição que prometeu resgatar aquilo que não

---

1A CHD, segundo Lenio Streck, caracteriza-se “pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objeto privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão jurídica”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.33.

se cumpriu e que não concretiza o que se propôs. Isso porque, a decisão, para ter legitimidade e validade, deve estar em consonância com a Constituição, sendo essencial superar o decisionismo para que o viés transformador da sociedade, a partir da efetivação das normas constitucionais, efetivamente se realize.

Por fim, para o desenvolvimento dessa pesquisa, foi adotado, quanto à abordagem, o método hermenêutico-fenomenológico, por meio da utilização de um processo interpretativo sobre os temas centrais que serão aqui discutidos, no qual se permite a compreensão do Direito a partir de um novo paradigma instaurado pela imersão da linguagem na filosofia, suplantando-se o modelo de subsunção, próprio do esquema sujeito-objeto, por uma interpretação baseada na intersubjetividade. Como técnica de pesquisa, recorre-se à vasta bibliografia existente sobre o tema em livros, periódicos, consulta à legislação, dissertações de mestrado e teses de doutorado. Vale-se, ainda, da pesquisa jurisprudencial, através do acesso ao sítio eletrônico de alguns tribunais, como o STF e STJ, a fim de analisar se as fundamentações dos julgados que tratam sobre o direito à saúde estão adequados à Constituição e ao esquema intersubjetivo próprio do Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, como forma de se compreender uma sociedade plural, includente e tolerante.

Portanto, a partir da análise dos aspectos indispensáveis à compreensão do tema posto em debate, busca-se averiguar se a fundamentação proferida pelo julgador está alinhavada à compreensão adequada à Constituição e, por conseguinte, à proposta desse novo projeto estatal inaugurado em 1988 no Brasil, restando superada a filosofia da consciência e, assim, o decisionismo, que vão no sentido oposto ao Estado Democrático de Direito e ao Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro.

## 1. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O esgotamento do constitucionalismo moderno, no qual, o cumprimento das inúmeras promessas realizadas pelo ente estatal restaram frustradas, expõe a necessidade da concepção de uma nova teoria do Direito, implementada por um Estado constitucional, democraticamente organizado como plural e incluyente, estruturado a partir da consagração de direitos e valores fundamentais como horizonte de compreensão daquilo que se tornou a proposta desse novo modelo estatal, como uma releitura e resgate das promessas não cumpridas na modernidade, essencial para a percepção do desdobramento da recente proposta de como deve ser o arranjo social gerenciado pelo Estado no mundo contemporâneo.

Essa alteração do paradigma da compreensão, ocorrida no decorrer do século passado, com o propósito de suplantar as estruturas positivistas implementadas pelo Estado Moderno, se consubstancia com o Constitucionalismo Contemporâneo, fundamentado na atribuição do *status* de norma jurídica às normas constitucionais, concebendo a Constituição como um documento de relevância ímpar, destinado não apenas a tratar sobre a estrutura e competência dos poderes estatais, mas, também, a garantir, proteger e promover os valores por ela consagrados, sendo o instrumento de transformação da realidade, resgatando as promessas não cumpridas da modernidade, a partir da reestruturação das relações sociais.

O Constitucionalismo Contemporâneo, dessa forma, é o movimento teórico das ciências jurídicas surgido no pós-Segunda Guerra Mundial, denominado neoconstitucionalismo, e que determinou a necessidade de construção de uma nova teoria do Direito diante da ineficiência do constitucionalismo moderno e, como consequência, do positivismo, em conformar o ordenamento jurídico com a realidade social<sup>2</sup>. Lenio Streck entende ser equivocado a adoção do termo neoconstitucionalismo por implicar na jurisprudência de valores e na distorção do texto constitucional a partir do exercício de uma interpretação criativa e discricionária de suas normas, implicando em escolhas arbitrárias e desprovidas de fundamentos constitucionais pelo Poder Judiciário, violando-se o direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada. Nas palavras do autor:

O termo “neoconstitucionalismo” pode ter-nos levado a equívocos. Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha desse neoconstitucionalismo, percorremos um

---

<sup>2</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68.

caminho que nos leva à jurisprudência da valoração e às suas derivações axiologistas, temperadas por elementos provenientes da ponderação alexyana. (...) Sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento com base em jargões vazios de conteúdo, que reproduzem o prefixo “neo” em diversas ocasiões, como em “neoprocessualismo” e “neopositivismo”. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleojuspositivismo (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da jurisprudência dos valores. (...) Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição. Em decorrência dessas reflexões, a partir de agora, passarei a nominar “Constitucionalismo Contemporâneo” (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo<sup>3</sup>.

Através do Constitucionalismo Contemporâneo, desenvolvido a partir da implementação do novo modelo estatal democrático de Direito, busca-se implementar as promessas não cumpridas da modernidade por meio da concretização dos direitos e valores fundamentais garantidos pela Constituição. Tem-se, assim, uma mudança do paradigma de compreensão, uma vez que, superando-se a interpretação baseada na vontade de um sujeito solipsista, prima-se por uma compreensão baseada na intersubjetividade como condição de possibilidade das transformações pedidas e do resgate do mundo concreto.

Nesse contexto, para uma melhor compreensão acerca da noção e importância do Constitucionalismo Contemporâneo para a alteração do paradigma de compreensão do ordenamento jurídico e a consequente mudança de perspectiva no que diz respeito às formas de implementação dos valores consagrados pela Constituição, mais especificamente, dos direitos fundamentais, onde é possível constatar um alto grau de déficit prestacional, será realizada uma construção histórica sobre o desenvolvimento dessa nova teoria do Direito e sobre a ascensão desses direitos ao status de norma jurídica constitucional, cuja promoção e proteção é dever que se impõe ao Estado Democrático de Direito.

---

3STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*. Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em: 25 mar. 2020.

### **1.1. A construção histórica e conceitual do Constitucionalismo Contemporâneo: do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito**

O Constitucionalismo Contemporâneo é o movimento teórico jurídico-político que surge após o fim da Segunda Guerra Mundial, no âmbito do pós-positivismo e que tem como objetivo limitar o exercício do poder estatal, a partir do reconhecimento, garantia e proteção dos direitos humanos, fundamentais e sociais pelos documentos constitucionais, possibilitando a efetivação do modelo estatal democrático de Direito<sup>4</sup>. Segundo Lenio Streck, o Constitucionalismo Contemporâneo, se traduz na alteração da prática político-jurídica que ocorre em dois níveis: “no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior do qual se dá a reformulação da teoria das fontes; da teoria da norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão”<sup>5</sup>. Para uma melhor compreensão acerca do que consiste o Constitucionalismo Contemporâneo bem como suas principais características, faz-se necessário, antes, discorrer brevemente sobre como ocorreu a construção do Estado Moderno e como a crise desse projeto estatal, no qual, inúmeras promessas foram realizadas, mas não cumpridas, tornaram propícia a ascensão desse novo modelo de constitucionalismo no período pós-Segunda Guerra Mundial e ainda presente no momento atual.

De modo geral, segundo as considerações tecidas por Lenio Streck, foi a partir do Estado Moderno que as noções de sujeito, Estado e Direito se consolidaram tal como a conhecemos. Findo o medievo, o modelo estatal moderno surge, em um primeiro momento, como absolutista, encontrando-se o poder, justificado metafisicamente, centralizado nas mãos do monarca. Com a crise do absolutismo, temos um Estado mínimo, liberal, marcado pela restrição do poder estatal para se garantir o exercício das liberdades fundamentais. As Constituições desse período buscavam, pois, limitar o poder do Estado e afirmar os direitos e garantias individuais. Após, com a crise social provocada pelo modelo de Estado liberal, temos o Estado Contemporâneo, “sob as suas mais variadas formas”, requerendo a intervenção estatal sob o domínio econômico, bem como para a promoção de direitos sociais de caráter essencial para a sociedade. Sob o Estado Contemporâneo, a Constituição adquire força

---

<sup>4</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67-68.

<sup>5</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 37.

normativa vinculante, cujas normas passam a ser de observância obrigatória pelo Poder Público<sup>6</sup>.

Partindo-se, primeiramente, para a análise do Estado Moderno, constata-se a sua origem a partir do fim do medievo, ao término das relações feudais, a partir do desenvolvimento de um novo arranjo social, cujo monopólio do poder político e jurídico, antes fragmentado por diversas instituições no período da Idade Média, passa a ser do ente estatal. Assim, através da construção de uma nova relação entre o monarca, que se afirma sobre os antigos feudos, e a burguesia, que quer se consolidar no poder, tem-se a instituição do Estado Moderno<sup>7</sup>. Lenio Streck e José Luis Bolzan discorrem que:

(...) não há data precisa delimitando a passagem do feudalismo (ou da forma estatal medieval) para o capitalismo, onde começa a surgir o Estado Moderno em sua primeira versão (absolutista). (...) Em face das características stricto sensu da forma estatal medieval, é razoável afirmar que não existiu Estado centralizado no decorrer do período medieval, exatamente pela fragmentação dos poderes em reinos, feudos, etc. A forma de Estado centralizado – o Estado como poder institucionalizado – é pós-medieval, vindo a surgir como decorrência/exigência das relações que se formaram a partir do novo modo de produção – o capitalismo – então emergente. (...) Com a passagem da forma estatal medieval para o Estado Moderno – na sua versão inicial absolutista – tem-se o início de um modelo de dominação legal-racional. (...) os diversos poderes dispersos pelos feudos são substituídos e unificados no poder soberano da monarquia absoluta<sup>8</sup>.

O Estado Moderno, diferentemente do modelo de organização social precedente que, conforme salientado anteriormente, encontrava-se fragmentado em feudos, é um modelo unitário e centralizado que apresenta como elementos fundamentais o território, o povo, um governo dotado de soberania e a concentração do poder. O ente estatal, a partir desse período, além da centralização político-institucional, tem poder próprio, sendo reconhecido como instituição distinta da sociedade civil. Segundo Lenio Streck e José Luis Bolzan:

(...) naquilo que se passou a denominar de Estado Moderno, o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma ideia, com potência superior à dos indivíduos). É a ideia de uma dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. O Poder despersonalizado precisa de um titular: o Estado. Assim, o Estado procede da institucionalização do Poder, sendo que suas condições de existência são o território, a nação, mais potência e autoridade. Esses elementos dão origem à ideia de Estado. Ou seja, o Estado Moderno deixa de ser patrimonial. Ao contrário da forma

6STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 23.

7MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. *O Estado Plurinacional na América Latina*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 35.

8STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 21-22.

estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram donos do território e de tudo o que nele se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno, passa a haver a identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de soberania estatal<sup>9</sup>.

Em um primeiro momento, o modelo estatal moderno caracterizava-se pelo absolutismo como forma de governo, no qual o Monarca, de modo incondicional, detinha todo o poder do Estado em suas mãos, governando conforme seus próprios interesses e para ele. Tratava-se de um arranjo estatal cujo soberano possuía autonomia plena, governando segundo a sua própria vontade, sem qualquer relação de dependência para com outra autoridade. O Estado passou a ser propriedade do Rei, que exercia o poder de maneira absoluta, pois, fundamentado em origem divina e, por esse motivo, incontestável. Não havia representatividade da população na política, uma vez que cabia ao soberano, cujo poder se justificava metafisicamente, conduzir a política segundo seus anseios pessoais.

Em razão do exercício arbitrário do poder estatal pelo soberano (tendo em vista a noção idealizada de que o Estado é o rei), surge a necessidade de limitá-lo, frear as ações do monarca que se apropriou do Estado, como se dono dele fosse. A burguesia, que antes cedera seu poder político em favor desse soberano por razões econômicas, em prol da expansão do capitalismo, reivindicava, agora, esse mesmo poder, não mais se contentando apenas em deter o domínio econômico. Somado a isso, tem-se a insatisfação das outras classes sociais exploradas por essa estrutura absolutista, dando ensejo a uma crise institucional e social que culminou com a Revolução Francesa e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789<sup>10</sup>

Nesse contexto, o absolutismo tem seu fim com a Revolução Francesa de 1789, sendo o Estado liberal a próxima etapa do Estado Moderno, tendo como característica principal a ausência do controle absoluto exercido por uma única figura, no caso, o Rei. Limita-se, assim, o poder e as funções do Estado para garantir a autonomia privada, uma maior segurança e liberdade às pessoas. O período liberal está associado aos direitos de cunho negativo – o

9STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.28-31.

10A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é resultado da Revolução Francesa, datada de 1789. Nesse relevante documento, foram definidos os direitos individuais e coletivos dos seres humanos, exigíveis em qualquer lugar e período, sendo oponíveis *erga omnes*. Possui um preâmbulo e dezessete artigos, dentre eles, declarando, já no art.1º, que todos os homens nascem iguais em direitos, sendo livres. Para mais informações, consultar o site do Ministério Público Federal. BRASIL. Ministério Público Federal. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em: 04 de mar. de 2020.



Estado deixa de intervir para assegurar autonomia aos indivíduos, principalmente nas questões econômicas.

Esse Estado liberal, não intervencionista, atendia aos anseios capitalistas e, em consequência, aos interesses da classe burguesa, que pretendia a consolidação, além do poder econômico, do poder político, bem como a acumulação de capital. Assim, a política liberal favoreceu o crescimento do individualismo e das liberdades, tendo no documento constitucional o instrumento necessário contra o exercício do poder arbitrário pelo Estado, cuja função ficava limitada à manutenção da ordem e segurança, zelando pelas liberdades civis, pessoal e econômica<sup>11</sup>. As Constituições desse modelo liberal, assim, preocupavam-se com a limitação do poder estatal, a partir do estabelecimento da separação dos poderes e de normas de organização do Estado, bem como através da proteção dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão – direitos civis e políticos ligados ao ideal de liberdade<sup>12</sup>. Segundo Ingo Sarlet:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”<sup>13</sup>.

A classe burguesa, em razão do seu poder econômico e do aumento da sua influência política, pretendia um Estado mínimo, que não interferisse na esfera particular dos indivíduos, ao contrário do Estado absolutista, cujo intervencionismo estatal consistia em uma de suas principais características. A finalidade principal desse modelo estatal liberal era assegurar a liberdade individual, mantendo a paz e a segurança, positivando os direitos de primeira geração em documentos que regeriam os Estados – trata-se da fase inicial do

---

11STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 42.

12 Paulo Bonavides dispõe que os direitos de primeira geração são aqueles direitos de “resistência ou de oposição perante o Estado”. São direitos de titularidade individual e têm cunho negativo, pois requerem uma abstenção, um não agir do ente estatal. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 517.

13SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 46-47.

constitucionalismo ocidental, consubstanciada a partir das primeiras Constituições escritas<sup>14</sup>. É no período liberal que se consagra o ideal de igualdade entre os indivíduos, uma vez que a burguesia, em busca de uma ordem jurídica estável, que lhe garantisse segurança nas relações econômicas e, ao mesmo tempo, apoio popular, vê no direito à igualdade uma possível arma para a perpetuação do seu poder. Nas palavras de Paolo Grossi, “abstração e igualdade formal foram, talvez, as armas mais afiadas da grande batalha burguesa, armas só aparentemente desinteressadas, só aparentemente em benefício e para a proteção de todos”<sup>15</sup>.

Entretanto, o implemento dessa política liberal associada ao Estado mínimo, agravaram os problemas sociais e econômicos. A igualdade formal, defendida pela burguesia como uma forma para se manter no poder, já não era mais suficiente para grande parte da população, principalmente para aqueles setores mais impactados pela industrialização. Nesse contexto, começou-se a reivindicar ao Estado o reconhecimento progressivo de direitos, tornando-se necessário um comportamento ativo do ente estatal para a efetiva concretização da justiça social. Segundo Ingo Sarlet:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, (...) de propiciar “um direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado<sup>16</sup>.

O Estado Moderno liberal, dessa forma, evoluiu para um modelo estatal contemporâneo, deixando de ser um Estado mínimo, não intervencionista, que exercia tão somente poderes de polícia e de legislação, para ser mais atuante, com maior participação e intervenção no âmbito econômico e social, garantindo direitos sociais, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., proporcionando à população mais impactada pelo

---

14SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 46-47.

15Segundo o autor, o direito à igualdade entre todos os homens, igualdade perante a lei, serviu para que a burguesia atingisse seus propósitos, qual seja, assegurar o seu poder e elevar a sua riqueza, objetivo fundamental no sistema capitalista. GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2. ed. rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 106.

16SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.47.

desenvolvimento industrial e pelo capitalismo, o mínimo essencial para viabilizar o exercício de uma vida digna. Nesse sentido, Lenio Streck e José Luís Bolzan:

O projeto liberal teve como consequências: o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder como poder legal, baseado no direito estatal, como já explicitado acima. Todavia, estas circunstâncias geraram, por outro lado, uma postura ultraindividualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade no qual há o direito, e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em consequência da Revolução Industrial e seus consectários, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde etc. Evidentemente que isso trouxe reflexos que se expressaram nos movimentos socialistas e em uma mudança de atitude por parte do poder público, que vai se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada, o que se dá, por um lado, para mitigar as consequências nefastas e, por outro, para garantir a continuidade do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro (...)<sup>17</sup>.

O Estado de Bem-Estar Social ou Estado-Providência, então, consoante Boaventura de Sousa Santos, resultou do compromisso entre o ente estatal, capital e trabalho, no qual os capitalistas abriram mão de parcela de sua autonomia e lucro, bem como os trabalhadores renunciaram a parte de suas pretensões em prol do Estado, que se tornou o responsável por mediar esse acordo, se valendo dos recursos financeiros adquiridos a partir desse compromisso, em razão da tributação dos rendimentos das diversas camadas sociais, para aplicar em ações que seriam desenvolvidas em benefício da própria sociedade. Assim, nas palavras do autor:

(...) o conceito de Estado-Providência, bem mais tardio, designa a forma política do Estado nos países capitalistas avançados num período em que o socialismo deixa de estar na agenda política do curto e médio prazo. Como é sabido, o Estado-Providência é o resultado de um compromisso, ou de um certo pacto teorizado no plano econômico por Keynes, entre o Estado, capital e o trabalho, nos termos do qual os capitalistas renunciam a parte de sua autonomia e dos seus lucros (no curto prazo, não no médio prazo) e os trabalhadores a parte de suas reivindicações (as que respeitam à subversão da sociedade capitalista e à sua substituição pela sociedade socialista). Esta dupla renúncia é regida pelo Estado. O Estado transforma o excedente libertado, ou seja, os recursos financeiros que lhe advêm da tributação do capital privado e dos rendimentos salariais, em capital social<sup>18</sup>.

---

17STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 48-49.

18SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a sociedade e as políticas sociais: o caso das políticas de saúde. *Revista crítica de Ciências Sociais*, n. 23, p.13-72, set. de 1987. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado\\_Sociedade\\_Politicais\\_Sociais\\_RCCS23.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Sociedade_Politicais_Sociais_RCCS23.PDF). Acesso em: 26 de março de 2020.

No Estado de Bem-Estar Social temos a consagração dos direitos de segunda geração ou dimensão, que são aqueles direitos de cunho prestacional, exigindo do ente estatal uma atuação no sentido de concretizá-los. Tratam-se dos direitos sociais, vitais ao homem, enquanto indivíduo e não como ente coletivo e que visam à concretização da justiça social, garantindo saúde, alimentação, trabalho, moradia, dentre outras necessidades essenciais ao exercício de uma vida digna. Dessa forma, é direito do homem ter provido pelo Estado, independentemente de sua renda ou classe social, esses direitos mínimos essenciais à sua qualidade de vida e ao seu bem-estar.

O *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar social se consolida após o término da Segunda Guerra Mundial, exigindo-se do ente estatal uma atuação proativa para a concretização da função social. Não é mais apenas uma política assistencialista, mas um direito, uma conquista social do indivíduo, que tem que ter garantido os meios para prover sua subsistência e, como consequência, uma vida digna. Cabe ao Estado, assim, proporcionar o bem-estar aos seus, assegurando-lhes os direitos fundamentais, com especial destaque para os denominados de segunda geração ou dimensão – direitos de cunho social, que requerem uma conduta ativa do poder público para serem efetivados.

No que tange especificamente ao Direito, Paolo Grossi identifica na modernidade o surgimento da noção de Estado como sujeito político, “criador e produtor do direito, justamente porque assaz interessado em toda e qualquer manifestação do jurídico. Estado legislador porque consciente da relevância política do jurídico e, portanto, controlador e monopolizador deste último”<sup>19</sup>. O Direito, nessa perspectiva, encontrava-se vinculado tão somente à uma estrutura positivista, independente de qualquer correspondência com a realidade e com a noção de justiça, uma vez que o Estado buscava simplificar o universo jurídico em uma lógica baseada nas normas legais – o ente estatal, por meio do exercício da sua competência legislativa, moldava o comportamento social a partir das disposições normativas e, ao mesmo tempo, tinha o seu âmbito de atuação submetido e limitado pela própria lei (é a supremacia da lei sobre o Estado e a sociedade).

Entretanto, o Direito utilizado como instrumento de propagação de normas legais, preocupado apenas com a observância dos procedimentos estabelecidos para sua formação (direito formal) e não com o seu conteúdo, deu ensejo a abusos legislativos que tornaram

---

19GROSSI, Paolo. Um direito sem Estado. A noção de autonomia como fundamento da Constituição Jurídica Medieval. Tradução de Felipe Pante Leme de Campos. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 21 n. 123 Fev./Maio 2019 p. 20-41, p.26. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1902/1264>. Acesso em: 04 de março de 2020.

propícia a estruturação de governos totalitários, como o nazismo na Alemanha em 1933 (e que perdurou até o ano de 1945), e na consequente legalidade de atos arbitrários praticados por esses Estados, uma vez que atuavam dentro do que permitido por lei, observando a legalidade formal para a legitimação de suas ações, situação essa que findou com o término da Segunda Guerra Mundial.

Dessa forma, a luta pelo reconhecimento e a conquista de direitos universais marcam a transição desse modelo estatal liberal, de cunho positivista, para o Estado Social de Direito, no qual as ações estatais estão pautadas pelo desenvolvimento de ações que visem garantir os direitos sociais. O Estado Social pretende a concretização da igualdade não alcançada pelo modelo liberal, a partir da promoção e realização de valores e direitos essenciais à população mais atingida durante o período correspondente ao Estado mínimo. Entretanto, consoante Lenio Streck e José Luis Bolzan:

(...) mesmo sob o Estado Social de Direito, a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material. (...) É por essas, entre outras, razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio em questões presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*<sup>20</sup>.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, pós-positivista, os direitos humanos fundamentais e sociais passam a ser consagrados pela norma constitucional, que adquire o status de norma superior a ser observada por todo o ordenamento jurídico. Nesse contexto, a partir de uma maior participação da sociedade que, consciente de seus direitos, busca a concretização das promessas não efetivadas pela modernidade, tem-se a constitucionalização do Direito, que passa a ser utilizado como instrumento de integralização estatal e de transformação das relações sociais, através do monopólio da produção jurídica pelo Estado e pelo desenvolvimento político, social e econômico.

No âmbito desse Estado Constitucional, o fim precípua é a consagração dos direitos sociais e coletivos, bem como da dignidade humana, que surge como valor supremo após o seu flagrante desrespeito pelos governos totalitários que, em razão de uma suposta superioridade racial e amparados pela legislação estatal, inferiorizaram e atentaram contra a vida de milhões

---

<sup>20</sup>STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 63.

de pessoas, através da prática de atos cruéis e vexatórios, como os perpetrados nos campos de concentração nazistas, nos quais milhões de judeus foram mantidos encarcerados e/ou mortos pelo governo alemão<sup>21</sup>. Nesse sentido, o Constitucionalismo Contemporâneo, segundo Lenio Streck, nos leva “a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”<sup>22</sup>, a partir de uma maior atuação dos poderes estatais, materializando-se a igualdade formal, que deixa de ser apenas uma igualdade na lei, para ser uma igualdade real, ou seja, uma igualdade que busca nas diferenças de tratamento atingir uma situação de similitude entre aqueles que se encontram em situação desigual.

A consagração e implementação dos direitos fundamentais, assim, apresenta-se como condição de legitimidade e validade da própria Constituição que, por intermédio da sua força normativa vinculante, impõe ao ente estatal e à sociedade, padrões de atuação a ser observados, sendo um mecanismo de estabilização da instituição Estado e do seu poder político, funcionando como um “remédio contra maiorias (eventuais ou não)”<sup>23</sup>. A referência à força normativa da Constituição é atribuída a Konrad Hesse, para quem a Constituição, para ser eficaz e, portanto, possuir força normativa vinculante, deve conformar a realidade histórica e social na qual encontra-se inserida. Nas palavras do referido teórico:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas<sup>24</sup>.

---

21A Segunda Guerra Mundial foi um dos conflitos mais violentos e devastadores da história humana, no qual mais de 46 milhões de pessoas morreram, sendo que muitos em situações “crueldade prolongada e terrível”. Segundo, na obra, os judeus eram humilhados e torturados, sendo submetidos a trabalhos forçados pelos agentes nazistas, que os obrigavam “a dançar, a cantar e a despir-se enquanto trabalham e são, até mesmo, forçados a espancar-se mutuamente”. Além dos judeus, ciganos também foram perseguidos pelo regime nazista, sendo castrados ou enviados para os campos de concentração para serem submetidos a trabalhos forçados, torturas e/ou enviados para a câmara de gás. GILBERT, Martin. *A Segunda Guerra Mundial: os 2.174 dias que mudaram o mundo*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 1.168; p. 9963 (formato digital).

22STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68.

23STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 461.

24HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-15.

No Estado Democrático Social de Direito, portanto, temos uma mudança de paradigma no qual o modelo estatal deixa de ser o legislativo para ser o constitucional, ou seja, supera-se a ditadura da lei em razão do reconhecimento da força normativa da Constituição, condição de legitimidade e validade de todo o ordenamento jurídico – Constitucionalismo Contemporâneo. Ademais, a Constituição torna-se o instrumento jurídico a ser observado para tornar possível a modificação das relações sociais e da realidade, a partir das normas compromissórias e diretivas e do reconhecimento e proteção dos chamados direitos de terceira geração ou dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou solidariedade, de titularidade coletiva ou difusa. Segundo Ingo Sarlet:

A nota distintiva desses direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida (...). Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.

Importa ressaltar que, no Estado Democrático Social de Direito, a Constituição, como documento máximo a pautar as relações entre o Estado e o indivíduo, contém um núcleo inegociável de direitos que não pode ser suprimido pelo ente estatal no exercício da sua competência legislativa. Tratam-se de direitos fundamentais a serem implementados e garantidos a todo e qualquer cidadão, sendo inconstitucional qualquer ato estatal contrário, omissivo ou aquém do assegurado pela norma constitucional. Todo o ordenamento jurídico deve, então, estar em consonância com a Constituição e qualquer incompatibilidade pode ensejar a atuação do Poder Judiciário para retornar ao *status quo* ou para a efetivação desses direitos<sup>25</sup>.

Aliás, foi no período pós-Segunda Guerra Mundial que o Judiciário vivenciou uma expansão do seu poder, assumindo um protagonismo na garantia de direitos fundamentais, sociais e transindividuais ou coletivos para aqueles aos quais foram negados, violados ou suprimidos durante a modernidade. Esse protagonismo decorreu, em grande medida, em razão das promessas não cumpridas do Estado Moderno, tornando propício o ajuizamento de novas demandas que pleiteiam a concretização de direitos constitucionais sonogados pelo ente

---

<sup>25</sup>Tal fato nos remete ao princípio da proibição do retrocesso, que será trabalhado no capítulo 2.

estatal, reclamando a atuação recorrente do Poder Judiciário, que adquire um papel de destaque nesse modelo estatal constitucional<sup>26</sup>.

Dessa forma, o movimento constitucionalista contemporâneo substancializa, materializa as normas constitucionais, que passam a ter o status de norma jurídica exigível e de observação obrigatória por todo o ordenamento jurídico estatal, superando-se o constitucionalismo moderno, cuja Constituição não passava de um documento político que ficava ao arbítrio do Poder Legislativo e Executivo para a concretização de suas promessas, não tendo o Judiciário a competência de garantir as suas normas fundamentais. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição<sup>27</sup>.

Portanto, foi a partir do término da Segunda Guerra Mundial que se tornou clara a mudança de paradigma da teoria da Constituição, a partir da evolução do constitucionalismo moderno para um novo projeto advindo com os neoconstitucionalismos, dentre o qual está inserido o Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, e que garante à Constituição a força normativa vinculante, obrigando os poderes estatais à sua observação e concretização. Constatou-se, ainda, com o advento do Estado Constitucional, a expansão da atribuição do Poder Judiciário, que deixa de exercer apenas o papel de aplicador da lei para desempenhar a função interpretativa das normas constitucionais, além de atuar como garantidor delas, competências que acabam propiciando a prática de decisionismos e arbitrariedades em prol da efetivação de direitos fundamentais e sociais violados ou omitidos pelos Poderes estatais, sendo essa atuação do Judiciário uma das principais críticas ao neoconstitucionalismo.

---

26O protagonismo do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais será tratado nesse trabalho no capítulo 4. Nesse momento, importa apenas deixar claro que a expansão do poder judicial se deu no pós-segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo Contemporâneo.

27BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005, p. 5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 22 Mar. de 2020.



A partir desse momento, o neoconstitucionalismo e, mais especificamente, o Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, serão objeto de uma breve análise, abordando-se, mais precisamente, suas principais características e a sua relevância na formação e consolidação do Estado Constitucional de Direito e no protagonismo assumido pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos e valores fundamentais previstos na Constituição Federal, após a mudança de paradigma do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, no qual as normas constitucionais possuem uma alta carga axiológica, possuindo hierarquia superior às demais normas do ordenamento jurídico.

Conforme já salientado anteriormente, após o final da Segunda Guerra Mundial, os Estados vivenciaram uma evolução da teoria do Direito, em que as normas constitucionais passaram a vincular todo o ordenamento jurídico, sendo de observância obrigatória para o ente estatal e todas as suas instituições, que se encontram sujeitos às suas disposições. Antes, porém, dessa alteração de paradigma, os Estados, de modo geral, tinham a lei como principal fonte exclusiva do Direito, sendo a Constituição, tão somente, um documento utilizado como parâmetro para a organização estatal, não dispendo sobre direitos e garantias fundamentais, cuja proteção dependia da norma legal. Segundo Daniel Sarmento:

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos<sup>28</sup>.

Assim, no cenário jurídico pós-Guerra, o projeto estatal moderno, que tinha a lei como fonte normativa hierarquicamente superior, desmorona. As barbáries perpetradas pelos governos totalitários sob o manto da legalidade forçou uma mudança da teoria do Direito, ganhando as Constituições destaque nesse novo cenário, no qual a lei não mais imperava. A partir desse momento, reconhece-se, à Constituição, a força normativa para vincular e subordinar todo o ordenamento jurídico aos seus preceitos. Supera-se, então, a legalidade estrita do positivismo por meio da releitura moral do Direito, garantindo proteção a valores plasmados no texto constitucional enquanto princípios que darão sentido às regras,

---

28SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: Sarmento, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009, p. 114-120.

considerando-se o contexto histórico e temporal – o sentido das normas são ressignificados em conformidade com o tempo e o mundo fático.

Importa, nesse momento, fazer uma breve observação acerca da separação entre Direito e moral defendida pelos positivistas. Segundo essa corrente teórica, não existe uma necessária conexão entre a norma jurídica e a ordem moral. Para Hans Kelsen, a validade da ordem jurídica independe da moral, ou seja, ainda que contrária a essa, a norma jurídica poderá ser válida, uma vez que não existe uma moral absoluta, que independe de circunstâncias fática e temporal<sup>29</sup>. Segundo Kelsen, as normas jurídicas, enquanto prescrições do dever-ser, devem ser alheias às questões morais, pois “uma norma jurídica pode ser considerada válida ainda que contrarie a ordem moral”<sup>30</sup>.

Para Hart, por sua vez, não há uma exigência de que o Direito satisfaça valores morais, embora o faça frequentemente. A ordem jurídica não precisa estar em consonância com a moral para ser válida e eficaz socialmente e nem a validade de uma norma moral depende da norma jurídica<sup>31</sup>. O Direito e a moral não se confundem, embora Hart não negue a possibilidade da existência de relação entre eles, uma vez que “a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos” - o positivismo defendido pelo autor é denominado *soft positivism* ou positivismo moderado, uma vez que há a possibilidade de que princípios morais possam ser utilizados como critérios de validade da norma jurídica<sup>32</sup>. Nessa senda, quando as normas jurídicas apresentarem ambiguidades ou lacunas, a moral poderá integrar o Direito, devendo o juiz interpretá-lo segundo os fatos sociais reconhecidos moralmente como válidos.

Ambos os autores – Kelsen e Hart, apostam na discricionariedade do Poder Judiciário para solucionar os casos que não possam ser resolvidos pela norma legal, aqueles cuja linguagem do texto normativo apresenta lacunas, incertezas. Para Kelsen, a validade do Direito é justificada metafisicamente, devendo o juiz interpretar a norma criada pela autoridade competente a partir da realização de juízos de valor nos casos em que a linguagem jurídica aberta lhe permita, ou seja, o ato de interpretar é um ato de vontade, de escolha, pois cabe ao juiz eleger a interpretação da norma que melhor lhe convier para aplicá-la ao caso

---

29KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 47-49.

30KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48.

31Hart, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 201-228.

32Hart, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 312.

concreto, segundo seus valores concebidos subjetiva, solipsisticamente<sup>33</sup>. Hart, contudo, não entende que a validade da norma se dá a partir de uma norma fundamental metafísica, de um pressuposto lógico-transcendental, como Kelsen. Para ele, a validade da norma deve ser aferida a partir do mundo concreto, ou seja, o Direito só será considerado válido se tiver o apoio da sociedade, naquele determinado tempo e espaço. Dessa forma, nos casos em que a norma tiver uma linguagem aberta, o juiz pode criar o Direito no caso concreto, a partir do uso de argumentos morais, políticos, externos ao próprio Direito, de forma discricionária<sup>34</sup>.

A partir dessa análise sucinta sobre o pensamento de Kelsen e Hart, constata-se que a atuação discricionária do juiz no ato de interpretar nos remete ao esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade e, por conseguinte, ao solipsismo. Quando se aborda o solipsismo pretende-se exteriorizar a questão de como o sujeito submete o conhecimento e o mundo à sua consciência. Trata-se da relevância dada ao homem enquanto ser dotado de conhecimento – o sujeito basta a si mesmo. A subjetividade presente no solipsismo é própria da modernidade, na qual o mundo divide-se entre sujeito e objeto, sendo aquele o responsável pelo assujeitamento do sentido das coisas, a partir de “uma vontade individual, de um idealismo, ou de um subjetivismo”<sup>35</sup>.

Para Lenio Streck, o solipsismo se constituiu a partir da modernidade, sendo o homem o detentor do conhecimento, assujeitador das coisas a partir da sua vontade e de seus valores. Cabe ao homem, portanto, sujeito racional, determinar o sentido das coisas, utilizando-se de critérios subjetivos para tanto (na modernidade, há uma subjetividade assujeitadora do objeto, competindo ao homem, enquanto ser racional, dizer o sentido segundo critérios subjetivos, adotando-se a filosofia da consciência, configurando-se o sujeito no fundamento de todo o conhecimento). Dessa forma, uma vez que o texto normativo legal deixa uma abertura interpretativa, o intérprete judicial entende que cabe a ele, enquanto sujeito racional da modernidade, dizer o direito conforme a sua consciência<sup>36</sup>.

Nessa senda, o esquema sujeito-objeto, baseado no decido conforme a minha consciência, coloca o sujeito como detentor do conhecimento que, por sua vez, estará baseado em “estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação

---

33STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.55-56.

34STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.56-57.

35STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito À luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.273-277.

36STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 172-176; 711-712 (formato digital).

direta entre esses estados, o conhecimento e o conhecimento objetivo de algo para além deles<sup>37</sup>. Assim, direitos são concretizados a partir de subjetividades assujeitadoras, implicando em decisionismos, fundamentados em escolhas, nas quais o Direito é tudo aquilo que o intérprete quer que seja, e não fruto de decisões adequadas constitucionalmente, cujo fundamento se baseia na acertada leitura intersubjetiva dos princípios consagrados na Constituição, respeitando-se a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, primando pelo resgate do mundo concreto, para tornar possível o caráter transformador conferido à Lei Maior desde a alteração do paradigma constitucional moderno para o Constitucionalismo Contemporâneo<sup>38</sup>.

Contudo, com a exaustão do Estado moderno, no qual, inúmeras promessas foram feitas, mas não efetivamente concretizadas, revelou-se a necessidade da construção de um novo modelo constitucional, promotor de liberdades e garantias, através do desenvolvimento de um modelo social democraticamente organizado como plural, tolerante e includente, estruturado a partir da consagração de direitos e garantias fundamentais como horizonte de compreensão daquilo que se tornou a nova proposta do Estado, como uma releitura e resgate daquilo que se prometeu (mas que não se cumpriu) na modernidade. Tal perspectiva, destinada a suplantar as estruturas positivistas modernas, demanda uma alteração de paradigma de compreensão. Assim, o ganho qualitativo do paradigma atual passa, necessariamente, pela superação do esquema sujeito-objeto, dando lugar a uma compreensão baseada na intersubjetividade como condição de possibilidade das transformações pedidas e do resgate do mundo concreto, necessário para a percepção de toda extensão da nova e complexa proposta de como deve ser o arranjo social gerenciado pelo Estado no mundo contemporâneo.

Feitas tais considerações, cabe retornar à origem dos neoconstitucionalismos e, por conseguinte, do Constitucionalismo Contemporâneo, a fim de estabelecer as bases históricas desse fenômeno que ascendeu a Constituição como condição de legitimidade de todo o ordenamento jurídico do novo Estado Democrático que exsurgiu como plural e includente e, no qual, assistiu-se a uma expansão da atribuição do Poder Judiciário, que adquire um protagonismo inédito na efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Conforme já explicitado, no cenário pós-Segunda Guerra Mundial, há uma mudança de paradigma do modelo estatal: o Estado vinculado tão somente às normas legais e que perdurou até meados

---

37STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 288; 405-407, (formato digital).

38STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 405-407, (formato digital).

do século XX (modelo estatal positivista), evolui para o modelo constitucional, cuja Constituição ganha status de norma fundamental com força normativa vinculante, configurando-se como condição de validade e de possibilidade de todo o ordenamento jurídico estatal (modelo estatal pós-positivista). Trata-se da consagração do Estado Constitucional de Direito, denominado neoconstitucionalismo. Nesse sentido, relevante a colocação de Suzanna Pozzolo, a quem se atribui a primeira utilização do termo “neoconstitucionalismo”<sup>39</sup>:

El Estado constitucional impone un profundo cambio al sistema de las fuentes en la medida que subordina la ley ordinaria a la Carta Constitucional. Aquí es la Constitución la que representa el documento jerárquicamente más elevado, y esto no solamente en lo que concierne a aspectos formales, sino también en lo que se refiere a los aspectos de carácter sustancial. La Constitución, en efecto, como norma axiológicamente suprema, exige del legislador no únicamente su respeto lógico-formal, sino que lo requiere también para su desarrollo y aplicación<sup>40</sup>.

No Estado Democrático de Direito, estruturado a partir dos modelos neoconstitucionalistas, a garantia, a proteção e o respeito dos direitos humanos e fundamentais são essenciais, sendo a Constituição da República o instrumento normativo indispensável para o ideal funcionamento estatal. Assim, como já abordado anteriormente, é na Lei Maior que se encontram os valores primordiais à sociedade, funcionando como uma obrigação positiva ao Estado, que tem o dever de assegurar e concretizá-los, mas também, como limite à atuação dos poderes públicos que, no exercício da sua competência constitucional, não poderão violá-los.

O neoconstitucionalismo, portanto, é o movimento teórico deflagrado na segunda metade do século XX e que tem como marco principal a constitucionalização do Direito, a partir da introdução e consolidação da noção de supremacia da Constituição, modificando a leitura das normas jurídicas, ao determinar a sua conformação com o texto constitucional, aproximando o Direito da moral. Além de vincular os diversos ramos da ciência jurídica, a Constituição ganha uma dimensão axiológica ao consagrar, em seu texto, valores essenciais ao homem e às relações sociais, tais como a dignidade da pessoa humana, que ganha destaque

---

<sup>39</sup>A autora utilizou pela primeira vez o termo “neoconstitucionalismo” no artigo intitulado *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*, em 1998, para designar o movimento teórico que concebia um modelo axiológico de Constituição, que não é composto apenas por norma, mas também, de princípios, ocasionando uma interpretação moral do Direito, de acordo com a realidade fática e temporal. A autora refere-se a Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos S. Nino como principais jusfilósofos dessa nova teoria. POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*. *Doxa*, n.º. 21, vol. II, p.339-353, 1998.

<sup>40</sup>POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima, Palestra Editores, 2018, p. 311 (formato digital).

especial no cenário pós-Segunda Guerra Mundial em razão das atrocidades cometidas nesse período pelos governos totalitários.

A concretização dos direitos fundamentais, pois, passa a ser um dos principais destaques desse Estado Constitucional. Ana Paula de Barcellos identifica que as normas constitucionais possuem elementos normativos que consagram, além de valores, programas políticos gerais a serem perseguidos pelo ente estatal, como a redução da desigualdade social, por exemplo, e específicos, de caráter prestacional, como a saúde, educação, dentre outros. Constata-se, dessa forma, que a Constituição deixa de ser destinada apenas para estabelecer normas de organização do Estado para instituir, também, direitos e políticas fundamentais a serem concretizados pelo recente Estado Democrático (e Social) de Direito<sup>41</sup>.

É nesse novo modelo estatal constitucional que o Poder Judiciário assiste a uma expansão da sua atuação a partir de uma nova atribuição, diversa da experimentada durante o constitucionalismo moderno, no qual a ele incumbia tão somente a aplicação da lei, por meio da subsunção (ou a regra se aplicava ao caso concreto ou não). A partir dos neoconstitucionalismos, o Estado pretende resgatar as promessas da modernidade e o mundo concreto, através da consagração do documento constitucional como norma superior, dotada de regras e princípios, de vinculação obrigatória. Dessa forma, nesse novo paradigma neoconstitucional, cabe ao Judiciário exercer a prática interpretativa e integrativa, empregando sentido moral ao texto normativo inserido na Constituição, exercendo o papel transformador, ao conformar a realidade social com a norma constitucional. Nesses termos, dispõe Susanna Pozzolo que:

Al juez, supuesta la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las

---

41Ana Paula de Barcellos esclarece que “as Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram, de forma explícita, em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, (...), substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. (...) Com a superação desses regimes, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Essa esperança era reforçada – e continua a ser – pelo fato de tais elementos gozarem do status de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público”. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 24 Mar. 2020.

exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el juez interpretaba/aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico<sup>42</sup>.

Tendo em vista a não concretização imediata dos direitos e garantias alçados pela norma constitucional como fundamentais ao indivíduo e à sociedade, tal como pretendido pelo novo modelo estatal neoconstitucionalista, o Poder Judiciário é chamado a assumir uma postura mais ativa, mais proeminente na resolução dessas demandas (mais direitos reconhecidos somados à ineficiência prestacional do ente estatal resulta em um aumento das demandas judiciais e, por conseguinte, da atuação do Judiciário na resolução dessas questões). Contudo, segundo Silva Filho, a multiplicação das demandas pela efetivação dos direitos sonegados pelo Estado não são sustentadas pelo novo projeto normativo instaurado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, não havendo, dessa forma, o “resgate do mundo concreto e de seus horizontes, compreendidos a partir de princípios que preservam a integridade e coerência a ser buscada na Constituição Federal, horizonte autêntico em um Estado Democrático de Direito”<sup>43</sup>. Isso porque, ainda segundo o autor, “a racionalidade moderna não permite pensar (nem operacionalizar) de forma adequada o direito nascido do Estado (social) democrático de direito”<sup>44</sup>.

Nesse sentido, o protagonismo do Judiciário a partir desse novo Estado Constitucional de Direito, que demanda do julgador uma atuação mais proeminente para resolver os déficits de efetividade de uma Constituição que não está constituindo, não raras vezes, contribui para a disseminação de comportamentos ativistas, que vão de encontro ao novo paradigma de compreensão introduzido a partir de 1988, com a promulgação da Lei Maior. Assim, o juiz, chamado a decidir o caso concreto, vira um juiz arbitrário, que decide conforme a sua consciência – ele se afasta das normas e dos princípios inseridos na Constituição como norte

---

42POZZOLO, Susanna. Neoeconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*, nº. 21, vol. II, p.339-353, 1998.

43SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, 2012, p. 29-30.

44SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, 2012, p.30.

interpretativo ao exercer a atividade hermenêutica solipsisticamente, decidindo de maneira subjetiva, discricionária, não fundamentada adequadamente ao Direito.

Os princípios passam a ser utilizados como álibis decisórios, justificando a atuação arbitrária do juiz que assujeita o sentido da norma segundo a sua vontade, realizando uma inadequada leitura do texto constitucional para conformá-lo às suas razões solipsísticas, enfraquecendo a força normativa da Constituição – o julgador se vale de suas convicções pessoais, subjetivas, criando ou valendo-se de uma leitura equivocada dos princípios constitucionais para dizer, discricionariamente, o Direito faticamente<sup>45</sup>. Trata-se do fenômeno cunhado por Lenio Streck como pamprincipiologismo, segundo o qual os princípios foram concebidos, no Brasil, como ferramentas de abertura interpretativa, justificando o proferimento de decisões discricionárias, sendo possível, inclusive, a criação de princípios, implicando na prática de decisionismo pelo Judiciário. O pamprincipiologismo seria um “subproduto” do Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, frustrando as efetivas conquistas alcançadas com o advento da Constituição Federal de 1988, ao apostar na proliferação de enunciados principiológicos para resolver problemas concretos<sup>46</sup>. Nesse sentido, segundo o autor:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da “afetividade”, um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. O “pamprincipiologismo” se transformou em um caminho perigoso para um retorno à completude que caracterizou o velho positivismo novecentista, (...) a partir da tese – simplista e mistificadora – de que na “ausência” de “lei apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete deve lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo<sup>47</sup>.

Princípios são valores inseridos no texto constitucional com força normativa e funcionam como horizonte interpretativo da norma. Dworkin traz uma importante noção acerca do conceito de princípios a ser aplicado pelos operadores do Direito. Segundo o

45STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.149-152.

46STRECK, Lenio Luiz. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 83-108, dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p83/28384>. Acesso em: 29 maio 2020.

47STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.151.



jusfilósofo norte-americano, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância de forma que, cada princípio aplicável a determinado caso “fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula”<sup>48</sup>. Nesses termos, cabe ao aplicador do direito analisar os princípios relevantes ao caso e chegar a uma decisão sobre qual será aplicado, levando-se em consideração a “força relativa de cada um”<sup>49</sup>. As regras, no que lhe concerne, seguem o padrão do “tudo ou nada”, ou seja, em razão da adoção do critério da subsunção, ou a regra é válida e se aplica ao caso concreto, ou do contrário, é excluída<sup>50</sup>.

Existem, porém, situações em que a linguagem jurídica se mostra imprecisa, ambígua ou, muitas vezes, vaga, exigindo-se do julgador o exercício da atividade interpretativa para chegar à resposta correta ao caso concreto. Essa possibilidade de o intérprete analisar qual dentre as possíveis alternativas se mostra a melhor, a mais justa, passou a constituir, a partir do neoconstitucionalismo, álibis teóricos para a atuação discricionária do Judiciário – juízes se valem dos valores consagrados pela norma constitucional para conformar o Direito à realidade de forma solipsística, ou seja, os princípios são invocados para justificar decisões que se valem de razões pessoais, critérios subjetivos do julgador, como se a ele incumbisse descobrir o sentido oculto das normas consagradas pela Constituição<sup>51</sup>. A atribuição do poder discricionário ao julgador, nesse sentido, lhe permite escolher a resposta que considera adequada ao caso concreto, implicando no decisionismo<sup>52</sup>.

Em se tratando da discricionariedade, relevante a distinção desenvolvida por Dworkin<sup>53</sup>, que a distingue em fraca e forte. Em relação à primeira, o jusfilósofo norte-

48DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.114.

49DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.42.

50DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.39.

51Lenio Streck entende que a decisão implica em uma valorização pessoal do julgador, tornando propício a prática do decisionismo, que se baseia em escolhas subjetivas e não em decisões fundamentadas, “negando a estrutura mínima do texto constitucional, como se este fosse apenas a ponta do iceberg e debaixo dele estivessem os valores a serem descobertos” pelo intérprete. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.118.

52 A diferença entre decisão e escolha será tratada nesse trabalho em capítulo próprio. Por ora, cabe apenas retratar que a escolha importa na parcialidade daquele a quem incumbe o ato, levando-se, em consideração, razões pessoais, solipsistas. Já a decisão resulta do desenvolvimento de uma relação intersubjetiva, na qual o julgador não impõe suas razões de maneira arbitrária, mas sim, de forma fundamentada na ordem jurídica constitucional.

53Dworkin, na obra *Levando os direitos a sério*, trata do *Judicial discretion* ou poder discricionário do juiz que, no direito anglo-saxão, está relacionado à liberdade do julgador na escolha da norma a ser aplicada nos casos difíceis, cuja linguagem jurídica é omissa ou ambígua, chegando a uma decisão fundamentada no ordenamento jurídico. Segundo o jusfilósofo norte-americano, “trata-se de uma decisão não arbitrária, que busca conscientemente alcançar um resultado justo e que, para tanto, leva em conta o que é equitativo e razoável nas

americano traz dois sentidos: um primeiro, quando houver a necessidade de que o aplicador do Direito exerça a atividade interpretativa para compreendê-lo e identificar a resposta jurídica adequada - “por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”<sup>54</sup>; no segundo sentido, a discricionariedade fraca remete à competência da autoridade superior para decidir em última instância, vinculando aos demais, devido à impossibilidade de a decisão ser revista, ainda que contrária ao decidido pela autoridade hierarquicamente inferior – a expressão discricionariedade é utilizada nesse segundo sentido “apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário”<sup>55</sup>.

Discricionariedade em sentido forte, por sua vez, implica na não vinculação do julgador, no exercício da atividade hermenêutica, a padrões normativos determinados anteriormente, ou seja, “em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão”<sup>56</sup>. Trata-se da incontrolabilidade da decisão proferida segundo um padrão estabelecido previamente<sup>57</sup>. Assim, segundo Dworkin, “alguém que possua poder discricionário nesse terceiro sentido pode ser criticado, mas não por ser desobediente”<sup>58</sup>, já que, amparado pela discricionariedade, possui legitimidade para proferir decisões, ainda que venha a cometer um erro de julgamento.

Para o jusfilósofo norte-americano, os padrões normativos são constituídos por princípios e regras, sendo que “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. (...) Os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõe obrigações a estes”<sup>59</sup>. Esses padrões, diversos das regras, utilizados pelo julgador como razão para determinada solução de um caso, observando-se a equidade e justiça, seriam

---

circunstâncias do caso”. Contudo, o poder discricionário do julgador na elucidação de casos difíceis vem sendo confundido com arbitrariedade, uma vez que decisões vêm sendo proferidas com base em razões solipsistas ou, conforme Lenio Streck, segundo a própria consciência do julgador. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 49. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

54DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.51.

55DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.51.

56DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.52.

57STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.74.

58DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.54.

os princípios que, para o jusfilósofo norte-americano, devem ser observados como padrão “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>60</sup>.

A discricionariedade no Brasil, entretanto, vai além do exposto por Dworkin, sendo um campo fértil para o “exercício da subjetividade do intérprete”<sup>61</sup>, uma vez que aposta no protagonismo judicial para concretizar as promessas da modernidade e as novas promessas advindas a partir do novo arranjo social advindo com o Estado Democrático de Direito, tornando propícia a prática de decisionismos, nos quais o julgador, a partir da filosofia da consciência, acredita ser o responsável pela atribuição de sentido, atuando solipsisticamente, ao ter a sua vontade como razão de Direito, encontrando-se refém do esquema sujeito-objeto. Isto é, a atribuição de sentido está, pois, ancorada na consciência do julgador. Nesse sentido, Lenio Streck:

Com efeito, um exame da doutrina e da jurisprudência do direito aponta para a continuidade do domínio da ideia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a “vontade da norma”, o “espírito de legislador”, a “melhor resposta”, etc. No mais das vezes, continua-se a acreditar que o ato interpretativo é um ato cognitivo (daí a prevalência do sujeito solipsista) e que “interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém” (sic), circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento. (...) Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido (solipsista). Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda. (...) põe-se no topo a “vontade do intérprete”, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com (um) a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbsüchtiger*<sup>62</sup>.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo pode implicar na jurisprudência de valores, corrompendo o texto constitucional ao apostar no protagonismo judicial para dar efetividade ao Direito, pois, isso pode levar a uma atuação discricionária do Judiciário, a partir do proferimento de decisões solipsistas, baseadas no esquema sujeito-objeto, no qual o sujeito

59DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.51.

60DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

61STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74.

62STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, n.52 p. 127-162, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/67/63>. Acesso em: 03 de abr. 2020.

determina o sentido das coisas subjetivamente<sup>63</sup>. Por conseguinte, para Lenio Streck, o termo adequado para designar o processo iniciado no período pós-Segunda Guerra Mundial que culminou na “construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição”<sup>64</sup> é Constitucionalismo Contemporâneo e não neoconstitucionalismo.

No Constitucionalismo Contemporâneo, o judiciário deve obedecer a um modelo normativo guiado por princípios inseridos na Constituição, fundamento de possibilidade e validade de todo o ordenamento jurídico e, quando esses se mostrarem insuficientes, cabe ao juiz ressignificar o sentido das coisas em conformidade com o tempo e a realidade social, fazendo o necessário resgate do mundo concreto. Nesses termos, a partir da construção de uma relação intersubjetiva, própria do esquema sujeito-sujeito<sup>65</sup>, cabe ao juiz, no exercício da sua atividade interpretativa, realizar uma releitura da norma de forma a adequá-la à realidade, tornando possível a tomada de decisões judiciais coerentes, fática e historicamente, com aquelas proferidas anteriormente, como se desempenhasse o papel de um escritor responsável pelo desenvolvimento do capítulo de um romance que possui vários outros coautores. Daí a metáfora do *chain novel* ou romance em cadeia, desenvolvida por Ronald Dworkin, que determina a necessária e fundamental existência de coerência entre uma decisão com as anteriormente proferidas, visando a integridade do Direito<sup>66</sup>. Segundo o jusfilósofo norte-americano:

(...) a interpretação criativa vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção, não (pelo menos não necessariamente) porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando. (...) Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *Mcloughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria

63STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.67-68.

64STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68.

65O esquema sujeito-sujeito visa superar o solipsismo, a arbitrariedade própria do esquema sujeito-objeto, no qual cabia ao indivíduo se assenhorar do sentido das coisas, sujeitando-as segundo a sua consciência. Nesse novo esquema, não há mais espaço para o subjetivismo. O homem não é mais o senhor da razão. Agora, por meio do desenvolvimento de relações intersubjetivas, o sentido das coisas são ressignificados em conformidade com o tempo e a realidade, e não pela vontade, pela consciência do sujeito. “Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 254-257.

66DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 286-287.

crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e interprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”<sup>67</sup>.

Assim, considerando-se a metáfora do *chain novel*, quando o juiz se deparar com um *hard case*, deverá encontrar a resposta correta a partir da realização de um exercício hermenêutico mais profundo, buscando manter a coerência e a unidade com as decisões proferidas anteriormente, em prol da integridade do ordenamento jurídico e da efetivação dos princípios constitucionais de justiça e equidade. Para Dworkin:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então.<sup>68</sup>

Tem-se, nesse sentido, a percepção de Dworkin acerca do direito como integridade, baseada em princípios que estabeleçam estabilidade e segurança ao ordenamento jurídico, “vinculando-se as interpretações tanto ao passado (que irradia efeitos e por isso não pode ser ignorado, mas não se apresenta como imutável) como ao futuro, em processo contínuo de interação e desenvolvimento com vistas a instituir um estado geral de uniformidade das decisões (*stare decisis*)”<sup>69</sup>. Desse modo, a interpretação judicial deve resultar em uma decisão

67DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p.275.

68DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 237-238.

69COSTA, Débora Laís dos Santos. *Fundamentar ou não fundamentar? Eis a questão: um debate a partir da Chain Novel de Dworkin sobre o artigo 489, §1º e sua aplicabilidade no Brasil contemporâneo*. 2018. 184f.

fundamentada, observando a necessária coerência e integridade com a realidade social e com o ordenamento jurídico de forma geral, garantindo a efetividade da Constituição e dos valores por ela consagrados, rechaçando-se a subjetividade (ou o decido conforme a minha consciência) do julgador no ato decisório.

Feitas tais considerações, a alteração de paradigma constitucional, portanto, promovido pelo novo modelo estatal democrático de Direito, buscou resgatar as promessas da modernidade por meio da concretização dos direitos fundamentais e sociais, condição de validade da própria Constituição. O Constitucionalismo Contemporâneo, nesse viés, pretende, além da superação do esquema sujeito-objeto, que o intérprete do Direito encontre na Constituição a resposta adequada ao caso concreto, observando a coerência e integridade nas decisões proferidas, levando-se em consideração os contextos fático e temporal, promovendo a transformação social por meio da efetivação das normas constitucionais no mundo concreto – o julgador deve demonstrar que a sua decisão foi proferida com base em “critérios jurídicos, mais especificamente, de legalidade e constitucionalidade”<sup>70</sup>.

Entretanto, há algumas questões cruciais à atividade jurisdicional desenvolvida a partir do Estado Democrático de Direito: como evitar o solipsismo, rompendo com o esquema sujeito-objeto, promovendo a integridade da jurisdição, adequando o modelo normativo constitucional, guiado por princípios, ao contexto fático e temporal no qual ele está inserido? Por conseguinte, como repelir a atuação discricionária do Poder Judiciário, diante do seu protagonismo face à constitucionalização dos direitos fundamentais e sociais que, embora dotados de normatividade, possuem baixa efetividade em razão da ineficiente implementação de políticas públicas, dependendo de uma decisão judicial para serem concretizados<sup>71</sup>?

Essas questões serão analisadas no decorrer do trabalho. Por ora, é preciso deixar clara a necessidade de superar a filosofia da consciência, consubstanciada pelo assujeitamento do objeto pelo sujeito, único detentor da razão e, conseqüentemente, combater a discricionariedade judicial efetivada a partir de escolhas (ato subjetivo, baseado na própria consciência do julgador) e não de decisões acertadamente fundamentadas no ordenamento jurídico-constitucional, garantindo-se o direito fundamental à resposta adequada à

---

Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018, p. 109.

<sup>70</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 629.

<sup>71</sup>STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, n.52 p. 127-162, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/67/63>. Acesso em: 05 de abr. 2020.

Constituição<sup>72</sup>. Trata-se, pois, da concretização da força normativa da Constituição, conquista advinda com a mudança do paradigma constitucional provocado pelo Estado Democrático de Direito: o Constitucionalismo Contemporâneo.

## **1.2. A evolução dos direitos fundamentais: a força normativa da Constituição e a eficácia das normas instituidoras dos direitos e garantias fundamentais**

O Constitucionalismo Contemporâneo, conforme trabalhado no tópico anterior, é o movimento teórico surgido no pós-segunda Guerra Mundial e que reconheceu a força normativa da Constituição, condição de possibilidade e validade de todo o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. A exaustão do constitucionalismo moderno, estruturado a partir do esquema sujeito-objeto, torna propícia a formação desse novo modelo estatal constitucional, que busca resgatar as promessas da modernidade, sendo a implementação de direitos fundamentais, necessária para a atual função transformadora pretendida pela Constituição e pelo Estado contemporâneo.

O Estado Democrático de Direito tem a sua base fundada na superioridade normativa da ordem constitucional, não se limitando a uma atuação restrita unicamente à melhoria das condições sociais vitais, como no modelo estatal anterior, que pretendia a promoção do bem-estar social. Esse novo modelo estatal possui “um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores”<sup>73</sup>. Assim, a partir do instante em que “assume o feitio democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade”<sup>74</sup>, devendo ir além da concretização e proteção dos valores consagrados pelo ordenamento jurídico, sendo a norma o instrumento a ser utilizado para atingir esse objetivo reestruturante das relações sociais. Nesse contexto, de acordo com Bolzan de Moraes:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que

---

72STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 620-650.

73STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64.

74STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64.

irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica<sup>75</sup>.

Esse novo modelo estatal promove uma alteração de paradigma ao romper com o Direito estruturado a partir do império da lei (positivismo) e reconhecer a Constituição como documento de relevância ímpar, superior a todas as demais normas do ordenamento jurídico, capaz de exercer um papel transformador ao tornar possível a concretização das promessas não cumpridas da modernidade. É através do reconhecimento e da garantia da força normativa da Constituição que se viabiliza a implementação dos direitos fundamentais, auxiliando no processo de transformação da realidade a ser promovido pelo Direito na era da supremacia da norma constitucional. Para Luigi Ferrajoli:

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivación de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Se la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. (...) En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. (...) Se redescubre, en suma - no sólo en el plano estatal sino también en el internacional -, el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de éste<sup>76</sup>.

O Estado Constitucional, instituído ao término da Segunda Guerra Mundial, altera, dessa forma, o fundamento de validade do Direito, proporcionando a superação do positivismo, que pregava um sistema jurídico composto unicamente por regras, ao alçar a Constituição como norma vinculante de hierarquia superior, introduzindo valores a serem protegidos pelos princípios consagrados no texto constitucional, reconhecidos democraticamente e que “representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) ao Direito até então negado pelo positivismo”<sup>77</sup>.

75MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1995, p.92.

76FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p.66-67.



Temos, assim, um plus normativo, um ganho qualitativo para o ordenamento jurídico quando comparado com as fases anteriores, uma vez que a Constituição deixa de ser um instrumento apenas formal, preocupado tão somente em estabelecer competências e o procedimento para tomada de decisões políticas<sup>78</sup>, para se constituir em um mecanismo de transformação social, uma vez que, com o advento do Estado Democrático de Direito, inseriram-se valores e direitos fundamentais, cuja promoção e proteção é dever do ente estatal<sup>79</sup>. Dessa forma, é o Estado Democrático de Direito o ente “garantidor dos direitos fundamentais, e da própria democracia”<sup>80</sup> deixando a Constituição de ser um instrumento apenas do ente estatal para ser, também, da sociedade<sup>81</sup>. Segundo Lenio Streck:

Às facetas ordenadoras (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um plus (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro. Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a (quase) plenipotencialidade da política produziu um elevado deficit de direitos fundamentais. Essa circunstância engendrou a construção de um novo modelo de Direito e de Estado. Mais do que um remédio contra maiorias – e veja-se que nem para isso o constitucionalismo de antanho havia servido, bastando, para tanto, pensar nas experiências fascista e nazista –, a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, “fazer democracia através do Direito”. A Constituição passou a ser estatuto jurídico do político, com acentuado grau de dirigismo<sup>82</sup>.

77STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.71.

78Segundo Gilberto Bercof, trata-se da tese da Constituição como mero instrumento de governo, própria do Estado liberal, no qual se pregava um Estado-mínimo, que se destinava apenas “para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas”. Nesse modelo estatal liberal, defendia-se a total separação do ente estatal e da sociedade, sendo a Constituição um instrumento formal de garantia, restrita ao Estado, não possuindo qualquer conteúdo social ou econômico, uma vez que isso poderia implicar em uma indevida intervenção do Estado nas relações sociais. Para mais informações: BERCOF, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v.36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>. Acesso em: 18 de abril de 2020.

79Segundo Silva Filho, “o novo paradigma do direito faz com que o Estado não seja mais ordenador (fase liberal) nem (apenas) promovedor (*Welfare State*) e sim um plus normativo transformador da realidade”. SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, 2012, p.24.

80STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet*. N. 1, 2009. Disponível em: [http://anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf).

81BERCOF, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v.36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999, p.38. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>. Acesso em: 18 de abril de 2020.

82STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>. Acesso em: 09 de abril de 2020.

Às normas constitucionais, portanto, foi deferida supremacia e imperatividade, considerando-se a força normativa da Constituição e a necessária correspondência com a realidade político-social na qual inserida, uma vez que o documento constitucional “não tem existência autônoma em face da realidade”<sup>83</sup>. Ademais, como norma de hierarquia superior do ordenamento jurídico estatal, a Constituição passa a desempenhar papel fundamental na integridade do Direito, constituindo os direitos fundamentais por ela promovidos o seu cerne material, funcionando como limite a atuação dos poderes estatais, que se encontram vinculados aos valores nela positivados, devendo protegê-los contra eventuais omissões ou violações. A Constituição é, pois, “a ordem jurídica fundamental da comunidade”<sup>84</sup>. Nesse sentido, Konrad Hesse esclarece que:

(...) a Constituição estabelece princípios fundamentais do ordenamento jurídico, e não só da vida estatal em sentido estrito. Positiva princípios e critérios para estabelecer e aplicar as normas do ordenamento, Ordena todas as esferas de vida essenciais à convivência, precisamente porque ditas esferas são consubstanciais à vida do conjunto e se encontram indissolúvelmente conectadas com a ordem política. Nesse sentido, também são ordenados na Constituição os fundamentos de esferas vitais que nada têm a ver, de forma direta, com a formação de unidade política e ação estatal (...). Em tudo isso, a Constituição é o plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade<sup>85</sup>.

Nesse novo paradigma introduzido a partir dos neoconstitucionalismos<sup>86</sup>, a Constituição se consolida como condição de validade de todo o ordenamento jurídico em razão da sua superioridade normativa e de seu caráter compromissório e transformador da realidade social, possuindo os direitos fundamentais, como já afirmado anteriormente, papel de destaque no ordenamento jurídico-constitucional instituído a partir da alteração de

---

83HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 7.

84Hesse, Konrad. *Constituição e Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In: Hesse, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13 (formato digital).

85Hesse, Konrad. *Constituição e Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In: Hesse, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13 (formato digital).

86A utilização do termo “neoconstitucional” nesse contexto, é para designar o movimento teórico desencadeado após o fim da Segunda Guerra Mundial, que alterou o paradigma do Estado Legal para um Estado Constitucional, em razão da ineficiência do constitucionalismo moderno em conformar o Direito com a realidade social. Nesse sentido, com o intuito de resgatar as promessas da modernidade e da necessária releitura do Direito no mundo concreto, a Constituição passa a ser o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, exercendo um papel transformador da realidade. Apenas para relembra, entende-se adequada a nomenclatura Constitucionalismo Contemporâneo adotada por Lenio Streck para designar esse movimento neoconstitucional que culminou na superioridade da norma constitucional.

paradigma ocasionada pelos neoconstitucionalismos, sendo considerados, segundo Hans-Peter Schneider, *conditio sine qua non* do Estado Constitucional. Nas palavras do próprio autor:

Los derechos fundamentales poseen, por tanto, además de su peso específico jurídico individual una significación que difícilmente puede sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política. Son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente<sup>87</sup>.

Aos direitos fundamentais, dessa forma, é garantido o status de norma constitucional essencial à legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito, funcionando como limite à atuação dos Poderes estatais, que deverão pautar suas ações para promovê-los, encontrando-se vinculados a seus preceitos. Segundo Canotilho, “desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é «livre» dos direitos fundamentais”<sup>88</sup>. Nesse sentido, os direitos fundamentais são indisponíveis, obrigando o Poder Público à sua concretização, tendo em vista seu *status* de norma constitucional de carácter vinculante<sup>89</sup>. Assim, oportuna a lição de Paulo Bonavides, para quem “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”<sup>90</sup>.

Os direitos fundamentais, segundo Ferrajoli, são “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”<sup>91</sup>. A noção de direitos fundamentais, enquanto garantia jurídica, data da modernidade e se referia, em um primeiro momento, àqueles direitos subjetivos garantidos aos cidadãos com o fim de protegê-los contra as arbitrariedades cometidas pelo Estado. Consoante Schneider, o nascimento e o desenvolvimento dos direitos fundamentais como garantias jurídicas individuais “están ligados inseparablemente al desarrollo del Estado moderno, que, por su parte, viene acompañado por la formación de una sociedad civil, así como por el descubrimiento del hombre como persona

---

87SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales em el Estado Democrático. In: *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, p. 23. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427304.pdf>. Acesso em: 11 de abr. de 2020.

88CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p.580.

89HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998, p.281.

90BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 592.

91FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley Del Más Débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 37.

individual y poseedor de derechos naturales”<sup>92</sup>. E continua: “concebidos originariamente como derechos naturales del individuo con carácter preestatal debían garantizar al hombre, en primer término, una protección frente al excesivo poder estatal”<sup>93</sup>.

No Estado Moderno, verifica-se uma alteração na relação Estado-cidadão, no qual o homem, e não mais o soberano, passa a ser o centro das relações políticas e sociais, reivindicando do Estado direitos individuais fundamentais: “fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa)”<sup>94</sup>. É na modernidade que o homem passa a ter consciência de si, enquanto ser racional e, assim, a demandar direitos que lhe efetivassem liberdades individuais essenciais à sua qualidade de cidadão face ao Estado<sup>95</sup>. Pretendeu-se, pois, nesse período, garantir as liberdades do indivíduo a partir da imposição de limites ao exercício do poder político estatal - “o Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem”<sup>96</sup>. É no Estado Liberal, portanto, que ocorre a ascensão do homem enquanto indivíduo racional, ser único e individualizado, titular de bens e detentor de direitos contra a intervenção excessiva do poder estatal<sup>97</sup>. Os direitos de liberdade, assim, constituem a expressão máxima desse novo ordenamento jurídico liberal, impondo a não ingerência do poder público na esfera privada, exigindo uma conduta passiva do ente estatal<sup>98</sup>.

Embora já houvessem documentos que reconhecessem direitos individuais frente ao Estado, os direitos do homem, como direitos fundamentais constitucionais, somente surgiram a partir da Declaração Universal do povo da Virgínia, em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A *Magna Charta* de 1215, firmada pelo Rei João Sem-Terra e

92SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y funcion de los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democratico. In. *Revista de Estudios Políticos*, nº 7 (Nueva época), Madrid, España, 1979.p.8.

93SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y funcion de los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democratico. In. *Revista de Estudios Políticos*, nº 7 (Nueva época), Madrid, España, 1979.p.12

94BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.8.

95Na modernidade, altera-se o esquema objeto-sujeito, na qual o sujeito encontrava-se suscetível aos desígnios do objeto e a uma fundamentação de ordem metafísica, divina, para o esquema sujeito-objeto, no qual cabe ao homem, ser racional que é, assujeitar o objeto, concedendo-lhe o sentido segundo à sua consciência.

96SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.34.

97Segundo Bobbio, no Estado despótico, o homem não possui nenhum direito, tão somente deveres; no absolutismo, o homem adquire os chamados direitos privados frente ao Estado. Com a transição desse modelo estatal para o Estado Liberal, entretanto, o indivíduo passa a ter, também, direitos públicos, sendo o Estado de direitos o “Estado dos cidadãos”. BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 31.

98PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, [S.I.], v. 2, n. 1, p. 163-196, ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/10183>. Acesso em: 20 abr. 2020.

pelos bispos e barões ingleses, por exemplo, é um documento relevante no que diz respeito à consagração de direitos que serviram como referência para alguns direitos e liberdades civis, como o *habeas corpus*, por exemplo. Contudo, não pode ser considerado o marco inicial da origem dos direitos fundamentais. Segundo Ingo Sarlet, os “direitos” outorgados pela *Magna Charta* não são direitos fundamentais, pois consistiam em privilégios dirigidos, tão somente, a parcela da população, excluindo todas as demais da sua esfera de proteção<sup>99</sup>.

Pode-se citar, também, como exemplo de documentos que tinham o intuito de proteger direitos individuais frente as arbitrariedades do Estado, as declarações de direitos da Inglaterra do século XVII – *Petition of Rights*, de 1628, *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, esse último, resultado da Revolução Gloriosa de 1688 e, por fim, o *Establishment Act*, de 1701, que instituiu, como direitos naturais dos cidadãos, as leis da Inglaterra. Em todos esses documentos, os direitos foram dirigidos aos cidadãos ingleses, “como resultado da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa”<sup>100</sup>.

Entretanto, ainda que relevantes do ponto de vista da ampliação da titularidade dos direitos por ela previstos, já que dirigidas à totalidade dos cidadãos ingleses e da limitação do poder real em favor da liberdade individual, as declarações inglesas do século XVII, assim como a *Magna Charta*, também não são consideradas como o marco inicial dos direitos fundamentais, uma vez que, embora constituíssem uma importante limitação do poder monárquico em favor da liberdade individual, elas careciam de supremacia e imperatividade, já que não tinham o condão de vincular o Parlamento Inglês. Assim, segundo Ingo Sarlet, “na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais”<sup>101</sup>.

Para Pérez Luño<sup>102</sup>, o termo “direito fundamental” tem sua origem na França, a partir do movimento que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que pretendia proteger o cidadão contra o exercício abusivo do poder do Estado. Tratam-se

---

99SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.41.

100SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.42.

101SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.43.

102De acordo com Pérez Luño, “el término ‘derechos fundamentales’, *droits fondamentaux*, aparece em Francia hacia el año 1770 em el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p.16.

dos denominados direitos de primeira geração ou dimensão e, diziam respeito, basicamente, a direitos de liberdade e igualdade, que deveriam fundamentar a nova Constituição do Estado Francês, dispondo o artigo 16 que, uma sociedade, para ter uma verdadeira Constituição, deve garantir os direitos do homem e limitar o exercício do poder estatal por meio da consagração da separação dos poderes estatais. A Declaração de Direitos dos povos da Virgínia, de 1776, também incorporou, em seu texto, direitos e liberdades fundamentais a todos os seus cidadãos, que tinham como características a universalidade e supremacia, “sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos”<sup>103</sup>.

A despeito da discussão acerca da origem de seu reconhecimento como direitos constitucionais, os direitos fundamentais são fruto do Estado Moderno liberal-burguês, surgindo, em um primeiro momento, como direitos de cunho negativo, pois refletiam a proteção do indivíduo frente ao Estado, configurando-se em direitos de defesa do sujeito em relação ao ente estatal. Dessa forma, foi com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776 e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que os direitos alcançam o status de direitos fundamentais inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, inseridos em um documento constitucional, sendo garantidos a todos os homens, indistintamente, refletindo, dessa forma, o seu caráter de universalidade.

Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira geração – direitos subjetivos individuais, constituem a expressão jurídica desse modelo estatal liberal, no qual a figura do “homem-singular, o indivíduo, único capaz de julgar suas paixões e interesses”<sup>104</sup>, é maximizada face ao Estado, sendo os primeiros direitos a serem previstos em um instrumento normativo constitucional<sup>105</sup>. Conforme lições de Pérez Luño, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi incorporada à primeira Constituição francesa de 1791 e, logo depois, “la Constitución «jacobina» de 1793 se inicia con una tabla de derechos del hombre, muy importante por su contenido democrático (...). A partir de entonces las Declaraciones de derechos se incorporan a la historia del constitucionalismo”<sup>106</sup>. Portanto, às Constituições do Estado liberal foram inseridos direitos civis e políticos, ligados ao ideal de liberdades pessoal,

---

103SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.43.

104BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1995, p.114.

105BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

106PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 22-23.

civil e econômico, encontrando-se o poder estatal limitado à manutenção da ordem e segurança social. Por conseguinte, ainda segundo Pérez Luño:

La mayor parte de los textos constitucionales de este período responden a una marcada ideología individualista. De ahí que los derechos del hombre, que con tanta generosidad y amplitud formal recogen estos documentos, no sean los derechos de todos los hombres – recuérdese que la mayor parte de constituciones de esta época establecen el sufragio censatario -, sino los del hombre burgués, para quien el derecho de propiedad privada tiene el carácter de inviolable y sagrado, que expresamente proclama el artículo 17 de la Declaración de 1789. Los derechos proclamados en aquellos textos eran considerados como patrimonio del individuo en su condición presocial<sup>107</sup>.

Em razão da política liberal estatal e do avanço do processo industrial no século XIX, os problemas econômicos e sociais se agravaram, despertando uma consciência de classe, no qual reivindicava-se o reconhecimento progressivo de direitos pelo Estado, em prol da realização da justiça social, uma vez que os direitos de liberdade se mostraram insuficientes para assegurar as condições mínimas de vida e, por consequência, a dignidade humana. Para Sarmento:

Apesar dos progressos que o advento dos direitos liberais representou para a Humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana. A industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absenteísta não tinha como resolver<sup>108</sup>.

O homem singular, isolado da realidade social, já não sustentava mais o projeto de Estado Liberal, devendo-se, nesse momento, considerar as suas necessidades como ser social inserido em uma comunidade política e socialmente organizada<sup>109</sup>. Para tanto, passou-se a requerer que o Estado absenteísta, cujo fim era assegurar liberdades individuais por meio de um não agir, se transformasse em um Estado ativo, promotor de direitos que garantissem condições mínimas de vida ao homem, a partir da efetivação dos denominados direitos sociais

107PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 23.

108SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.40.

109Segundo José Afonso da Silva, no Estado Moderno liberal, “o indivíduo era uma abstração”, desvinculado da realidade de vida, não levando em consideração “sua inserção em grupos, família ou vida econômica”. Dessa forma, embora as Constituições reconhecessem o direito à liberdade a todos, trata-se, tão somente de uma liberdade formal, uma vez que a maioria da população não dispunha de “condições materiais para exercê-la”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 161.

ou direitos de segunda geração/dimensão<sup>110</sup>. De acordo com Sarmento, foi na virada do século XX que o Estado do Bem-Estar Social surgiu, e junto a ele, a consagração pela Constituição de direitos que “demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação etc.). Estes novos direitos penetraram nas Constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919”<sup>111</sup>.

O Estado, assim, passou a desempenhar o papel de promotor do bem-estar social, afastando-se da conduta absenteísta, até então adotada, ao assumir uma conduta mais ativa em prol da parcela da população mais afetada pelo sistema capitalista. Ao ente estatal, portanto, cabia assegurar condições materiais mínimas para satisfazer as novas necessidades de caráter econômico e social surgidas em decorrência do modelo liberal, concretizando, assim, a realização da justiça social a partir da efetivação dos direitos sociais. Nesse contexto, para Ingo Sarlet, os direitos de segunda dimensão consistem na “densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações das classes menos favorecidas”, especialmente, segundo o autor, a classe operária, “a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico”<sup>112</sup>.

Nesse ponto, importante as considerações de Bobbio acerca da expansão ou multiplicação dos direitos do homem que, nas palavras do autor, correspondem a um “fenômeno social”. A expansão dos direitos do homem possui estreita relação com o

---

110Apenas a título de complementação, além dos direitos de primeira e segunda dimensão há, também, a classificação dos direitos em terceira dimensão (alguns defendem, ainda, a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais). Os direitos de terceira geração, também denominados de direitos de solidariedade e fraternidade, têm como ponto fulcral a titularidade coletiva ou difusa, muitas vezes indefinida e indeterminável destinando-se ao gênero humano e não apenas ao homem enquanto ser individualmente considerado. Os exemplos dessa categoria de direitos são: o direito à paz, ao meio ambiente e qualidade de vida, dentre outros. Os direitos de quarta dimensão, para aqueles que reconhecem a sua existência, como Paulo Bonavides, por exemplo, resultam do fenômeno da globalização dos direitos fundamentais, no sentido da universalização desses direitos no plano institucional, correspondendo “à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”. Segundo o autor, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo são exemplos dessa quarta dimensão de direitos. Para mais informações, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.50-51; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 570-572.

111SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.42.

112SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 48.



desenvolvimento do Estado moderno e com a conseqüente alteração provocada nas relações sociais. Segundo Bobbio, essa multiplicação ocorreu de três formas:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo. É supérfluo notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos de (onde “de” indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos a (onde “a” indica o objeto)<sup>113</sup>.

Percebe-se, assim, que, a passagem dos direitos de liberdade (direitos negativos, já que pressupõem uma conduta absenteísta do ente estatal) para os direitos sociais, que requerem uma atuação interventiva do Estado para sua concretização, provoca uma alteração no paradigma estatal moderno, refletindo diretamente sobre as Constituições que, para além das normas de organização estatal e da garantia de direitos individuais, passaram a tratar sobre uma diversidade de valores a serem perseguidos em prol da realização da justiça social. Assim, para conformarem a realidade social e, em conseqüência, adquirirem o status de norma fundamental vinculante, as Constituições passaram a conter normas de conteúdo programático, delimitando os fins e objetivos do Estado em torno da sua concretização. “O Direito

---

113Bobbio dispõe que, em relação ao aumento da quantidade de bens considerados dignos de tutela, temos a passagem dos direitos de liberdade para os chamados direitos sociais. Já no que diz respeito à extensão da titularidade, tem-se o reconhecimento de direitos a instituições ou agrupamento de pessoas com características determinadas, deixando a titularidade ser exclusiva do homem, enquanto ser individualmente considerado, para ser do homem como ser abstrato. Assim, tem-se “a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) - em outras palavras, da ‘pessoa’ -, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras ‘respeito’ e ‘exploração’ são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem”. Em relação ao terceiro processo de multiplicação de direitos, no qual o homem é visto a partir de suas especificidades, tem-se a passagem do homem genérico para o homem específico, “ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc”. Bobbio demonstra, assim, de que maneira o reconhecimento e universalização dos direitos do homem ensejaram o desenvolvimento da evolução das gerações ou dimensões dos direitos no Estado. BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 33-34.

Constitucional penetra novos campos, fecundando-os com seus valores. A Constituição, em suma, não é mais a ‘Lei do Estado’, mas o Estatuto Fundamental do Estado e da sociedade”<sup>114</sup>.

Entretanto, diante da incapacidade estatal em implementar políticas públicas e sociais, com o fim de promover a justiça social e garantir a eficácia dos direitos sociais, uma transformação do modelo de Estado Social se impôs. A noção de intervenção estatal para promoção de direitos sociais, de forma a garantir uma pretensa igualdade entre os cidadãos, acabou deslegitimando a autoridade política. Isso, se deu principalmente pelo fato de que o desmedido aumento nas solicitações de cunho social ao Estado sobrecarregou as instituições políticas, que se viram impossibilitadas de atender a todas as demandas, enfraquecendo o Estado de Bem-Estar Social<sup>115</sup>. É nesse panorama que se instala o Estado Democrático de Direito que, conforme Bolzan de Moraes e Streck, impõe à ordem jurídica e à atividade estatal o papel de transformador da realidade, não se limitando a apenas melhorar as condições sociais de existência como no Estado Social. O Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação aos modelos estatais anteriores, sendo a Constituição, instrumento dotado de força normativa vinculante, o fundamento de possibilidade e validade de todo o ordenamento jurídico, ocupando o “ápice de uma pirâmide escalonada”<sup>116</sup>.

O Estado Democrático de Direito, pois, ancorado no Constitucionalismo Contemporâneo, buscou resgatar as promessas não cumpridas da modernidade, realizando a transformação social a partir do reconhecimento da força normativa de textos constitucionais compromissórios e principiológicos, cujas normas, para terem legitimidade e eficácia, devem conformar a realidade de uma determinada sociedade em um período determinado, consistindo em autêntica “reserva de justiça”<sup>117</sup>, adotando-se o termo utilizado por José Joaquim Gomes Canotilho, para quem:

Modernamente, a ideia de legitimidade voltou a agitar-se quando se procurou fundamentar a validade de uma constituição em termos que não se reconduzissem nem às ideias do legitimismo dinástico nem à ideia de "legitimidade legal" (isto é, validade = positividade legal). A validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico. Desta forma, a constituição

---

114SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.49.

115REGONINI, Gloria. Verbete Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto et al (Org). *Dicionário de Política*, Brasília: UnB, 1993, p. 419.

116STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. re. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64.

117CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.109.

não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de "valores jurídicos". O critério da legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as "ideias de justiça" radicadas na comunidade. Poderia talvez dizer-se que o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca<sup>118</sup>.

No Estado Democrático, portanto, as Constituições têm o seu papel ampliado, indo além de normas de estruturação do Estado, incorporando valores, fins e objetivos a serem implementados pelo ente estatal, independentemente do momento histórico e de quem detenha o poder. Reconhece-se à Constituição, a força normativa para vincular todo o ordenamento jurídico aos seus preceitos, rompendo com legalidade estrita, própria do positivismo, garantindo proteção aos valores consagrados em seu texto, sob a forma de princípios. Conforme Ana Paula de Barcellos, a “política passou, assim, a estar vinculada a tais disposições constitucionais, como já antes estivera pelos direitos de liberdade e pela separação de poderes”<sup>119</sup>. Aduz ainda que, revestido sob o manto de princípios, os valores inseridos no documento constitucional, passaram “a ser as ideias centrais das Cartas constitucionais (não apenas filosoficamente – como se esperava sempre tivessem sido – mas também juridicamente) e, *a fortiori*, dos Estados por elas organizados, independentemente do governo escolhido a cada momento”<sup>120</sup>.

O caráter principiológico do ordenamento jurídico-constitucional, possibilita a compreensão da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, uma vez que, considerando-se a função transformadora da Lei Maior no Estado Democrático de Direito, os valores plasmados na norma constitucional auxiliam na interpretação do direito em conformidade com a realidade social e temporal de determinada comunidade. Segundo Canotilho, um modelo normativo composto apenas por regras engessaria o ordenamento jurídico, em razão da sua “limitada racionalidade prática”, uma vez que exigiria “uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas”<sup>121</sup>. Isso propiciaria segurança jurídica, mas impossibilitaria que as normas constitucionais exercessem o seu papel

118CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.111.

119BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.28.

120BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.28.

121CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.168-169.

transformador, pois impediria a sua conformação com as circunstâncias fáticas na qual inserida – impediria, pois, o necessário resgate do mundo concreto. Segundo Gustavo Zagrebelsky:

La interpretación de la constitución no es por tanto un acto puntual, ahistórico, que se agota em la búsqueda de la norma que subjetivamente parece, *hic et nunc*, la más conforme a nuestra expectativas. En una constitución basada em principios, la interpretación es el acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver em la continuidad. El futuro (también el inmediato futuro representado por el caso al que se debe dar una respuesta de derecho constitucional) se nos aparece entonces a la luz de una precomprensión, a la luz de los principios constitucionales. Pero esta precomprensión no puede ser más que una post-comprensión a la luz de nuevo de los principios que nos permiten alcanzar la conciencia histórico-cultural del acontecimiento constitucional del que somos partícipes, em el transcurrir de las épocas políticas e sociales. Y toda precomprensión se tranforma inmediatamente em un enriquecimiento de la post-comprensión, alimentando a la histpria de los principios constitucionales, una historia hecha por una continua referencia circular a su alcance inicial peo continuamente revitalizada y alimentada a la luz de los casos siempre nuevos e imprevisibles que el tiempo incesantemente aporta<sup>122</sup>.

Dessa forma, os princípios dão concretude à Constituição, uma vez que, como valores dotados de força normativa, funcionam como horizonte interpretativo e de integração da norma constitucional, conferindo unidade e coerência a todo o ordenamento jurídico, sendo essencial para o êxito do Estado na sua função promotora de transformação social, a partir do resgate das promessas não cumpridas da modernidade, lembrando que a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade em um determinado período, que vincula todo o ordenamento jurídico a uma necessária conformidade aos valores nela positivados, a partir de uma leitura intersubjetiva de seu texto, levando-se em consideração a sua força normativa, refletida na superioridade das suas normas e, por conseguinte, na eficácia dos direitos fundamentais<sup>123</sup>.

Para entender a razão do caráter imperativo dos direitos e valores consagrados pela Lei Maior, obrigando o Estado à sua concretização, faz-se necessário realizar uma breve análise acerca da noção de força normativa da Constituição, que contribuiu para alterar o paradigma do Estado Legal, amparado pelo positivismo e legitimado unicamente pelo império da lei, para o novo modelo de Estado Constitucional, que buscou resgatar as promessas da modernidade a

<sup>122</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p.90.

<sup>123</sup>BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/474>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

partir da implementação dos direitos fundamentais e sociais e cujas normas alçaram o *status* de norma fundamental superior, de caráter vinculante que, ao mesmo tempo que obriga os poderes estatais, gera expectativa de proteção à sociedade dos valores nela positivados.

A teoria da força normativa da Constituição foi desenvolvida por Konrad Hesse em 1862 em contraposição à tese defendida por Ferdinand Lassale, para quem as Constituições escritas não possuem valor, sendo apenas uma mera “folha de papel”<sup>124</sup>, salvo quando expressavam “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”<sup>125</sup>, ou seja, a Constituição escrita de um Estado, para ser eficaz e duradoura, deve corresponder à chamada Constituição real e estar fundamentada nos “fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem”<sup>126</sup>. Para Hesse, contudo, existe um “condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social”<sup>127</sup>, não sendo mais aceito o isolamento, o distanciamento da norma com a realidade, como antes defendido pelo positivismo. Nesse sentido, conforme Hesse:

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro. Essa via somente poderá ser encontrada se se renunciar à possibilidade de responder às indagações formuladas com base numa rigorosa alternativa<sup>128</sup>.

A pretensão de eficácia da norma constitucional depende da sua conformação com a realidade na qual inserida, considerando-se as condições fáticas, naturais, técnicas, econômicas e sociais, bem como o “substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo”<sup>129</sup>, ou seja, os valores sociais e as perspectivas da sociedade no período a qual destinada. Não havendo essa correspondência, o texto constitucional carece de eficácia, culminando na erosão da confiabilidade da força normativa da Constituição e frustrando “a

124LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p.23.

125LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p.17.

126LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p.40.

127HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.13.

128HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.13-14.

129HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.14.

difusão de um genuíno ‘sentimento constitucional’ entre o povo”<sup>130</sup>, uma vez que falta conformidade entre seus comandos com a realidade social (consubstanciando a separação entre o ser e o dever ser). Nesse sentido, a Constituição não é aceita pela sociedade como norma, mas sim, como um documento promotor de utopias despido de qualquer eficácia, tendo, por isso, pouca aplicabilidade fática, consistindo, por conseguinte, o que Loewenstein denominou de Constituição nominal: documento juridicamente válido, mas cuja eficácia é comprometida em razão da separação existente entre a norma e a realidade social. De acordo com o autor:

El carácter normativo de una constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobrentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, las constitución carece de la realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal. (...) La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, em un futuro más o menos lejano, convertise em una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder em lugar de estar sometida a ella<sup>131</sup>.

A Constituição, portanto, para ter força normativa precisa, além da vontade de poder, ter aquilo que Hesse denominou “vontade de Constituição”<sup>132</sup>, cabendo à sociedade a mobilização necessária para a sua concreta realização. Para Daniel Sarmento, “quanto maior a vontade de Constituição, menores serão os limites que a realidade social poderá lhe impor. Mas os limites sempre existirão, e será preciso respeitá-los”<sup>133</sup>. Assim, a Constituição não é apenas a “expressão de um ser, mas também de um dever ser”<sup>134</sup>, cabendo ao constituinte conformar o texto constitucional à realidade fática estatal, resgatando-se o mundo concreto, sob pena de comprometer a sua força normativa. Nessa perspectiva, Konrad Hesse, para quem:

(...) Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição — entendida aqui como “Constituição jurídica” — não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade;

130SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.77.

131LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte 2. ed. Barcelona: Ariel, 1975, p. 218.

132HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.19.

133SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.79.

134HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.14.

onde inexistente força a ser despertada — força esta que decorre da natureza das coisas — não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, careceria do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis, não logra concretizar-se<sup>135</sup>.

Dessa forma, para que a Lei Maior tenha consolidada a sua força normativa, deve ser capaz de se adaptar às transformações fáticas experimentadas pelo Estado, considerando, além dos elementos políticos, sociais e econômicos, as tendências de seu tempo, preservando a vontade de sua concretização ou, utilizando-se o termo empregado por Hesse, “vontade de Constituição”<sup>136</sup>. Nesse sentido, torna-se essencial o papel desempenhado pelo intérprete do Direito, uma vez que deve conformar o sentido da norma com a realidade social na qual inserida, estando a sua eficácia condicionada à efetiva concretização das condições fáticas de uma sociedade pluralista, com ideologias e interesses diversos, no qual não há a prevalência de um valor ou princípio, mas de vários simultaneamente. Para Gustavo Zagrebelsky:

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. (...) Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal<sup>137</sup>.

O reconhecimento da força normativa da Constituição, assim, é fundamental para a consolidação do caráter transformador da Lei Maior, estruturada sobre direitos e valores fundamentais, como a dignidade humana, tendo no Constitucionalismo Contemporâneo o

135HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.17.

136Para Hesse, quando a Constituição não está em consonância com o “estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, vê-se privada do imprescindível germe de força vital, tornando-se incapaz de conseguir que se realize o que ela dispõe em contradição com esse estágio de desenvolvimento. Sua força vital e operativa baseia-se na sua capacidade para conectar-se com as forças espontâneas e as tendências vivas da época, da sua capacidade para desenvolver-se e coordenar forças, para ser, em razão do seu objeto, a ordem global específica de concretas relações existenciais”. Ademais, a força normativa da Constituição também encontra-se condicionada pela vontade, daqueles a quem ela se dirige, de realizar o seu conteúdo. Essa vontade é sustentada pelo “consenso básico que assegura à ordem jurídica uma estabilidade firme”, sendo imprescindível que “o acordo do constituinte histórico se mantenha entre aqueles cuja atuação e cooperação esse constituinte tratou de dirigir e coordenar através das normas da Constituição”. E conclui: “quanto mais intensa for a vontade de Constituição tanto mais recuados estarão os limites das possibilidades de realizar-se a Constituição, sem que essa vontade, no entanto, possa eliminar por completo tais limites”. Dessa forma, apenas quando cumpridos esses pressupostos é que restará consolidada a força normativa da Constituição. HESSE, Konrad. Conceito e Peculiaridade da Constituição. Tradução de Inocêncio Martires Coelho, In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53 (formato digital).

137ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 10. ed., Madrid: Trotta, 2011, p. 14-15.

substrato para o desenvolvimento da justiça constitucional, que confere ao intérprete a missão de conformar o ordenamento jurídico às normas constitucionais. Conforme Canotilho, a força normativa da Constituição implica no seu reconhecimento como norma vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade, afastando a tese do século anterior de que a Constituição teria tão somente um valor declaratório, “uma natureza de simples direção política, um carácter programático despojado da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis”. A Constituição, para o autor, é uma “lei-quadro”, uma vez que “são leis mas não valem nem se aplicam como leis”, isso porque o “carácter aberto e a estrutura de muitas normas da constituição obrigam à mediação criativa e concretizadora” dos seus intérpretes<sup>138</sup>.

Por conseguinte, o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é ampliado, assumindo o protagonismo na concretização dos direitos constitucionalmente previstos, mas não realizados: a ampla gama de direitos consagrados na Constituição somada ao déficit prestacional do ente estatal, resulta em mais demandas e, conseqüentemente, na necessidade de atuação do Judiciário para implementá-los, tendo em vista a força normativa da Constituição, que implica na obrigatoriedade das suas normas e na vinculação da atuação dos Poderes Públicos para concretizá-las. Segundo Lenio Streck:

(...) na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados (...). Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos Poderes Públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte -, a via judiciária se apresenta – por vezes – como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição<sup>139</sup>.

Assim, foi a partir do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, com o advento de um novo tipo de constitucionalismo – o Constitucionalismo Contemporâneo, que a Constituição passou a ser reconhecida como norma fundamental vinculante, cujos mandamentos devem ser observados por todo o ordenamento jurídico, ganhando destaque, nesse contexto de justiça constitucional, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização de direitos e valores positivados pela Lei Maior, pois, além de atuar na promoção da integridade jurídica do ente estatal, “pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivos e Legislativo, que representem retrocesso social ou a

138CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 1150.

139STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65-66.



ineficácia dos direitos individuais ou sociais”<sup>140</sup>. Entretanto, necessário observar que esse protagonismo assumido pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos sonegados pelo Estado, não pode implicar em uma prática decisionista, no qual escolhas, e não decisões, são proferidas de forma arbitrária, solipsistas, fundamentando o ativismo judicial, e fragilizando a força normativa da Constituição e a integridade do Direito<sup>141</sup>.

Retratada a construção conceitual do Constitucionalismo Contemporâneo, bem como a evolução dos direitos fundamentais no Estado Moderno, no capítulo seguinte serão trabalhados os direitos sociais na Constituição Federal de 1988, analisando-se, mais detidamente, o direito fundamental social à saúde, que demanda a necessária atuação do ente estatal para implementá-lo, buscando a efetivação da justiça social por meio da disponibilização universal de bens e serviços à população vulnerável, com o propósito de efetivar a igualdade entre aqueles que se encontram em situações sociais desiguais, em consonância com dignidade humana, valor essencial ao homem e princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro<sup>142</sup>.

---

140STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 68.

141A diferença entre escolha e decisão judicial será objeto de análise no capítulo 4.

142A saúde é reconhecida pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro como um direito de caráter prestacional, no qual o ente estatal, a partir da formulação e implementação de políticas públicas, deve garantir a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (vide artigo 196 da Constituição Federal de 1988). Esse assunto será melhor abordado no capítulo seguinte. Por ora, destaca-se apenas a relação do direito à saúde com outros valores essenciais inseridos na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

## 2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

As graves violações aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos já apontados no capítulo precedente, ensejou uma alteração do paradigma da compreensão das estruturas normativas, saindo-se do Estado Legal para o Estado Constitucional, ao qual atribuiu-se à Constituição o *status* de norma fundamental vinculante de todo o ordenamento jurídico, com aptidão de conformar e transformar a realidade social, a partir do resgate das promessas não cumpridas na modernidade. Sob o paradigma do Neoconstitucionalismo, assim, as Constituições do pós-guerra foram estruturadas com o fim de promover os direitos e valores fundamentais à humanidade, tendo a dignidade humana alçado o devido status de norma jurídica universal, ao ser reconhecida como valor a ser garantido e promovido pelo poder público, dada a sua essencialidade para a construção desse novo modelo estatal amparado no reconhecimento da força normativa da Lei Maior.

A Constituição Federal de 1988 foi concebida a partir desse novo paradigma por meio daquilo que podemos chamar, na linha de Lenio Streck, de Constitucionalismo Contemporâneo, tendo sua essência no reconhecimento e proteção de um núcleo duro, inegociável, em torno do qual gira todo o ordenamento jurídico, composto pelos direitos e valores fundamentais do homem. Nesse sentido, é possível afirmar que tanto os direitos fundamentais quanto a dignidade humana integram o fundamento do Estado, constituindo-se em elementos nucleares da Constituição de 1988, cuja concretização passou a ser função permanente do ente estatal. Os direitos fundamentais, assim, são o resultado da positivação constitucional de determinados valores essenciais ao homem e à sociedade, integrando, junto aos princípios, o cerne substancial da ordem constitucional vigente, constituindo “um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”<sup>143</sup>.

Dentre os direitos fundamentais positivados pelo constituinte de 1988, encontram-se os direitos sociais, cuja proteção e promoção revela-se como condição de possibilidade para a efetivação da justiça social e da própria dignidade da pessoa humana, em consonância com papel transformador da Constituição que passa a ser o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico-constitucional. Integrando o rol de direitos sociais consagrados pela Lei

---

143SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 61-62.

Maior, encontra-se o direito à saúde, “bem essencial da e para pessoa humana”<sup>144</sup>, cuja efetiva proteção e promoção configura-se como garantia da dignidade humana e do próprio direito à vida. Estando o Constitucionalismo Contemporâneo dentro de tal perspectiva social, podemos afirmar que a saúde, portanto, é direito fundamental do homem e dever do Estado, afigurando-se necessária, para a sua concretização, a promoção de políticas públicas sociais e econômicas que tenham como fim a redução de doenças, bem como o acesso universal e igualitário aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos termos definidos pelo art.196, da Constituição Federal.

Ocorre que, aquilo que Lenio Streck chama de déficit de constitucionalidade, ou seja, a incapacidade da Constituição de efetivamente constituir aquilo que se predispôs a fazer<sup>145</sup>, nos leva a uma análise de como o Judiciário se posta frente as insuficiências das políticas públicas. Tendo-se, assim, como ponto de partida, que a noção de direito à saúde vai além da ausência de enfermidades, estando ligado à busca da qualidade de vida ou, pelo menos, de uma melhora na qualidade de vida, naqueles casos em não é possível a obtenção de uma cura para a enfermidade, dada a sua essencialidade para a dignidade humana e para o próprio direito à vida, passa-se para a análise dos aspectos essenciais à sua proteção e concretização pelo ordenamento jurídico vigente. Para trabalhar a tensão resultante entre o realizável, realizado e exigível em relação à saúde, serão tecidas, *a priori*, algumas considerações gerais acerca do conteúdo e da eficácia dos direitos fundamentais e sociais no sistema constitucional brasileiro.

## **2.1. Aspectos gerais dos direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro**

No Constitucionalismo Contemporâneo, uma das vertentes dos neoconstitucionalismos, os valores essenciais ao indivíduo e à sociedade a serem garantidos e promovidos pelo ente estatal encontram-se positivados na Constituição, instrumento de transformação social, dotada de força normativa vinculante. Os direitos fundamentais, assim, são constitucionalizados e elevados ao *status* de norma superior no ordenamento jurídico,

---

144SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, a.1, n.1, p.171-213, out./dez. 2007.

145STRECK, Lenio Luiz. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 83-108, dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p83/28384>. Acesso em: 29 maio 2020.

requerendo do Estado uma conduta não apenas absenteísta, de forma a não violar as liberdades individuais, mas, também, uma atuação proativa, no sentido de promover aqueles direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, princípio fundante do Estado Democrático de Direito, que confere “unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”<sup>146</sup>. Segundo Jorge Miranda:

A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado Social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à Segunda Guerra Mundial, e não por acaso. Surge em resposta aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana (preâmbulo da Constituição francesa de 1946); quando se proclama que a dignidade da pessoa humana é sagrada (art. 1º da Constituição alemã de 1949); e, ao afirmar-se que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem tinham conduzido a actos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (preâmbulo da Declaração Universal).<sup>147</sup>

No mesmo sentido, Lenio Streck quando trata do plus normativo do Estado Democrático de Direito, ou seja, o ganho qualitativo do ordenamento jurídico-constitucional, no qual a Constituição se torna o instrumento necessário para a transformação social, por meio da proteção e concretização de direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, constituída sob o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, não é apenas um texto formal que dispõe, tão somente, sobre normas de organização estatal tendo, também, a obrigação de transformar a realidade a partir do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos fundamentais<sup>148</sup>.

Os direitos fundamentais, assim, tornam-se universais a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, integrando “o patrimônio comum da humanidade”<sup>149</sup> e, como consequência, adquirem o reconhecimento como “imperativos éticos que protegem todo e qualquer ser humano”<sup>150</sup> contra as arbitrariedades estatais. Faz-se necessário salientar, entretanto, que não

146SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 2466 (formato digital).

147MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 4. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 194-195.

148Segundo Lenio Streck, o plus normativo do Estado Democrático de Direito está ancorado na função transformadora assumida pelo Direito, “que exsurge do caráter dirigente e compromissário do Texto Constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidade de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. *Novos Estudos Jurídico*, v.8, n.2, p.257-301, mai./ago. 2003.

149SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 21.

150SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.32.

se tratam os direitos fundamentais de direitos ontológicos, direitos do homem pelo simples fato de ser humano. Os direitos humanos, como quaisquer outros, são deontológicos, construções, frutos de lutas e avanços e, uma vez consolidados, se blindam por meio da proibição de retrocesso, como se verá abaixo. Importa, nesse contexto, ressaltar a imprescindibilidade da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 na reconstrução contemporânea dos direitos humanos e dos textos constitucionais que, dotados de alta carga axiológica e ancorados no princípio da dignidade humana<sup>151</sup>, buscam implementar as promessas da modernidade a partir da consagração, no âmbito interno, dos direitos e valores fundamentais<sup>152</sup>.

É possível afirmar que toda a modernidade se estrutura a partir da objetificação dos sujeitos, da limitação de suas possibilidades e, dentro de um projeto excludente, a partir da perda da subjetividade em generalizações e categorizações, na qual o indivíduo, objetificado na idealização de um homem médio, torna-se facilmente substituível e dispensável. Tal fenômeno se mostra mais evidente em governos mais fortes e com menos tolerância democrática, que os afasta da diversidade e pluralidade. Nesse sentido, Flávia Piovesan reforça tal ideia quando afirma que nos governos totalitários, as pessoas tornaram-se supérfluas e descartáveis. O valor atribuído ao indivíduo enquanto ser humano, dessa forma, foi abolido ao se condicionar a titularidade de direitos à determinada raça (como a ariana, na

---

151Ingo Sarlet chama atenção para o fato da positivação da dignidade humana pelos ordenamentos jurídicos estatais ser um fenômeno recente: apenas com o término da Segunda Guerra Mundial, é que a dignidade da pessoa humana ganhou destaque e passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições como valor fundamental, especialmente após a sua consagração pela Declaração Universal da ONU de 1948. Vide o Brasil, que só foi incorporá-la com a Constituição Federal de 1988 – art.1º, III. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 96-98.

152Apenas a título explicativo, é importante deixar claro que, ainda que o estudo dos direitos fundamentais tenha como referência os direitos humanos, com eles não se confundem. Segundo Bobbio, a maioria das definições sobre direitos humanos é tautológica e refere-se aos “direitos do homem enquanto homem”. Pérez Luño, por sua vez, entende não haver uma noção precisa de direitos humanos, sendo comum a utilização do termo para designar aqueles direitos que fazem parte de “un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretam las exigencias de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Os direitos fundamentais, por seu turno, dizem respeito àquele conjunto de direitos e liberdades essenciais ao homem, reconhecidos pelo ordenamento jurídico interno de um determinado Estado. Tratam-se de direitos “delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho”. São, portanto, direitos cuja origem e desenvolvimento se dão no âmbito das Constituições, sendo reconhecidos e assegurados pelo ente estatal, cuja atuação encontra-se pautada na sua concretização. BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.13; PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 27.; PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p.31-32.

Alemanha nazista), tudo realizado dentro de um quadro de legalidade, sob a perspectiva da concepção positivista que embasava os ordenamentos jurídicos estatais nesse período<sup>153</sup>.

Do trauma, surge a resposta, dos retrocessos, vem as demandas por avanços, das segregações étnicas, éticas, religiosas, políticas e baseadas em quaisquer discriminações promovidas pelos governos totalitários, como o nazismo e o fascismo, delineou-se, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, um sistema de proteção dos direitos humanos, tanto em âmbito interno, quanto no âmbito internacional, a partir da limitação do poder do Estado e da promoção dos direitos fundamentais. Assim, enquanto no campo do Direito Internacional começa a se desenvolver um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, no Direito interno, por seu turno, “testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana”<sup>154</sup>, valor supremo a “orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”<sup>155</sup>.

Nessa senda, os direitos fundamentais são inseridos no documento constitucional como normas jurídicas de eficácia vinculante, superior hierarquicamente, cuja garantia e concretização passa a ser dever dos poderes públicos do Estado Democrático de Direito, que se fundamenta no reconhecimento e proteção da dignidade humana<sup>156</sup>. O Estado Constitucional, dessa forma, encontra-se juridicamente limitado à proteção e promoção dos direitos e garantia fundamentais, dotados de força normativa vinculante. Conforme lição de Schneider:

En su multiplicidad de niveles funcionales los derechos fundamentales posuen hoy, en primer término, el carácter de conferir status: determinan, aseguran o limitan la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos. Este status jurídico-constitucional del individuo, basado en los derechos fundamentales y garantizado por ellos, es, antes que nada, un status jurídico material, es decir, un status con contenido concreto del que no puede disponer ilimitadamente ni el individuo ni los poderes del Estado. Este status jurídico-constitucional constituye el núcleo de la posición jurídica general que viene determinada, junto a los derechos fundamentales, por las leyes. También el status civil general es una situación jurídica material, es decir, es el conjunto de derechos y deberes del individuo concretos, determinados y limitados (respecto a otros o la colectividad) con

153PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.36-37.

154PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.39.

155PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.39.

156SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 36.

cuyo cumplimiento cobra realidad el ordenamiento jurídico de la comunidad. El carácter de los derechos fundamentales como conferidores de status, les presta al mismo tiempo la propiedad de derechos fundamentales jurídicoconstitucionales de la persona individual, tanto como hombre como ciudadano. A los derechos humanos garantizados constitucionalmente pertenecen todos aquéllos que valen para todo hombre y no están reducidos a un determinado círculo de personas.<sup>157</sup>

Os direitos fundamentais, portanto, seriam aqueles direitos essenciais ao homem, enquanto indivíduo e ser social, e à sociedade, positivados pelo ordenamento jurídico interno estatal com o devido *status* de norma jurídica constitucional, de observância e proteção obrigatórias pelo poder público, tendo em vista a força normativa da Constituição, já analisada no capítulo precedente. Segundo Canotilho, “sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechts-normen)”<sup>158</sup>. Para Pedro Cruz Villalon, por sua vez:

los derechos fundamentales son una categoría dogmática del Derecho constitucional. Allí donde no hay Constitución (y habrá que ver si cualquier Constitución vale) no habrá derechos fundamentales. Habrá otras cosas, con seguridad más importantes, derechos humanos, dignidad de la persona; habrá cosas parecidas, acaso igual de importantes, libertades públicas francesas, derechos públicos subjetivos alemanes; habrá, en fin, cosas distintas, como fueros o privilegios. Pero no habrá derechos fundamentales. Lo cual nos permite concluir: derechos fundamentales son los derechos subjetivos anteriormente identificados, en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica<sup>159</sup>.

Interessante, nesse ponto, a noção de “direitos fundamentais como trunfo”, apresentada por Jorge Reis Novais, segundo a qual deter um direito fundamental é possuir uma garantia jurídica contra as ingerências e omissões estatais, tendo em vista a força normativa desses direitos constitucionalmente assegurados pelo Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, os “direitos fundamentais como trunfos” contra a maioria não constitui mera “exigência política ou moral ou uma construção teórica artificial”, firmando-se, também, em um imperativo “do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por maioritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em

157SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales em el Estado Democrático. In: *Revista de Estudos Políticos*, nº 7, 1979, p. 13. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427304.pdf>. Acesso em: 11 de abr. de 2020.

158CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 497.

159VILLALON, Pedro Cruz. Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, n. 25, Enero-Abril 1989, p. 35-62, p.41. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79388.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental”<sup>160</sup>. Trata-se de uma teoria baseada na metáfora dos direitos como trunfo desenvolvida por Dworkin, para quem “os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detém”, ou seja, constituem-se em direito de resistência dos seus titulares contra os poderes públicos “quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”<sup>161</sup>.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, apenas com a Constituição Federal de 1988 é que os direitos e garantias fundamentais conquistaram a devida proteção contra as violações perpetradas pelo poder público, sendo preservados, até mesmo, de eventuais reformas do texto constitucional<sup>162</sup>. Assim, com a promulgação da Lei Maior, resultado do processo de redemocratização do Estado Brasileiro, após mais de 20 anos de regime ditatorial, em que direitos e liberdades fundamentais foram restringidos ou, até mesmo, aniquilados<sup>163</sup>, uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais, quanto

---

160NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 32-39.

161O direito como trunfo é bem retratado por Dworkin no texto “Temos um direito à pornografia” no qual o autor busca discutir qual seria o efetivo fundamento do direito à independência moral. Para o autor, os direitos são trunfos sobre “a justificativa de fundo para decisões políticas” de uma comunidade como um todo. Assim, quando alguém detém o direito à independência moral, possui um trunfo contra o poder público, que não pode restringir ou violar esse direito, ainda que acreditasse que tal conduta beneficiaria toda a comunidade. Trata-se de uma teoria aplicada contra situações em que a autoridade pública afasta determinado direito valendo-se do argumento utilitarista, no qual, sob o pretexto de beneficiar toda a coletividade, permite-se a restrição de determinados direitos. A adoção do argumento utilitarista causa prejuízos ao direito de igualdade de tratamento (direito de igual consideração e respeito), que reflete diretamente no direito de defesa das minorias. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. XV-XX. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 516-542.

162SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 71.

163Vide, por exemplo, o Ato Institucional nº5, de 13 de dezembro de 1968, que suspendeu garantias constitucionais, abrindo espaço para a “utilização descontrolada do Aparato Repressivo do Estado de Segurança Nacional”. Por meio desse ato, o Poder Executivo podia fechar o Congresso Nacional e Assembléias estaduais e municipais, cassar mandatos eleitorais dos poderes Legislativo e Executivo, remover ou demitir juízes, bem como suspender as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade dos membros do Judiciário, dentre outras. Nesse período, aboliu-se o *habeas corpus* para crimes políticos e prisões podiam ser efetuadas sem qualquer acusação formal e mandado. Essas restrições propiciaram o cometimento de abusos de poder e a prática de torturas de presos políticos. É possível constatar que, durante a ditadura militar, há a corporificação do Estado no Poder Executivo, que se fortalece perante os demais poderes, assumindo um papel de destaque no cenário político brasileiro. ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Bauru: Edusc, 2005, p. 160-167.



de titularidade difusa ou coletiva (inovação perpetrada pela Constituição Federal de 1988)<sup>164</sup>, foi reconhecida como digna da tutela estatal. Para Ingo Sarlet:

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ela ter sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou – em maior ou menor escala – a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais<sup>165</sup>.

Nesse viés, adotando-se a alteração do paradigma promovido pelo Constitucionalismo Contemporâneo<sup>166</sup>, a Constituição Federal de 1988 passa a ser o instrumento de integralização estatal e transformação social, por meio da incorporação de valores e direitos fundamentais do homem, cuja promoção e proteção é obrigação do Estado. Transforma-se, assim, a relação do ente estatal com o sujeito, cuja implementação dos direitos fundamentais reflete diretamente na concretização do princípio da dignidade humana, previsto expressamente como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>167</sup>. Nesses termos, José Afonso da Silva, para

164A Constituição Federal de 1988 expandiu a dimensão dos direitos e garantias fundamentais, ao incorporar, além dos direitos individuais, os direitos difusos e coletivos, de titularidade indeterminada (difusos) ou pertencentes a determinado grupo, categoria ou classe social, conforme conceito definido pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Ressalta-se que, as ações coletivas eram tuteladas pelo ordenamento jurídico antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, como a Lei de Ação Civil Pública, datada de 1965 (Lei 4747/65) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6938/81. Entretanto, apenas com a Constituição Federal de 1988 é que tais direitos foram alçados ao status de direitos fundamentais, tal como evidenciado pela denominação atribuída ao capítulo I do Título II da Lei Máxima: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.422-428; PIOVESAN, Flávia. A proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. Centro de Estudos. Jan. / Dez. 1.999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

165SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 67.

166Segundo Ana Lúcia Tavares, “o texto constitucional de 88 não foge à regra dos anteriores: é documento atualizado com as mais recentes tendências do constitucionalismo contemporâneo, incorporando as principais inovações do direito estrangeiro, em especial no campo dos direitos e garantias fundamentais. (...) a nova Constituição está em dia com as mais recentes formulações dos direitos e garantias fundamentais, com a constitucionalização de determinadas matérias, com o reconhecimento de mecanismos que permitam associar, de forma mais efetiva, o cidadão à gestão da *res publica* etc. Ela se insere, portanto, na orientação geral dos textos constitucionais produzidos nos anos 70, com inspiração mais acentuada nas Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), sem prejuízo de outras influências oriundas de outros ordenamentos (...)”. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. In. *Revista de Informação Legislativa*, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991, p.71-108.

167A inserção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art.1º, III, Constituição Federal) demonstra a opção do constituinte de 1988 em reconhecer que é o Estado que existe em função da pessoa, sendo o homem a “finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 99.

quem a dignidade se constitui em um valor supremo, um “valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”<sup>168</sup>. Para Ingo Sarlet, por sua vez:

Importa considerar, nesse contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente a sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*). Nessa perspectiva, verifica-se ampla convergência a respeito da noção de que a dignidade da pessoa humana, designadamente como princípio fundamental estruturante (o que não exclui sua condição de regra), confere e assegura uma certa unidade axiológica ou unidade de sentido ao sistema dos direitos fundamentais (...). Nesse contexto, não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, nesse sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência. Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo. (...) Nesse contexto, agrega-se a noção de que a dignidade da pessoa humana integra a assim designada ordem pública dos Estados que a consagram, cuidando-se (notadamente no que diz com o núcleo essencial do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes) tanto de um fundamento para a limitação de direitos fundamentais (restringem-se direitos em prol da garantia da dignidade) quanto de um limite dos limites, ou seja, de uma barreira contra limitações efetuadas em proveito de outros bens fundamentais<sup>169</sup>.

A Constituição Federal de 1988 outorgou, portanto, aos direitos fundamentais a merecida relevância ao reconhecer-lhes o *status* de norma jurídica, na qual, devido à sua imprescindibilidade, impõe ao poder público o dever de proteção e garantia, funcionando como parâmetro hermenêutico e constituindo-se como valor superior de toda ordem constitucional e jurídica, consubstanciando, assim, a “melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais”<sup>170</sup>. Nesse sentido, a Carta de 1988 é um marco jurídico na institucionalização de uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais que, juntamente com a dignidade humana, fundamento que alicerça o Estado Democrático Brasileiro, vem a “constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores

168SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 02 Mai. 2020.

169SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 106-108.

170SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 67.

éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”<sup>171</sup>. Para Flávia Piovesan:

O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III - impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional<sup>172</sup>.

Com efeito, considerando-se as lições de Jorge Miranda, a Constituição confere ao sistema de direitos fundamentais, uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática, estando ancorada na dignidade humana, ou seja, “na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”<sup>173</sup> e que “atua como o alfa e ômega do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais”<sup>174</sup>. Nesse sentido, na Constituição Federal de 1988, a dignidade humana é o principal elemento fundante e informador dos direitos fundamentais e sociais<sup>175</sup>, que compõem o núcleo constitutivo de identidade da Lei Maior, que não pode ser abolido pela ação do poder público, estando a salvo, inclusive, do poder de reforma constitucional.

Os direitos fundamentais, nesse sentido, funcionam como um limite a atuação dos Poderes Públicos, não podendo ser objeto de deliberação para possível supressão no ordenamento jurídico-constitucional, consoante o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal<sup>176</sup>.

171PIOVESAN, Flávia. A proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. Centro de Estudos. Janeiro/Dezembro/1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

172PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

173MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 4. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 197.

174SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 2474 (formato digital).

175Segundo Ingo Sarlet, ainda que se admita que o princípio da dignidade da pessoa humana seja o principal elemento fundante dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, não há uma necessária exigência entre ambos. Para o autor, apenas com a análise concreta de cada ordem jurídico-constitucional é que se pode avaliar se e em qual medida os direitos fundamentais têm como fundamento a dignidade humana, ou seja, se essa está inserida no seu âmbito de proteção. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 2508-2537 (formato digital).

176Considerando-se que a Constituição é fruto da tomada de decisões fundamentais pelo constituinte, as cláusulas pétreas, consagradas pelo art.60, §4º da Constituição Federal, visam impedir a extinção daqueles elementos considerados essenciais ao Estado Democrático de Direito, incluindo-se, dentre eles, os direitos fundamentais que, somada à aplicabilidade imediata prevista no §1º, do art.5º, implica no reconhecimento da

São, portanto, cláusulas pétreas ou, conforme Canotilho, “núcleo constitutivo de identidade”<sup>177</sup> da Lei Maior. Isso, contudo, não significa que a norma constitucional deva ter sempre o mesmo sentido, uma vez que, considerando-se a função transformadora da realidade imposta pelo Constitucionalismo Contemporâneo, bem como a dinamização da sociedade, a Constituição deve ser dotada de uma “garantia de identidade reflexiva”, ou seja, suas normas devem ser capazes de conformar a realidade na qual inserida, garantindo-se a sua legitimidade e eficácia e, por conseguinte, a sua força normativa vinculante<sup>178</sup>.

Em relação à eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, a partir da nova ordem jurídico-constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988, o art.5º, §1º, estabeleceu a sua aplicabilidade imediata. Trata-se de um dispositivo inovador, que tem como fim reforçar a imperatividade das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, em plena consonância com a força normativa da Constituição e com o paradigma introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo, cujo resgate das promessas da modernidade, a partir da proteção e promoção de direitos fundamentais e sociais, constitui uma das condições de possibilidade das transformações sociais a serem perseguidas e implementadas pelo Estado Democrático de Direito. Consoante Ingo Sarlet:

Em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art.5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nessa medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental<sup>179</sup>.

Antes de prosseguir com a análise sobre as implicações ocasionadas pela previsão constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais determinada pelo §1º, art.5º, importa a realização de um breve exame acerca do fenômeno da eficácia jurídica das normas constitucionais. De antemão, é importante atentar-se ao fato de que, para essa

---

força jurídica das normas instituidoras desses direitos e garantias fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 441-447.

177CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 1135.

178CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 1135-1136.

179SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 384.

pesquisa, adotar-se-á o entendimento esposado por José Afonso da Silva para quem uma norma, para ser aplicada, precisa ser eficaz, ou seja, “eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta, como realizabilidade, praticidade”<sup>180</sup>. Assim, quando a norma não preenche todos os requisitos essenciais para ser empregada ao caso concreto, falta-lhe eficácia e, por conseguinte, aplicabilidade<sup>181</sup>.

Em que pese as divergências acerca da distinção da classificação das normas constitucionais quanto aos seus efeitos<sup>182</sup>, o constituinte de 1988, ao inserir o §1º, do art. 5º, indicou que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata e, por conseguinte, um certo grau de eficácia, não se encontrando essa previsão restrita tão somente aos direitos fundamentais elencados no art.5º, em que pese a sua situação topográfica sugerir um alcance limitado apenas ao rol de direitos previstos nesse artigo. Além disso, analisando-se a literalidade da disposição prevista no §1º, resta clara a menção a direitos e garantias fundamentais, tal como designado no Título II da Constituição Federal, em que se

---

180SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 49-50.

181Para José Afonso da Silva, a eficácia social de uma norma se difere da sua eficácia jurídica. A eficácia jurídica de uma norma está relacionada à sua aptidão para “produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”, possuindo íntima relação com a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, a eficácia social, por sua vez, se confunde com a ideia de efetividade da norma, ou seja, relaciona-se ao fato de a norma ser realmente aplicada e seguida (diz respeito à real obediência e aplicação da norma na ordem dos fatos). Entretanto, em sentido diverso, Virgílio Afonso da Silva defende que, apesar de haver conexão entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade da norma tal como defendido por José Afonso da Silva, não há relação de pressuposição entre esses conceitos. Isso porque, segundo o autor, a aptidão para a produção de efeitos é definida em plano diverso daquele em que se discute o problema da aplicação. O conceito de aplicabilidade, diversamente da noção de eficácia, “envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65-66. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.210-211.

182A título exemplificativo, as classificações de José Afonso da Silva e Maria Helena Diniz. Segundo o primeiro, as normas constitucionais podem ser de três tipos: eficácia plena (aplicabilidade direta e imediata, sem qualquer dependência da atuação do legislador ordinário, uma vez que produzem todos os seus efeitos desde a sua promulgação); eficácia contida (aplicabilidade direta e imediata, mas não integral, já que podem ter sua aplicabilidade restringida devido a atuação do poder público); e, por fim, normas de eficácia limitada (aplicabilidade indireta e reduzida, dependendo da atuação do legislador ordinário para produzir todos os seus efeitos). Para Maria Helena Diniz, por sua vez, as normas constitucionais podem ser sistematizadas em quatro grupos: normas de eficácia absoluta (normas que não podem sofrer qualquer alteração, nem mesmo por Emenda Constitucional); normas de eficácia plena (não plenamente eficazes desde a promulgação da Constituição, contudo, ao contrário das normas de eficácia absoluta, podem sofrer modificação por meio de Emenda Constitucional); normas de eficácia relativa restringível (possuem aplicabilidade direta ou imediata e têm aptidão para produzir todos os seus efeitos jurídicos enquanto não restringida por regulamentação ulterior); e, por fim, normas de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa (normas de aplicação mediata ou indireta, que dependem de regulamentação posterior para produzir seus efeitos, apesar de terem o condão de impedir que normas incompatíveis com seus preceitos produzam efeitos). SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82-83. DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98-105.

encontram inseridos os artigos 5º ao 17, referindo-se, portanto, a aplicabilidade imediata expressa no art.5º, §1º, da Lei Maior, a todas as categorias de direitos fundamentais constantes no texto constitucional. Nesse sentido, Ingo Sarlet:

Por essas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art.5º, §1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art.5º, §2º, da CF (...). Ademais, a ausência de vedação expressa e a ratio da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo dão ensejo a que se recepcione, nesse particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria da doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (além dos direitos sociais, econômicos e culturais, por expressamente excluídos do regime) todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis<sup>183</sup>.

Considerando-se que fundamental é, em termos gerais, algo que fundamenta, uma norma definidora de direitos e garantias fundamentais, dado o seu caráter constitutivo, é inegociável e, por isso, não pode ser objeto de transação, redução ou disponibilidade e nem mesmo de protelação por parte do Poder Público. Daí, a relevância do §1º, art.5º, da Constituição Federal, que institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, reconhecendo a imperatividade desses direitos e, logo, a sua força normativa vinculante. Desse modo, o princípio da aplicabilidade imediata constitui um *plus* conferido pelo constituinte às normas instituidoras de direitos fundamentais, deixando em evidência o intuito de que tais direitos, quando comparados com as demais normas constitucionais, tenham maior aplicabilidade e eficácia<sup>184</sup>.

Nesse sentido, ao Poder Público, que possui o dever de garantia e promoção dos deveres fundamentais, compete extrair-lhes a maior eficácia possível, concedendo-lhes uma posição privilegiada no ordenamento jurídico em razão da sua essencialidade à sociedade e ao Estado Democrático de Direito, em plena consonância com o caráter transformador conferido

183SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 271.

184Para Ingo Sarlet, uma vez que às normas constitucionais é atribuído um mínimo de eficácia, o §1º, art.5º, CF/1988 impõe aos poderes públicos extrair das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia possível. Assim, a norma instituidora da aplicabilidade imediata constitui um “*plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar a sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 275-280.

à Constituição Federal de 1988, estruturada sobre direitos e valores fundamentais<sup>185</sup>. Para Canotilho, as normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais não são apenas normas de produção de outras normas, mas sim, normas reguladoras de relações jurídico-materiais. Para o autor, a ideia da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais significa uma “normatividade qualificada” que, entretanto, requer em algumas situações a atuação do poder público para ser concretizada<sup>186</sup>.

A noção instituída pela necessária aplicabilidade imediata não significa que, dentre os direitos fundamentais, não hajam distinções em relação a essa aplicabilidade e eficácia, podendo haver direitos que necessitem da atuação do poder público para alcançarem a sua máxima eficácia, como é o caso dos direitos sociais, que, embora fundamentais e, por isso, de aplicabilidade imediata, requerem uma atuação positiva do Poder Público para ser concretizados, assegurando, dessa forma, a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias fundamentais, instituída pelo Constitucionalismo Contemporâneo com a promulgação da Constituição brasileira de 1988<sup>187</sup>.

Portanto, considerando-se a força normativa vinculante da Constituição, bem como a consagração de elementos normativos diretamente vinculados a princípios e valores fundamentais, essenciais para a atual função transformadora da realidade social instituída pela Lei Maior e pelo Estado contemporâneo, o entendimento pela não aplicabilidade imediata das normas instituidoras de direitos fundamentais esvazia o dispositivo constitucional e, em última análise, ofende o próprio conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, a ponto de negar-lhes

---

185García de Enterría, em sua obra *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, dispõe que tanto os poderes públicos quanto os cidadãos estão submetidos às normas constitucionais, tal como disposto no art.53, I, da Constituição da Espanha, que declara que os direitos e liberdades reconhecidos no Título II da Constituição vinculam a todos os poderes públicos. Segundo o autor, esse dispositivo visa conferir um *plus* para a regulação conferida pela Constituição aos direitos fundamentais, “*plus* que consiste, justamente, em que tal regulación tiene el carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley”. ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas: 1994, p.73.

186Canotilho, assim, defende que, o sentido fundamental da aplicabilidade direta dos direitos e garantias fundamentais consiste no fato de que tais direitos “são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da auctoritas interpositio do legislador. Não são simples norma normarum mas norma normata, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Note-se que se esta ideia de aplicabilidade directa significa uma **normatividade qualificada**, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em direitos subjectivos, concretos e definitivos” (grifo nosso). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 578.

187PIOVESAN, Flávia. A proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. Centro de Estudos. Janeiro/Dezembro/1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

a própria fundamentalidade, afastando-se, por consequência, do seu poder transformador próprio daquilo que é essencial (fundamental).

Diante do exposto, resta demonstrada a relevância capital dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, no qual, a seu favor, vigora uma presunção de aplicabilidade imediata, impondo aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário o dever de garantir-lhes a máxima eficácia possível, de forma a assegurar, aos seus titulares, a transformação pretendida pela Constituição Federal e o devido respeito e proteção pelo princípio fundamental da dignidade humana. Feitas tais considerações, passa-se a discorrer acerca dos direitos sociais no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro inaugurado em 1988.

Logo, os direitos fundamentais, conforme exposto, ganharam destaque com o ordenamento jurídico-constitucional inaugurado em 1988, constituindo, junto com a dignidade humana, um dos pilares sobre o qual o Estado Democrático de Direito brasileiro foi fundado. Dentre os direitos fundamentais consagrados pelo Título II, da Lei Maior, se encontram os chamados direitos sociais, classificados como de segunda dimensão/geração, que requerem do ente estatal uma postura proativa para a sua concretização, com o fim de minimizar as desigualdades fáticas entre seus titulares, em prol da efetivação da justiça social, por meio da disponibilização de determinados bens e serviços à população socialmente vulnerável, levando-se em consideração a função transformadora da Constituição que, a partir do advento da mudança de paradigma provocado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, torna-se o instrumento jurídico fundamental vinculante de todo o ordenamento jurídico estatal<sup>188</sup>.

Tradicionalmente, os direitos sociais são reconhecidos como direitos positivos, na medida em que requerem, para serem concretizados, uma atuação do Poder Público<sup>189</sup>.

---

188Segundo Miguel Carbonell, os direitos sociais devem ser entendidos “como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno”. Isso, segundo o autor, significa que, “el derecho a la vivienda genera obligaciones lo mismo para las administraciones públicas, que para los Congresos o parlamentos, o que el derecho a la salud debe ser también y en primer término resguardado por el legislador, de forma que en la ley se definan concretamente las obligaciones del Estado en la materia, así como las prerrogativas de los particulares frente a los órganos públicos para poder hacer efectivas dichas obligaciones. En idéntica situación se encuentran el resto de derechos sociales (social rights), los cuales despliegan posiciones subjetivas en favor de todas las personas, a la vez que generan obligaciones para los poderes públicos, en todos sus niveles”. CARBONELL, Miguel. Eficácia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios constitucionales*, Santiago: v. 6, n. 2, p. 43-71, 2008. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 12 de maio de 2020.

189Pérez Luño entende que, em sentido objetivo, os direitos sociais seriam o conjunto de normas por meio das quais o Estado busca equilibrar e moderar as desigualdades sociais, enquanto que em sentido subjetivo, poderiam ser entendidos como a faculdade dos indivíduos em usufruir dos benefícios da vida social. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho. *Derechos y Libertades*, n.14, v.II, jan.2006, pp. 151-178. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23422.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2020.



Contudo, segundo Cristina Queiroz, essa divisão entre direitos negativos, que requerem uma abstenção do Estado (direitos de defesa ou de liberdades ou direitos de primeira dimensão) e direitos positivos, que pressupõem uma atuação do ente estatal para serem concretizados (direitos sociais ou de segunda dimensão) “não resulta de uma diferente natureza entre os direitos, liberdades e garantias, de um lado, e os direitos fundamentais sociais, do outro”. Segundo a autora, “ambos os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais são direitos fundamentais –, quanto, sobretudo, de uma diferente estrutura e projecção dos mesmos na ordem jurídico-constitucional”<sup>190</sup>.

Assim, apesar dessa clássica distinção, é equivocado o entendimento de que os direitos de defesa não possam requerer, também, uma ação positiva do ente estatal, uma vez que tais direitos (como, por exemplo, a liberdade de expressão), “requerem, por parte da esfera pública, não apenas proibições de interferência dos poderes públicos, mas ainda obrigações de prover a numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia”<sup>191</sup>. Consoante Cristina Queiroz:

(...) os direitos fundamentais sociais correspondem essencialmente ao *status positivus*, isto é, reclamam por uma acção, um *facere*, por parte dos poderes públicos. Traduzem pretensões de cuidado e protecção com a ajuda da actividade público-estadual em ordem à realização dos respectivos interesses. Mas isso não quer dizer que da parte dos direitos negativos não possam existir pretensões positivas. Significa apenas, face ao legislador, que, no caso, o grau de vinculação desses direitos acaba por se traduzir num maior espaço de prognose e liberdade de conformação, numa palavra, na determinação de diferentes tipos de margens de acção<sup>192</sup>.

De modo geral, ao Estado incumbe não apenas não intervir na esfera de liberdade pessoal, como assegurado pelos direitos de defesa, mas, também, dispor “dos meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais”<sup>193</sup>. Dessa forma, os direitos fundamentais podem exigir uma ação do poder público para serem efetivados, com o fim de assegurar não somente a “liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da

190QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.7.

191QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.7.

192QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.32.

193SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 1, abr. 2001, p. 10-11. Disponível em: [https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588?\\_ga=2.59801637.906466716.1589665293-1528584698.1589665293](https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588?_ga=2.59801637.906466716.1589665293-1528584698.1589665293). Acesso em: 16 de maio de 2020.

premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos”<sup>194</sup>. Nessa senda, conforme Ingo Sarlet:

(...) enquanto os direitos de defesa (*status libertatis e status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática). Os direitos fundamentais a prestações, inobstante possam ser referidos alguns precedentes, ainda que isolados e tímidos, enquadram-se no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração (ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de Direito, na sua matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, consagrando-se apenas neste século, principalmente após a Segunda Guerra Mundial<sup>195</sup>.

Em relação ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, os direitos fundamentais sociais possuem um conceito amplo, incluindo tanto os direitos de caráter prestacional, como o direito à saúde, por exemplo, quanto os direitos de defesa<sup>196</sup>, que dizem respeito, por exemplo, a parte dos direitos dos trabalhadores, como a limitação da jornada de trabalho (art.7º, incs. XIII e XIV) e o direito de greve (art.9º) que constituem “concretizações do direito

194SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 1, abr. 2001, p. 10-11. Disponível em: [https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588?\\_ga=2.59801637.906466716.1589665293-1528584698.1589665293](https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588?_ga=2.59801637.906466716.1589665293-1528584698.1589665293). Acesso em: 16 de maio de 2020.

195SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 1, abr. 2001, p. 10-11. Disponível em: [https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588?\\_ga=2.59801637.906466716.1589665293-1528584698.1589665293](https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588?_ga=2.59801637.906466716.1589665293-1528584698.1589665293). Acesso em: 16 de maio de 2020.

196Os direitos sociais, segundo Ingo Sarlet, “abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão positiva (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas negativas, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares”. Para o autor, é preciso destacar que a Constituição Federal de 1988 traz, em seu rol de direitos sociais, direitos com caráter negativo ou defensivo como, por exemplo, o direito de greve e direito das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade), etc. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre – Belo Horizonte, 2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf). Acesso em 16 de maio de 2020.

de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”<sup>197</sup>.

Analisando-se os direitos sociais elencados no art.6º, da Constituição Federal, percebe-se que fora deferida a eles uma notoriedade até então não alcançada na história constitucional brasileira<sup>198</sup>, enquanto “exigências concretizadas, ou a concretizar, da dignidade da pessoa humana”<sup>199</sup>, valor supremo concebido pelas Constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, como “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”<sup>200</sup>. A efetivação dos direitos fundamentais sociais revelam-se, assim, como condição de possibilidade da própria dignidade humana<sup>201</sup>. Nesse sentido:

O art.6º da CF insere-se num contexto normativo-constitucional mais amplo: o Preâmbulo já evidencia o forte compromisso da Constituição e do Estado com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais positivados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. Tal princípio, para além de outros aspectos dignos de nota, atua como verdadeiros fio condutor relativamente aos diversos direitos individuais (direitos de liberdade) e direitos sociais (direitos de igualdade), na medida em que todos eles densificam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana, ainda que a ela não se reduzam. Além disso, a busca da justiça social -e, pois, o

197SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 180-181.

198Apesar da existência de algumas previsões legais acerca de direitos sociais, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que esses direitos alcançaram o status de normas constitucionais, sendo positivados como verdadeiros direitos fundamentais, ao serem inseridos em título próprio (título II, da Lei Maior). SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil Art.6º*. In: MENDES, Gilmar Ferreria; Sarlet, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. LEONCY, *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (formato digital).

199NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p.33.

200SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p.107.

201A Declaração Universal da ONU, de 1948, consagrou a dignidade humana como valor supremo, reconhecendo-a como fundamento da liberdade, da justiça e da paz logo em seu preâmbulo (“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”). Dispõe, ainda, sobre a essencialidade da efetivação dos direitos sociais e da indispensabilidade de sua concretização à dignidade da pessoa humana (arts. 22 a 28). Trata-se de relevante documento internacional, que visa garantir direitos fundamentais e sociais do homem, em prol da proteção da dignidade humana. ONU. Assembléia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (217 [III] A). Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2020. Apesar de o efetivo reconhecimento ter se dado com a Declaração da ONU de 1948 e, logo após, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a proteção aos direitos sociais já encontrava respaldo em alguns ordenamentos jurídicos, como na Constituição do México de 1917 e na Constituição da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar). Contudo, foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que a proteção dos direitos sociais ganhou maior amplitude, sendo reconhecida pela maioria das Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial. PISÓN, José Martinez de. Los derechos sociales: retórica y realidad. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Vol.41, n.170, p.51-78, 1997. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcps/article/view/49299/44352>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

compromisso com a realização dos direitos sociais – perpassa também os objetivos fundamentais da República, elencados pelo art.3º da CF, que estabelece como norte, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, ademais da redução das desigualdades sociais<sup>202</sup>.

Os direitos sociais, portanto, têm direta relação com a noção de dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República e que pode ser compreendida como o direito fundamental a uma existência digna, garantindo-se um mínimo essencial ao indivíduo para a realização da justiça social. Nesse contexto, cabe ao Estado o dever de prover a toda e qualquer pessoa as condições mínimas para o exercício de uma vida digna, atentando-se que, quando se fala em garantia de um patamar mínimo de condições para o exercício de uma vida digna não se está defendendo apenas a disponibilização de estrita garantia de sobrevivência física, mas sim, do mínimo existencial, condizente com a noção de dignidade humana.

O mínimo existencial corresponde àquele conjunto de situações materiais essenciais ao homem para uma existência digna sob pena de, ao se negar essas condições indispensáveis, ferir-se o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>203</sup>. Segundo Ricardo Lobo Torres, a noção de mínimo existencial implica no reconhecimento de um direito “às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”<sup>204</sup>. É importante ressaltar que o mínimo existencial não se refere somente a incômodos, transtornos ou frustrações e nem pode ser resumido ao mínimo necessário à sobrevivência. Tal ressalva se faz necessária em virtude da frequente confusão entre mínimo existencial e base elementar de sobrevivência. O mínimo existencial não se esgota com a satisfação das necessidades básicas do indivíduo, no sentido de garantia apenas das condições materiais mínimas, sem as quais restaria inviabilizada a sua própria sobrevivência física (mínimo vital); ele vai mais além, pois, o que se pretende assegurar com a

---

202SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil Art.6º. In: MENDES, Gilmar Ferreria; Sarlet, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. LEONCY, *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (formato digital).

203BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.247.

204Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial apresenta duas dimensões: uma negativa ou *status negativus*, que consiste na garantia do mínimo contra qualquer intervenção por parte do ente estatal; e a dimensão positiva, ou *status positivus*, que se consubstancia no direito a prestações positivas do Estado. Ressalta-se que, diversamente do ponto de vista apresentado nesse trabalho, Ricardo Lobo Torres defende o posicionamento de que os direitos sociais não seriam originariamente direitos fundamentais, somente alcançando esse status quando diretamente relacionado à garantia do mínimo existencial. Em que pese TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set.1989, p.29-49.

garantia do mínimo existencial é o exercício de uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável, com qualidade, em plena sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada da dignidade da pessoa humana<sup>205</sup>.

Portanto, a compreensão constitucionalmente adequada do mínimo existencial deve estar alinhada ao princípio da dignidade humana, de forma a abranger, além das prestações essenciais para a sobrevivência física/fática, as condições elementares ao exercício de uma vida digna<sup>206</sup>. A título de exemplo, podemos citar o direito ao lazer, direito fundamental social, previsto pela Constituição Federal no art.6º, cuja efetivação visa a satisfação do mínimo existencial e, por conseguinte, a consubstanciação da própria dignidade da pessoa humana, mas é dispensado para o simples existir/sobreviver.

É possível afirmar, a partir das considerações realizadas, a existência de uma direta relação dos direitos sociais com a concretização do direito ao mínimo existencial que, ainda que não expresso no texto constitucional, pode assumir o significado de uma cláusula aberta, sendo reconhecido como direito fundamental implícito<sup>207</sup>. A noção de mínimo existencial como direito fundamental deriva não somente da previsão de um amplo catálogo de direitos sociais positivados pela Constituição Federal, mas, também, da consagração do princípio da dignidade humana, pilar do Estado Constitucional brasileiro<sup>208</sup>. Dessa forma, o dever do ente estatal em assegurar as prestações essenciais à concretização do mínimo existencial implica no reconhecimento de um direito subjetivo ao titular do direito social que, diante da omissão ou

---

205Sarlet, Ingo Wolfgang; Figueiredo, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, v.1, n.1, out./dez. 2007, p. 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

206Sarlet, Ingo Wolfgang; Figueiredo, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, v.1, n.1, out./dez. 2007, p. 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

207A noção de direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional vai além de um conceito formal (direitos expressamente inseridos no catálogo de direitos e garantias fundamentais pelo legislador/constituente), abrangendo, também, um conceito material, que seriam aqueles direitos que, apesar de não positivados no rol de direitos e garantias fundamentais, devido à relevância de seu conteúdo, são reconhecidos como direitos fundamentais (ressaltando que o catálogo de direitos e garantias fundamentais expressos no Título II da Constituição Federal não tem cunho taxativo). Essa dimensão material acerca da noção de direitos fundamentais é bem retratada pelo art.5º, §2º, cláusula aberta dos direitos fundamentais, que possibilita o reconhecimento de direitos constantes em outras partes do texto constitucional, fora do rol estabelecido no Título II, ao mesmo tempo em que torna propícia a identificação de direitos fundamentais, no sentido material, não expressamente positivados pela Constituição, mas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior e pelos tratados internacionais. Tratam-se dos denominados direitos decorrentes e/ou direitos implícitos (direitos subtendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais). SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 85-90.

208SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p.1644-1706. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

ineficiência do Estado, pode requerer judicialmente a sua satisfação em conformidade com o princípio fundamental da dignidade humana. Nesse contexto, relevante a lição de Ingo Sarlet, para quem:

Muito embora amplamente reconhecida a relação entre o assim chamado mínimo existencial com os direitos fundamentais sociais, importa sublinhar que comungamos do ponto de vista de que os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade humana), conquanto as dimensões que densificam o mínimo essencial de grande parte dos direitos sociais, ainda mais se consideradas as peculiaridades e a extensão com que foram positivados pela Constituição de 1988. Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbito de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais<sup>209</sup>.

Entendimento diverso ao apresentado anteriormente, poderia implicar no esvaziamento do valor jurídico dos direitos sociais e, conseqüentemente, da sua condição de direito fundamental, violando a dignidade humana, princípio estruturante do Estado (Social) Democrático de Direito, expressamente reconhecido na Constituição Federal de 1988. Isso porque o direito ao mínimo existencial, que pode ser deduzido do princípio da dignidade humana e do direito à vida, está diretamente relacionada com a preservação do núcleo essencial dos direitos sociais, embora com eles não se confunda<sup>210</sup>.

Com efeito, a garantia do mínimo existencial “pode servir (e tem servido) de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive para a determinação de seu conteúdo exigível, fornecendo, portanto, critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais”<sup>211</sup>. Nessa senda, encontra-se o poder público vinculado ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, devendo garanti-los e

209SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 332.

210Há quem defenda que o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais. Contudo, embora ambos possam convergir em alguns pontos, eles não se confundem, considerando-se que nem todos os direitos sociais assegurados pelo texto constitucional guardam relação com o mínimo existencial. Vide, por exemplo, o 13º salário que, apesar de garantido pela ordem constitucional como direito social (art.7º, VIII), não pode entendido como direito essencial à dignidade humana. Necessário, ainda, reconhecer a existência de prestações relacionadas ao mínimo existencial não garantidas expressamente pelos direitos sociais, como, por exemplo, o uso de vestimenta adequada ao clima, em observância ao direito à saúde e, por conseguinte, do próprio direito a vida. O núcleo essencial dos direitos sociais, assim, está relacionado à identificação das necessidades materiais essenciais para o exercício de uma vida digna. SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p. 1644-1706. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

211SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 333.

efetivá-los em sua máxima acepção, em prol da realização da justiça social<sup>212</sup>. O mínimo existencial, assim, funciona como “uma cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo”<sup>213</sup>.

Os direitos fundamentais sociais demandam, portanto, uma proteção eficiente por parte do Estado que está vinculado, nos termos do §1º, art.5º, da Constituição Federal, a garantir-lhes à máxima eficácia possível, em razão da necessária proteção do indivíduo contra as carências humanas fundamentais, que abrangem as necessidades existenciais (de vida), sociais e/ou materiais (subsistência) e culturais<sup>214</sup>, assegurando-lhe o mínimo existencial ancorado na dignidade da pessoa humana, em prol da concretização da justiça social visada pela ordem jurídico-constitucional de 1988, fundada em direitos e valores fundamentais<sup>215</sup>.

É necessário ressaltar que a proteção dos direitos fundamentais constituem uma exigência do próprio Estado Democrático de Direito, corolário do Constitucionalismo Contemporâneo, que garante à Constituição, fundada em princípios e valores fundamentais, a necessária força normativa para promover a transformação da realidade social, a partir do resgate das promessas não cumpridas da modernidade. Como consequência, faz-se necessário um ordenamento jurídico em que resta assegurado um mínimo de segurança jurídica na proteção e promoção dos direitos e valores fundamentais, dentre eles, os direitos sociais, sendo vedado ao poder público a adoção de quaisquer medidas de caráter retrocessivo, o que tem sido denominado de proibição ou vedação do retrocesso<sup>216</sup>.

212Segundo Jorge Reis Novais, o mínimo existencial enquanto âmbito nuclear de proteção conferida aos direitos sociais se refere ao patamar mínimo de prestações necessárias à sobrevivência física e moral do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, moradia, cuidados relacionados à saúde, sem cuja prestação eficiente ameaçam a dignidade humana e o direito à vida. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p.394-395.

213SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.201.

214WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades. In: *Revista de Informação Legislativa*, a.31, n.122, mai./jul. 1994, p. 275-280. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176211/000487565.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

215Convém, nesse ponto, destacar a lição apresentada por Ingo Sarlet, para quem: (...) a noção de um mínimo existencial na seara dos direitos sociais revela a íntima correlação entre os conceitos de dignidade da pessoa humana e de justiça social, de tal sorte que, se por um lado, a dignidade serve de fundamento e justificação para as exigências essenciais em matéria de justiça social, por outro se percebe que apenas mediante uma ordem institucional guiada por princípios de justiça social o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana poderão alcançar realização prática. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 3207 (formato digital).

216Considerando-se a sua essencialidade para a promoção do Estado Social, bem como a sua íntima vinculação ao princípio fundamental da dignidade humana, os direitos sociais consagrados pelo ordenamento jurídico-constitucional não podem ser objeto de medidas que tenham como objetivo suprimir, ou mesmo restringir, o seu

Nesse sentido, impõe-se ao Estado a observância de um “patamar mínimo de segurança jurídica”<sup>217</sup> que abrange a manutenção de determinado nível de continuidade da ordem jurídico-constitucional, bem como a garantia de segurança dos titulares de direitos e garantias fundamentais sociais contra restrições ou supressões, que impliquem em violação ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando, assim, o chamado princípio da proibição de retrocesso. Segundo Ingo Sarlet:

(...) a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana. Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes<sup>218</sup>.

O princípio da vedação ao retrocesso, dessa forma, demanda um agir progressivo por parte do poder público, no qual as conquistas já alcançadas não são passíveis de medidas de caráter supressivo, o que permite que avanços sejam promovidos em matéria de direitos fundamentais, cuja proteção e concretização revelam-se essenciais à necessária transformação social a ser promovida pelo Estado Democrático de Direito, a partir do paradigma introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo<sup>219</sup>. Assim, é possível afirmar que, tanto quanto proteger as conquistas relativas a direitos fundamentais sociais, o princípio da vedação ao retrocesso tem como fim promover a progressiva implantação desses direitos, em consonância com a dignidade da pessoa humana, que impõe ao Estado o dever de garantir uma existência

---

âmbito de proteção. Estabelece-se, dessa forma, a noção de segurança jurídica como princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Nesse sentido, conforme Canotilho, o homem precisa de segurança para conduzir e conformar a sua vida de forma autônoma e responsável - “Por isso, desde cedo, se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p.257.

217SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 465.

218SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-Americano. *Revista TST*, Brasília, vol.75, nº 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007\\_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y). Acesso em 19 de maio de 2020.

219SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-Americano. *Revista TST*, Brasília, vol.75, nº 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007\\_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y). Acesso em 19 de maio de 2020.



digna, priorizando-se a qualidade de vida, tornando inviável que medidas aquém deste patamar mínimo sejam efetivadas<sup>220</sup>.

À luz do que até agora foi exposto, percebe-se que os direitos fundamentais sociais constituem valores substanciais do Estado Democrático (Social) de Direito que, ao mesmo tempo em que devem ser promovidos pelo poder público, também não podem ser objeto de ações supressivas, sob pena de se ocasionar o comprometimento da dignidade humana e, por conseguinte, da própria identidade da ordem constitucional vigente. Dentre os direitos fundamentais consagrados expressamente pela Constituição Federal de 1988, destaca-se a saúde, bem jurídico essencial do ser humano, cuja efetivação encontra-se vinculada à satisfação de outros bens e direitos fundamentais como, por exemplo, trabalho, alimentação, dentre outros, revelando-se como condição de possibilidade da própria dignidade humana. Isso posto, passa-se a análise da proteção conferida pelo ordenamento jurídico-constitucional de 1988 ao direito à saúde<sup>221</sup>.

## **2.2. A proteção jurídico-constitucional do direito à saúde**

A modernidade, consolidada a partir da transição do sistema feudal para o capitalismo, desencadeou relevantes mudanças na organização do Estado e da sociedade, implicando inúmeros avanços significativos, principalmente na constituição e no progressivo reconhecimento de direitos, dentre eles, os direitos sociais, que asseguram “a participação do indivíduo na riqueza coletiva”<sup>222</sup>: educação, trabalho, saúde, dentre outros. A concepção dos direitos sociais é desenvolvida a partir da idealização da justiça social, sendo reivindicados ao Estado, pelas classes menos favorecidas da sociedade, a partir do reconhecimento de valores e direitos aptos a assegurarem, a cada um, as condições materiais mínimas para a concretização

---

220SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 465.

221Embora objeto de capítulo próprio, ressalta-se que os direitos fundamentais sociais demandam a alocação de recursos materiais para serem implementados, possuindo uma dimensão econômica, encontrando-se submetidos sob uma reserva do possível, entendida como limites fáticos e jurídicos que ensejam uma série de decisões a respeito da destinação dos recursos públicos, inviabilizando a plena efetividade dos direitos fundamentais, tornando propícia a judicialização desses direitos. Trata-se de um argumento econômico, adotado pelo poder público, para se negar a efetividade aos direitos fundamentais sociais e que será analisado criticamente mais adiante. SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.203-204.

222PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2013, p.9.

do bem-estar que permita o exercício de uma vida digna<sup>223</sup>. Requer-se, assim, com a proteção dos direitos sociais, o direito de possuir direitos a serem concretizados pelo ente estatal.

O século XIX, cenário de materialização da vida moderna, foi um marco no estabelecimento da ordem do corpo social e na construção humana de desejar a necessidade e a certeza do mundo. A pretensão em ser moderno havia sido edificada à luz da autoilusão moderna que parece ter sido a fonte das belas e atrozes ações do homem no século XX. Em resposta a essas atrocidades, somou-se uma segunda geração de direitos, cujo reconhecimento foi conferido especialmente pela “Constituição Alemã de Weimar”, em 1919<sup>224</sup>.

Os direitos sociais, dessa forma, inserem-se na modernidade a partir da conscientização do homem, enquanto ser racional, da essencialidade do reconhecimento e promoção de novos valores fundamentais a serem concretizados pelo Estado, com o fim de garantir o bem-estar e a igualdade, não apenas formal, mas, principalmente, material, considerando-se as diferenças e as necessidades de cada pessoa ou grupo de pessoas presentes na sociedade<sup>225</sup>. Assim, com a inclusão no rol de direitos fundamentais nas Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, os direitos sociais ganharam relevância nos mais variados ordenamentos jurídicos constitucionais, implicando no dever do ente estatal na sua garantia com o fim de viabilizar às condições mínimas para viabilizar ao indivíduo uma vida digna.

Dentre os direitos sociais a serem prestados pelo Estado encontra-se o direito à saúde, direito fundamental atrelado ao estado de bem-estar físico, mental e social, cuja concretização torna-se essencial para o exercício de outros direitos e valores fundamentais ao homem, como a dignidade, por exemplo<sup>226</sup>. A noção de saúde, entretanto, revela-se de difícil concepção e, por isso, a concretização desse direito torna-se cada vez mais tormentoso, uma vez que depende de fatores outros que não apenas a garantia de ausência de doenças e afecções, estando

223BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.94.

224LIMA, Rita de Cássia Gabirelli Souza; SEVERO, Denise Osório; VERDI; Marta Inez Machado; DA ROS, Marco- Aurélio. A construção do direito à saúde na Itália e no Brasil na perspectiva da bioética cotidiana. *Saúde Soc.*, p. São Paulo, v.18, n.1, p.118-130, 2009.

225Segundo Bobbio, “só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas. E não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor, um grupo de indivíduos de outro grupo”. BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.34.

226A concepção de saúde apresentada está em consonância com o conceito de saúde presente na Constituição da OMS, segundo a qual “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova York, 1946. Disponível em: [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf?ua=1](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf?ua=1). Acesso em: 29 de junho de 2020.

relacionada a diversas variáveis, tais como sociais, culturais e ambientais. Dessa forma, enquanto na modernidade a saúde relacionava-se à mecanização, ao funcionamento do corpo, na contemporaneidade, temos uma ampliação do seu conceito, condizente com a complexidade do homem contemporâneo – o conceito de saúde é ampliado, abrangendo o bem-estar e demais fatores socioculturais determinantes para o exercício de uma vida com qualidade. Para se chegar ao conceito contemporâneo de saúde, faz-se necessário antes trazer a noção desenvolvida a partir da modernidade<sup>227</sup>.

Considerando-se o projeto estatal moderno e a racionalidade própria desse período, a saúde era entendida, em um primeiro momento, como a ausência de enfermidades, ou seja, a saúde estava atrelada à constatação de doenças físicas – um corpo saudável é aquele que não está acometido por qualquer moléstia. A construção do conceito de saúde pelo homem moderno se dá a partir de uma racionalidade idealizada pelo sujeito, que impõe o sentido das coisas de acordo com a sua vontade, com aquilo que entende como verdadeiro. Segundo Dallari, “o século XIX enfatizou o caráter mecanicista da doença. Sob o domínio da máquina, a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado”<sup>228</sup>. Vide a construção realizada por René Descartes, que compara o funcionamento do corpo humano ao de uma máquina, o que permite gerar conhecimentos aptos para conservarem a saúde que, segundo o filósofo, “é, sem dúvida, o primeiro bem e o fundamento de todos os outros bens desta vida”<sup>229</sup>. De acordo com o filósofo, o corpo é diverso da alma, que garante a existência espiritual do homem, constitui o seu ser, a sua parte pensante. O corpo, por sua vez, funciona como uma máquina, sendo a substância extensa em comprimento, largura e altura, estando presente no mundo, sendo parte

---

227Para o homem moderno, a saúde estava relacionada ao “funcionar bem” (visão mecanicista do corpo), enquanto para o homem pós-moderno, a noção de saúde é ampliada envolvendo, além do bom funcionamento corporal, o “sentir-se bem”, levando-se em consideração o conforto, boa vida, bem-estar, dentre outros fatores.

228DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, Fev. 1988. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso). Acesso em 30 Jun. 2020.

229Entendendo o corpo como uma máquina, para Descartes o desenvolvimento da medicina tornaria possível livrar-se de inúmeras doenças do corpo e da alma: “mesmo o espírito depende tanto do temperamento e da disposição dos órgãos do corpo que, se é possível encontrar algum meio que torne comumente os homens mais avisados e mais hábeis do que foram até aqui, creio que é na Medicina que se deve procurá-lo. É verdade que aquela que está agora em uso contém poucas coisas cuja utilidade seja tão notável; mas, sem que alimente nenhum intuito de desprezá-la, estou certo de que não há ninguém, mesmo entre os que a professam, que não confesse que tudo quanto nela se sabe é quase nada, em comparação com o que resta saber, e que poderíamos livrar-nos de uma infinidade de moléstias, quer do espírito, quer do corpo, e talvez mesmo do enfraquecimento da velhice, se tivéssemos bastante conhecimento de suas causas e de todos os remédios de que a natureza nos dotou”. DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2005, p.38.

integrante do homem. Assim, segundo Descartes, o corpo, a partir de uma visão mecanicista, é explicado da seguinte forma:

(...) se considero o corpo do homem como uma máquina, de tal modo construída e composta de ossos, nervos, músculos, veias, sangue e pele que, mesmo que não houvesse nele nenhum espírito, não deixaria de se mover de todas as mesmas maneiras que faz presentemente, quando não se move pela direção de sua vontade, nem, por conseguinte, pela ajuda do espírito, mas somente pela disposição de seus órgãos, reconheço facilmente que seria tão natural a este corpo, sendo, por exemplo, hidrópico, sofrer a secura da garganta que costuma significar ao espírito o sentimento da sede, e dispor-se por esta secura a mover seus nervos e suas outras partes da forma requerida para beber e assim aumentar seu mal e prejudicar-se a si mesmo, quanto lhe é natural, quando não tem nenhuma indisposição, ser levado a beber para sua utilidade por semelhante secura da garganta. E, ainda que, no concernente ao uso ao qual o relógio foi destinado por seu artífice, eu possa dizer que ele se desvia de sua natureza quando não marca bem as horas; e que, do mesmo modo, considerando a máquina do corpo humano como formada por Deus para ter em si todos os movimentos que costumeiramente estão aí, eu tenha motivo de pensar que ela não segue a ordem de sua natureza quando a garganta está seca e que beber prejudica-lhe a conservação; reconheço, todavia, que este último modo de explicar a natureza é muito diferente do outro. Pois esta não é outra coisa senão uma simples denominação, a qual depende inteiramente do meu pensamento, que compara um homem doente e um relógio mal feito com a ideia que tenho de um homem sã e de um relógio bem feito, e a qual não significa nada que se encontre na coisa da qual ela é dita; ao passo que, pela outra maneira de explicar a natureza, entendo algo que se encontra verdadeiramente nas coisas e, portanto, não deixa de ter alguma verdade<sup>230</sup>.

O avanço e as descobertas no âmbito da medicina garantiram à saúde a reconhecida proteção universal e a necessária evolução do seu conceito, a fim de se adequar às novas exigências e aspirações de uma sociedade que ressurgia após a Segunda Guerra Mundial. A noção negativa de saúde – a mera ausência de doenças, se mostrou ineficiente diante da essencialidade desse bem, cuja proteção ganhava contornos global, tornando-se necessário um conceito universalmente aceito, que foi desenvolvido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1948. De acordo com o preâmbulo da Constituição da OMS, “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>231</sup>. A OMS traz a saúde como um direito fundamental do homem, a ser protegido e promovido pelo Estado, encontrando-se garantida, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no art. XXV<sup>232</sup>. O conceito de saúde, assim, vai

230DESCARTES, René. *Mediações Metafísicas*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p.60.

231 A Constituição da OMS foi elaborada pela Conferência Sanitária Internacional, celebrada em Nova York em 1946, entrando em vigor no dia 07 de julho de 1948. OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova York, 1946. Disponível em: [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf?ua=1](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1). Acesso em: 29 de jun. de 2020.

232Dispõe o art. XXV, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) que: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de

além da ausência de enfermidades, abrangendo outros elementos como o bem-estar físico, mental e emocional, considerando-se questões ambientais e sociais, dentro de uma nova realidade política, econômica e social que se estabelecia.

Segundo Scliar, a noção de saúde elaborada pela OMS refletia “uma aspiração nascida dos movimentos sociais do pós-guerra: o fim do colonialismo, a ascensão do socialismo. Saúde deveria expressar o direito a uma vida plena, sem privações”<sup>233</sup>. Embora de reconhecida relevância para a população mundial, por implicar no reconhecimento do direito à saúde e na obrigação estatal em promovê-la, o conceito amplo estabelecido pela OMS recebeu diversas críticas, como as de natureza técnica, por exemplo, uma vez que saúde seria a expressão do direito a uma vida plena, o que faticamente seria inatingível, pois as necessidades divergem entre os indivíduos, sendo difícil ao Estado satisfazer as pretensões individualmente consideradas. A saúde, segundo apresentado pela OMS, seria um ideal, uma utopia, já que requer, para ser concretizada, uma condição perfeita de plenitude da vida humana, cuja realidade não consegue comportar. Ademais, críticas de natureza política também podem ser apontadas, conforme elucidado por Scliar, para quem esse conceito permitiria ao Estado uma maior intervenção na vida dos seus cidadãos, a fim de se estimular essa noção idealizada de saúde<sup>234</sup>.

Em 1978, a saúde é reafirmada como um direito fundamental, cuja concretização consiste em uma meta social mundial, requerendo a atuação de vários setores sociais e econômicos, além do próprio setor da saúde<sup>235</sup>. Trata-se da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada pela OMS e realizada em Alma-Ata, no Cazaquistão, que resultou na Declaração de Alma-Ata com a proposta de Saúde para Todos no ano 2000. Esse documento enfatizou ser inaceitável as desigualdades existentes em matéria de saúde entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, bem como dentro dos próprios países, destacando a essencialidade da promoção e proteção da saúde, de responsabilidade do

---

desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” Assembleia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (217 [III] A). Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2020.

233SCLiar, Moacyr. História do conceito da saúde. *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1), p.29-41, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2020.

234SCLiar, Moacyr. História do conceito da saúde. *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1), p.29-41, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2020.

235OMS. *Declaração de Alma Ata sobre Cuidados Primários*. União Soviética, 1978. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 30 de jun. de 2020.

poder público, para o desenvolvimento econômico e social, bem como para melhorar a qualidade de vida da sociedade, efetivando a justiça social<sup>236</sup>.

Com a Conferência de Alma-Ata houve a preocupação com o desenvolvimento e a viabilidade com os cuidados primários de saúde, a ser disponibilizados universalmente aos indivíduos e famílias da sociedade, a um custo faticamente aceitável à comunidade e à situação econômica do país, adaptando-se à realidade econômica, política e sociocultural da região, visando a prevenção, proteção, cura e reabilitação dos principais problemas de saúde apresentados em uma determinada localidade ou país<sup>237</sup>. Os cuidados primários de saúde, de acordo com a Declaração de Alma-Ata, devem integrar o sistema interno de saúde, como ser parte integrante do processo global de desenvolvimento social e econômico das comunidades<sup>238</sup> e, como estratégia de organização dos sistemas de saúde, constitui-se em um documento relevante para o combate dos problemas do setor de maneira equitativa, visando a realização da justiça social, firmando a obrigação dos entes estatais no desenvolvimento de ações afirmativas em matéria de saúde pública.

A Conferência de Alma-Ata traz a promoção da saúde como elemento essencial para o desenvolvimento humano, enfatizando “os fatores necessários para assegurar a qualidade de vida e o direito ao bem-estar social”<sup>239</sup>. Baseada na Declaração de Alma-Ata para os Cuidados Primários em Saúde, em 1986 a OMS realizou a Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, em Ottawa, Canadá. Promoção da Saúde consiste no processo de qualificação das pessoas de uma comunidade para atuar no controle e melhoria da qualidade de vida e de saúde. Para se atingir o completo estado de bem-estar mental, físico e social, tal como disposto pela OMS em seu conceito de saúde, a comunidade precisa estar apta a identificar as necessidades locais a fim de modificá-las satisfatoriamente, transformando o meio ambiente na qual inserida. Nesse sentido, a saúde ganha uma conotação positiva, uma

---

236OMS. *Declaração de Alma Ata sobre Cuidados Primários*. União Soviética, 1978. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 30 de jun. de 2020.

237SCLIAR, Moacyr. História do conceito da saúde. *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1), p.29-41, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2020.

238O art. VI a IX da Declaração de Alma-Ata traz as diretrizes para a organização e cuidados primários de saúde. OMS. *Declaração de Alma Ata sobre Cuidados Primários*. União Soviética, 1978. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 30 de jun. de 2020.

239Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *As Cartas da Promoção da Saúde / Ministério da Saúde*, Secretaria de Políticas de Saúde, Projeto Promoção da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p.11.

vez que se enfatiza os recursos pessoais e sociais, além das capacidades físicas, transformando-se em um “recurso para a vida” habitual e não o “objetivo de viver”<sup>240</sup>.

Na Carta de Ottawa, estabeleceu-se alguns pré-requisitos essenciais para a concretização da saúde, tais como moradia, alimentação, renda, justiça social, equidade, dentre outras. A efetivação da saúde passa a depender de uma série de fatores políticos, sociais, ambientais e econômicos que vão além da questão física, sintomática, da ausência de doença, sendo diferente entre as regiões e entre os próprios destinatários das políticas promocionais no campo da saúde. Assim, a saúde deixa de ser uma idealização, uma utopia e passa a ser uma possibilidade real, um direito a ser construído e reconstruído segundo a realidade fática, social do indivíduo e da comunidade na qual inserido, buscando-se alcançar a equidade e a justiça social a partir da sua promoção, que tem como objetivo “reduzir as diferenças no estado de saúde da população e assegurar oportunidades e recursos iguais para capacitar todas as pessoas a realizar completamente seu potencial de saúde”<sup>241</sup>.

Em 1988 é realizada a Segunda Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, que reafirmou as diretrizes previstas na Carta de Ottawa, destacando a essencialidade das políticas públicas, nos níveis nacional, regional e local, para o desenvolvimento de um ambiente benéfico que garanta aos indivíduos o exercício de uma vida saudável. Atestou-se, ainda, que a saúde, enquanto direito humano fundamental, deve ser garantida pelo Estado, que tem o dever de promover políticas públicas nesse campo, de forma a “melhorar o nível de saúde dos seus cidadãos”<sup>242</sup>. Ademais, esclarece que as deficiências na prestação da saúde repousa nas desigualdades sociais:

Para superar as desigualdades existentes entre as pessoas em desvantagem social e educacional e as mais abastadas, requer-se políticas que busquem incrementar o acesso daquelas pessoas a bens e serviços promotores de saúde e criar ambientes favoráveis, estabelecendo-se alta prioridade aos grupos mais desprivilegiados e vulneráveis, reconhecendo como peculiar a cultura de povos indígenas, minorias étnicas e 63 imigrantes. A igualdade no acesso aos serviços de saúde, particularmente quanto aos cuidados primários, é um aspecto vital da equidade em saúde<sup>243</sup>.

240OMS. *Carta de Ottawa*. Ottawa, 1986. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta\\_ottawa.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf). Acesso em: 01 de jul. de 2020.

241OMS. *Carta de Ottawa*. Ottawa, 1986. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta\\_ottawa.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf). Acesso em: 01 de jul. de 2020.

242BRASIL, Ministério da Saúde. *As Cartas da Promoção da Saúde*. Brasília, 2002, p.35. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas\\_promocao.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf). Acesso em: 01 de jul. de 2020.

243Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *As Cartas da Promoção da Saúde / Ministério da Saúde*, Secretaria de Políticas de Saúde, Projeto Promoção da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p.35.

Foi nesse contexto de releitura do conceito de saúde apresentado pela OMS em 1948, no qual a saúde, antes idealizada, desenvolvida em um cenário utópico e, portanto, inatingível, passa a ser analisada faticamente, considerando-se a realidade social e subjetiva em que se encontra inserido o indivíduo, que o direito à saúde é consagrado pela Constituição Federal de 1988. A saúde é prevista pela Lei Maior como um direito fundamental social, de caráter prestacional, competindo ao ente estatal, mediante políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário aos procedimentos para sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do art.196. Antes, porém, de adentrar na análise contemporânea do direito à saúde a partir do ordenamento jurídico-constitucional inaugurado em 1988, considera-se essencial um breve histórico acerca da proteção conferida a esse direito pelas Constituições precedentes.

A Constituição de 1824, a primeira Constituição Brasileira, nada dispõe acerca do direito à saúde, vez que o objetivo primordial nesse período era afirmar o poder estatal nas mãos do Imperador. No documento constitucional, estavam consagrados alguns direitos do homem, como liberdade, igualdade, segurança individual e propriedade. A saúde é mencionada apenas como garantia para o exercício da atividade laboral, mas não como direito propriamente dito<sup>244</sup>. A Constituição de 1891, por sua vez, trouxe direitos e garantias destinados a assegurar os direitos de primeira geração, tais como liberdade, segurança e propriedade prevendo, ainda, o *habeas corpus*, mas também nada dispôs acerca do direito à saúde<sup>245</sup>.

No final do século XIX, o surto de febre amarela que assolou o Brasil, bem como o surto de peste bubônica vivenciado em Santos, no Estado de São Paulo, no início do século XX, além das endemias rurais, como a malária e doença de Chagas, por exemplo, deixaram evidente a necessidade do desenvolvimento de políticas de saúde pública para combater os riscos representados pelas epidemias. Em 1918, foi criada a Liga Pró-Saneamento do Brasil, que tinha como objetivos livrar o Brasil dos infortúnios provocados pelas doenças, além da criação de um Ministério da Saúde, o que não foi aprovado pelo Congresso Nacional. Dois anos depois, visando unificar as ações sanitárias e os serviços de saúde no âmbito federal, foi criado o Departamento Nacional de Saúde Pública, que culminou na criação de postos de

---

244Dispunha o art.179, XXIV que: “XXIV. Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, á segurança, e **saúde** dos Cidadãos” (grifo nosso). BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 01 de jul. de 2020.

245BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em 01 de jul. de 2020.



profilaxia rural em diversos Estados, com o fim de garantir melhores condições de vida à população<sup>246</sup>.

Sob a égide da Constituição de 1891, é promulgada a Lei 4.682/23, conhecida como Lei Eloy Chaves, que instituiu as CAPs – Caixas de Aposentadoria e Pensão, destinadas tão somente aos trabalhadores ferroviários. Posteriormente, com as Leis 5.109/26 e 5.485/28, a proteção foi estendida aos marítimos, portuários, telegráficos e radiotelegráficos. As CAPs, cuja administração competia aos empregadores, ofereciam aos seus segurados, dentre as prestações de natureza previdenciárias, assistência médica e fornecimento de medicamentos. Entretanto, a primeira Constituição a mencionar a saúde, ainda que de maneira superficial, foi a de 1934, promulgada sob a era Vargas, e que estabeleceu a competência concorrente da União e Estados para cuidar de questões relacionadas à saúde, adotando medidas legislativas tendentes a restringir a mortalidade e morbidade infantis, bem como a implementação de medidas de higiene social para impedir a propagação de doenças. Ademais, caberia aos entes federativos cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais<sup>247</sup>. Estabeleceu, ainda, a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante<sup>248</sup>. A Constituição de 1934 foi inspirada na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição republicana espanhola de 1931, pretendendo a implantação de um sistema jurídico de direitos sociais, econômicos e culturais<sup>249</sup>.

Já em 1937, a Constituição outorgada por Getúlio Vargas, de caráter autoritário, estabeleceu a competência da União para legislar, privativamente, sobre normas fundamentais relacionadas à defesa e proteção da saúde, principalmente sobre as relacionadas à saúde infantil. Previu, ainda, a competência dos Estados para legislar sobre assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais, suprindo as deficiências de lei federal sobre a matéria ou para atender a certas peculiaridades locais, independente de autorização<sup>250</sup>. Com a reforma, em 1941, do Ministério de Educação e Saúde (criado no ano de 1931), tem-se a “verticalização, centralização e ampliação da base territorial de efetiva ação do governo federal”<sup>251</sup>, com a criação do Serviço Especializado de Saúde Pública. Nesse período, há uma expansão dos postos de saúde, consolidando-se a estrutura

246LIMA, Nísia Trindade. O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde: uma História em três dimensões. In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.39-44.

247Art.10, II; art. 121, §1º, h; art.138, f, g. BRASIL. Constituição da República de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

248MENEZES, Vitor Hugo de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p.116.

249STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.139.

250Art. 16, XXVII; art. 18, c. Brasil. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

verticalizada dos serviços de combate às doenças no território nacional. Instituiu-se, também, o atendimento básico domiciliar, a partir da prestação de serviços preventivos e curativos de saúde<sup>252</sup>. Além disso, foi nessa época que se garantiu a “prioridade ao registro estatístico das campanhas de saúde pública, contribuindo para a implantação de um sistema de informações sobre as doenças transmissíveis e a captura de vetores”<sup>253</sup>, o que transformou o Brasil em um referencial no que tange às campanhas de saúde pública.

A Constituição de 1946, por sua vez, embora não houvesse nenhuma disposição direta acerca da proteção ao direito à saúde, ainda manteve a competência da União para legislar sobre normas gerais acerca da sua defesa e proteção, na mesma linha da Constituição anterior<sup>254</sup>. No ano de 1949, criou-se o Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência, atendimento comum no setor privado, mas inédito na seara pública, embora limitado aos casos de urgência<sup>255</sup>. Após o golpe militar em 1964, outorgou-se a Carta Constitucional de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, também não previram diretamente o direito à saúde, tratando tão somente da competência da União para estabelecer e executar planos nacionais de saúde e para legislar sobre a sua defesa e proteção<sup>256</sup>. Em 1968, o Ministério da Saúde (instituído em 1960) elaborou o denominado Plano Nacional de Saúde (PNS) que visava garantir a universalização do acesso e a integração da assistência médica do Ministério da Saúde, não sendo, porém, aprovado. Em seu lugar, tentou-se implementar o Sistema Nacional de Saúde, baseado em alguns princípios básicos, tais como a “universalização da assistência, a regionalização dos serviços e a integração entre serviços preventivos e de assistência individual”, o que também fracassou<sup>257</sup>.

No ano de 1974, foi elaborado o Plano de Pronta-Ação, que consistia em um conjunto de ações com o propósito de universalização da cobertura em saúde para os não-segurados. O atendimento de emergência seria garantido a qualquer paciente, sendo as despesas custeadas

251LIMA, Nísia Trindade. O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde: uma História em três dimensões. In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.45.

252MERCADANTE, Otávio Azevedo. Evolução das políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.239.

253LIMA, Nísia Trindade. O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde: uma História em três dimensões. In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.46.

254Art. 5º, XV, b. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

255MERCADANTE, Otávio Azevedo. Evolução das políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.237.

256Art.8º, XIV e XVII, c, EC 1969. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

257MERCADANTE, Otávio Azevedo. Evolução das políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.241.

com os recursos da previdência social<sup>258</sup>. Logo após, foi instituído o Sistema Nacional de Saúde pela Lei 6.229/75, que teve como principal objetivo centralizar os serviços públicos de saúde. Para tanto, o Sistema Nacional de Saúde foi organizado em dois campos: Ministério da Saúde, de caráter eminentemente normativo, cuja atuação estaria voltada para o coletivo, e o Ministério da Previdência e Assistência Social, destinado ao atendimento médico individualizado. Com o processo de redemocratização do país, a crise econômica que o país atravessava provocou um aumento nas necessidades de saúde, consolidando um movimento pela Reforma Sanitária. Segundo Mercadante:

A crise econômica teve duplo efeito. Por um lado, agravou a distribuição da renda e a qualidade de vida da população, o que aumentou as necessidades de atenção à saúde; por outro, diminuiu as receitas fiscais e as contribuições sociais, com impacto sobre o volume de recursos destinados à saúde. Nesse cenário, consolidou-se no país o movimento pela Reforma Sanitária, cujas principais bandeiras eram: 1) a melhoria das condições de saúde da população; 2) o reconhecimento da saúde como direito social universal; 3) a responsabilidade estatal na provisão das condições de acesso a esse direito; 4) a reorientação do modelo de atenção, sob a égide dos princípios da integralidade da atenção e da equidade; 5) a reorganização do sistema com a descentralização da responsabilidade pela provisão de ações e serviços<sup>259</sup>.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde foi reconhecida, pela primeira vez na história constitucional do Brasil, como um direito fundamental social, cuja proteção, promoção e recuperação configuram-se em um dever do Estado, mediante a instituição de políticas públicas que garantam o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, nos termos do art. 196, dada a sua direta relação com o direito à vida, com o direito à integridade física e com a dignidade humana, direitos e valor inerentes a qualquer pessoa humana indistintamente. Em consonância com a nova realidade instituída a partir da segunda metade do século XX, na qual os direitos e valores fundamentais passaram a ser objeto de proteção constitucional, possuindo força normativa vinculante, a Lei Maior contempla a saúde como um direito fundamental social pertencente a todos, garantindo-se o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos promotores desse direito sem, contudo, delimitar, definir de forma explícita se está incluído todo e qualquer serviço relacionado à promoção, proteção e recuperação da saúde ou se encontra-se restrito tão somente às prestações vitais<sup>260</sup>.

Para Ingo Sarlet:

---

258COSTA, Nilson do Rosário. Inovação Política, Distributivismo e Crise: A Política de Saúde nos Anos 80 e 90. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, 1996. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581996000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581996000300007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 de jul. de 2020.

259MERCADANTE, Otávio Azevedo. Evolução das políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.246.

A saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas ‘cláusulas pétreas’) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades e os particulares (...). Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários. Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás, fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física<sup>261</sup>.

Nesse sentido, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, no qual supera-se a ideia própria das Constituições modernas de apenas regular, aplicar o direito, independente de qualquer correspondência do ordenamento jurídico com a realidade, a norma constitucional contemporânea assume o papel transformador, devendo ser concretizada em consonância com a realidade social na qual inserida. Dessa forma, com a alteração do paradigma da compreensão ocasionado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, a saúde, desde a Constituição Federal de 1988, deve ser interpretada em sua máxima acepção, como condição de possibilidade para a efetivação de outros direitos e garantias fundamentais, projetando-se como dever a ser cumprido pelo Estado para tornar possível o exercício de uma vida com qualidade, em consonância com a universalidade e igualdade, princípios informadores do

260De acordo com Moacyr Scliar, a Constituição Federal de 1988 “evita discutir o conceito de saúde, mas diz 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 a promoção, proteção e recuperação’. Este é o princípio que norteia o SUS, Sistema Único de Saúde. E é o princípio que está colaborando para desenvolver a dignidade aos brasileiros, como cidadãos e como seres humanos.” SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1), p.29-41, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2020.

261SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Direito e Democracia*, Canoas, v.3, n.1, jan./jun. 2002, p.333-104. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433/1659>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

direito em questão, e com a justiça social, condizente com o papel transformador da realidade social das Constituições do pós-Segunda Guerra Mundial<sup>262</sup>. Segundo Bolzan de Moraes, a saúde:

Normativamente poderia ser pensada como diversa de uma imposição legal de criação de uma determinada instituição destinada à prestação de alguns serviços, não deixando de ser com isso um direito subjetivo, mas como a concretização de um princípio a ser referendado pela atuação jurídico-política do Estado nas dimensões ampliadas que aqui expressamos. Ou seja: não basta sequer que o Estado patrocine serviços curativos ou previna a doença por meio de uma atuação vinculada à salubridade pública. Esta postura requer que o conjunto das relações sociais se dê com vistas ao reordenamento da qualidade do cotidiano das pessoas, a sua adequação ao objetivo de promover - dar impulso, trabalhar a favor, favorecer o progresso, fazer avançar, fomentar - a vida. Por outro lado, deve-se notar que a relação fundamental se transforma pois, de ora em diante, quando se fala em saúde não se tem em mente a sua relação com a doença e, conseqüentemente, com a morte. Tem-se, isto sim, uma posição auto-reflexiva da saúde relacionada com ela mesma e, assim, à vida e, além disso, não uma vida caracterizada como sobrevivência, mas uma vida qualificada pelo acesso aos benefícios da cidade. Esta perspectiva parece estar apontada pela normatividade constitucional brasileira, quando no artigo 196 da Constituição Federal/88 indica a saúde, já inserida no âmbito dos direitos sociais - art. 6º "caput" - como um direito de todos e dever do Estado, objetivando, além da doença, o seu próprio revigoramento através da promoção e proteção, em especial, o que só se alcança através de uma garantia em sentido macro do cotidiano dos indivíduos.<sup>263</sup>

Tendo em vista que a complexidade da delimitação do conceito de saúde requer uma releitura condizente com a realidade política, econômica, histórica e sociocultural e com o papel transformador da Constituição, a saúde, portanto, deve ser pensada a partir de uma pluralidade de dimensões, no qual se garanta aos seus destinatários o direito ao acesso universal, de forma a satisfazer as suas necessidades vitais, corpóreas, que variam entre os

262Ronald Dworkin, discutindo as limitações materiais à efetivação do direito à saúde, traz três premissas ou fundamentos denominados “modelo do isolamento” (*insulation model of health care distribution*) aceitos, de modo geral, pela população: a vida e a saúde são os bens de maior importância que o indivíduo possui; mesmo em uma sociedade em que a igualdade não é tida como um objetivo político geral, a assistência médica deve ser garantida de maneira igual, de forma que não seja negado a ninguém o cuidado necessário pelo fato de não conseguir arcar com os custos; e, por fim, é inaceitável quando uma pessoa vem a óbito por não ter recebido os cuidados médicos essenciais, quando se poderia ter postergado a morte (“regra do resgate”). Tais premissas, para Dworkin, leva ao equívoco de que os problemas quanto à saúde se resumem ao fato de não estarmos dispostos a efetivar o ideal de justiça em saúde. Contudo, o filósofo norte-americano questiona o que seria um sistema de saúde justo, considerando-se o mundo concreto, a realidade na qual estamos inseridos, trazendo outras questões relevantes para a análise da efetivação do direito à saúde, como educação, assistência social, a subjetividade das necessidades em saúde, as prioridades sanitárias, dentre outras. DWORKIN, Ronald. Justice in the distribution of health care. *McGill Law Journal*, v. 38, n. 4, p. 883-898, 1993. Disponível em: <https://commentary.canlii.org/w/canlii/1993CanLIIDocs58#!fragment/zoupio-Toc3Page5/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zgGYAFMAc0ICsASgA0ybKUIQAIokK4AntADkykREJhcCWfKWrlm7SADKeUgCEIAJQCAGVsA1AIIA5AMK2RpMACNoUnYhISA>. Acesso em: 02 de jul. de 2020.

263MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. 1995, 369f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1995, p. 297.

contextos existenciais, levando-se em consideração a disponibilidade de bens, serviços e políticas públicas essenciais para a sua promoção e preservação. Sem o acesso às condições sociais mínimas e a implementação de políticas e ações públicas adequadas ao desenvolvimento do bem-estar físico e emocional, a saúde não passa de uma mera pretensão e não uma realidade. O direito à saúde, assim, deve ser garantido a todos, considerando-se a realidade social na qual se encontra inserido o sujeito, observando-se as diferentes necessidades individuais e coletivas, sem distinção, portanto, de gênero, idade, raça, situação econômica, dentre outras. Segundo Sueli Dallari:

A saúde depende, então, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico, tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados. Ninguém pode, portanto, ser individualmente responsável por sua saúde. Com efeito, o aparecimento de doenças pode estar ligado mais diretamente a características e fatores individuais, embora não deixe de apresentar traços que o liguem à organização social ou política. A maior força dos fatores e características ambientais, econômicas e sociopolíticas fica evidente nas doenças transmissíveis, onde existe uma ameaça à saúde de toda a população e as pessoas individualmente pouco podem fazer para se protegerem, pois ainda que suas condições físicas e psicológicas possam tornar mais fácil ou dificultar seu adoecimento é fácil perceber a predominância da organização social, nacional e global, produzindo doenças. Na realidade, existe um continuum na noção de saúde, que tem em um de seus pólos as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sociopolítica e econômica dos Estados<sup>264</sup>.

Ao direito fundamental social à saúde, portanto, deve ser garantida a maior eficácia possível, conforme trabalhado em tópico precedente, não se encontrando, pois, na esfera de disponibilidade do poder público, ao qual incumbe definir a sua dimensão ou extensão, seja por meio da promulgação de normas, seja pela execução de políticas públicas ou por meio da via judicial, extraindo-lhes todos os efeitos jurídicos que lhe são próprios, dada a força normativa da Constituição e, por conseguinte, das próprias normas instituidoras de direitos fundamentais<sup>265</sup>. Nessa senda, considerando-se a não delimitação do objeto do direito à saúde pela norma constitucional e com o objetivo de consolidar o processo de evolução de um sistema único de saúde, descentralizado, com atendimento integral e participação da comunidade<sup>266</sup>, financiado com os recursos do orçamento da seguridade social, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e outras fontes (art.198, CF/1988), foi promulgada a

264DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 3, nov.2008/fev.2009, p. 9-34. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 18 de jul. 2020.

265SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Direito e Democracia*, Canoas, v.3, n.1, jan./jun. 2002, p.333-104. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433/1659>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

Lei 8.080/1990 que, em consonância com as diretrizes em saúde estabelecidas pela OMS e considerando-se a possibilidade fática de sua concretização, baseia-se nos princípios constitucionais da universalidade, equidade e integralidade, visando à instituição de um modelo que privilegia a vigilância à saúde, a partir da sua proteção, promoção e recuperação, nos moldes consagrados pela Constituição Federal (arts. 196 a 200)<sup>267</sup>.

A Lei 8.080/90 tem como fim regular, em todo o território brasileiro, as ações e serviços de saúde, prestados de forma isolada ou conjunta, em caráter permanente ou eventual, pelas pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, e estabelece que o SUS, instituído em conformidade com a norma constitucional, é constituído pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais”, sustentadas pelo Poder Público, sendo a saúde, nos termos do art.2º da Lei 8.080/90, um direito fundamental do homem, cabendo ao Estado garantir os meios indispensáveis ao seu pleno exercício e, conforme a concepção ampla do conceito de saúde estabelecido pela OMS, tem como fatores determinantes a alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, renda, trabalho, dentre outros (art.3º). Percebe-se, dessa forma, que o dever de promover a saúde está positivado na ordem jurídica brasileira. Entretanto, a questão enfrentada acima reside no conceito aberto de saúde, que se apresenta como um desafio dentro desse processo expansionista ao qual está submetido. Isso porque a saúde deve ser inserida em um contexto mais amplo, dada a sua multidimensionalidade resultante das questões ligadas ao bem-estar social, à redução das desigualdades, à construção da pessoa a partir de sua dignidade a ser promovida pelo Estado.

A delimitação da noção de saúde ou a determinação do estado de saúde de uma pessoa, assim, deve ser interpretada a partir de uma relação intersubjetiva, observando o mundo concreto e, portanto, levando em consideração a acentuada desigualdade social, própria de países de modernidade tardia (como o Brasil), em que questões sanitárias, de saneamento básico, subnutrição, doenças endêmicas<sup>268</sup>, dentre outras se fazem presentes, afetando mais

---

266A participação da comunidade da gestão do SUS e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde que haviam sido vetados no projeto de Lei Orgânica de Saúde (Lei 8.080/90) foram disciplinados na Lei 8.142/90. DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 3, nov.2008/fev.2009, p. 9-34. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 18 de jul. 2020.

267MERCADANTE, Otávio Azevedo. Evolução das políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.250.

268Em 2020, até o mês de junho, foram notificados 823.738 casos prováveis de dengue no Brasil (392 casos por 100 mil habitantes). Até a semana 11 de 2020, o número de casos de dengue ultrapassou o número de casos do mesmo período em 2019. Entretanto, após a semana 11 até o mês de junho, houve uma redução dos casos em relação a 2019. Quanto à chikungunya, foram notificados 40.352 casos prováveis (taxa de incidência de 19,2

rigorosamente parcela da população pertencente às camadas inferiores, refletindo a desigualdade no acesso aos serviços de saúde<sup>269</sup>. A efetivação do direito à saúde, nessa senda, implica no reconhecimento da sua dimensão social, estando vinculando à promoção de políticas públicas que garantam o acesso universal aos serviços de saúde de modo a propiciar o bem-estar físico e social do indivíduo, permitindo-o desfrutar de uma vida com qualidade, relacionando-se, portanto, à dignidade humana e à noção de justiça social<sup>270</sup>. A Constituição em sua compreensão intersubjetiva, proposta por Lenio Streck como adequada ao Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro e, conseqüentemente, apta a promover as transformações sociais a que se propõe, encontra na presente encruzilhada um dos seus grandes desafios: como implementar uma saúde conceituada ou compreendida de forma ampla ou ampliada em um Estado que sofre com limitações econômicas e desigualdade social.

---

casos por 100 mil habitantes) no país; já em relação ao zika vírus, foram notificados 3.692 casos prováveis (taxa de incidência 1,8 casos por 100 mil habitantes). Além das arboviroses urbanas (dengue e zika) transmitidas pelo *Aedes Aegypti*, o Brasil vem enfrentando um surto de sarampo – até junho de 2020, foram registrados 4.958 casos de uma doença combatida por meio da vacinação preventiva. O Brasil, além de questões logísticas, como infraestrutura, medicamentos, quadro de funcionários suficiente para a demanda, ainda enfrenta questões endêmicas, como sarampo e arboviroses, deixando ainda mais em evidência a deficiência, a fragilidade do sistema público de saúde. BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*. Brasília, 2020. <https://www.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 18 de jul. 2020.

269Segundo dados do Ministério da Saúde, a Taxa de Mortalidade Fetal (TMF) no Brasil, em 2018, foi de 10,4 óbitos por 1.000 nascidos vivos, sendo a maior incidência nas Regiões Norte (11,3) e Nordeste (12,4) e as menores nas regiões Sul (7,8), Sudeste (9,8) e Centro-Oeste (9,6). Em Portugal, por sua vez, no mesmo período, a TMF foi de 2,6 óbitos por 1.000 nascidos vivos. A disparidade dos valores reflete a nossa vulnerabilidade quando se trata da efetivação do direito à saúde – o Brasil é um país de modernidade tardia e, como tal, está mais vulnerável à questões sociais básicas, como a saúde, por exemplo, cuja demanda vai muito além do que a enfrentada pelos países que se estruturam em torno de direitos e valores fundamentais já no pós-Segunda Guerra Mundial. Os déficits em saúde no Brasil são muito maiores (enfrentamos epidemias como dengue, febre amarela, zika vírus, além de outras questões básicas em saúde, como a falta de saneamento que gera inúmeras enfermidades evitáveis), o que causa o estrangulamento, a ineficiência do sistema único de saúde. BRASIL. Ministério da Saúde. *Estatísticas Vitais*. Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=0205&id=6937>. Acesso em 17 de jul. 2020. PORTADATA. *Taxa de mortalidade neonatal e taxa de mortalidade fetal tardia*. Disponível em: <https://www.pordata.pt/Europa/Taxas+de+mortalidade+neonatal+e+taxa+de+mortalidade+fetal+tardia-1258-312376>. Acesso em: 17 de jul. 2020.

270Segundo relatório sobre a saúde divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que inclui indicadores de 44 países, no Brasil, o gasto de saúde *per capita* em 2018 foi de US\$1.282, enquanto que a média dos países foi de US\$ 4 mil. Quanto aos gastos em saúde, apenas 43% foram públicos, enquanto que na OCDE, os gastos públicos superam, em média, 70%. OECD. *Health at a Glance 2019: OECD Indicators*. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/4dd50c09-en/1/3/7/5/index.html?itemId=/content/publication/4dd50c09-en&mimeType=text/html&csp\\_=82587932df7c06a6a3f9dab95304095d&itemIGO=oecd&itemContentType=book](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/4dd50c09-en/1/3/7/5/index.html?itemId=/content/publication/4dd50c09-en&mimeType=text/html&csp_=82587932df7c06a6a3f9dab95304095d&itemIGO=oecd&itemContentType=book). Acesso em: 18 de jul. 2020.



### 3. A RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÁLIBI TEÓRICO PARA A SONEGAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO ESTADO

O Constitucionalismo Contemporâneo, fruto do desdobramento brasileiro dos neoconstitucionalismos surgidos no pós-Segunda Guerra Mundial, traz a Constituição como o documento com força normativa vinculante, na qual se encontram inseridos os direitos e valores fundamentais que têm o condão de limitar o poder estatal em razão da necessária promoção e proteção das suas normas<sup>271</sup>. Trata-se da Lei Maior do Estado, indispensável, segundo Lenio Streck, para a “garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como para traçar os marcos da atividade estatal, não só pela limitação de seus poderes como também pela divisão de suas funções”<sup>272</sup>. A partir do Constitucionalismo Contemporâneo, assim, a Constituição passa a ser o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, adquirindo o relevante papel transformador da realidade social, sob pena de se tornar uma norma obsoleta, destituída de qualquer eficácia, consistindo apenas em mandamentos cuja efetivação restaria ao alvedrio do poder público. Segundo Lenio Streck:

Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico. A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais<sup>273</sup>.

Sob esse novo paradigma neoconstitucional, no qual as Constituições adquirem o *status* de norma fundamental, foi inaugurado o Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passa a ocupar a posição central do nosso ordenamento jurídico, consistindo em algo a mais “do que um simples conjunto normativo residente em lugar hierárquico preeminente. (...) Ela é, também, a resposta a um passado, um processo, por estar sendo construída e reconstruída todos os dias pelos atores

271Lenio Streck define o constitucionalismo como um movimento que tem como fim “colocar limites no político”, chegando ao seu ápice com o final da Segunda Guerra Mundial, a partir da “noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.

272STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1-2.

273STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v.8, n.2, p. 257-301, mai./ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 25 de jul. 2020.

jurídicos, pelos operadores jurídicos e também pelos cidadãos<sup>274</sup>. Fruto da redemocratização do país, a Constituição Federal foi estruturada em torno da promoção e proteção de direitos e garantias fundamentais, consubstanciando o Estado Social Democrático de Direito e, nesse sentido, sobressaindo-se o seu aspecto social, representando os direitos fundamentais sociais a “identidade”<sup>275</sup>, a essência da Lei Maior. Para José Afonso da Silva:

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade<sup>276</sup>.

Dentre os direitos fundamentais sociais, encontra-se a saúde, direito social de caráter prestacional que, ao lado dos demais direitos de natureza positiva, objetiva a concretização da igualdade material ao garantir à sociedade a “distribuição e redistribuição dos recursos existentes”<sup>277</sup>, bem como a criação e disponibilização daqueles bens essenciais que não estão assegurados para todos que dele necessitarem. Nesse contexto, compete ao Estado, como ente garantidor dos direitos e garantias fundamentais, providenciar os bens e as condições materiais essenciais para a satisfação do direito à saúde, tendo em vista a aplicabilidade imediata da norma instituidora desse direito, nos termos do §1º, art.5º, CF/1988, já explicitada no capítulo anterior. A efetivação do direito à saúde revela uma dimensão econômica, abrangendo a

---

274CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle da Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387.

275Segundo Ingo Sarlet, não se pode desprezar que a Constituição Federal de 1988 consagra a ideia de que o Estado Brasileiro é um Estado democrático e social de Direito, “o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incisos I a III, assim como no artigo 3º, incisos I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada pela nossa Constituição, sem olvidar que tanto o princípio do Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição”. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf). Acesso em: 26 de jul. de 2020.

276SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p.288-289.

277SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.292.

destinação expressiva de recursos materiais, além do humano, para a sua concreta realização<sup>278</sup>, constituindo em um limite fático que contribui com o seu déficit prestacional, uma vez que se encontra submetido ao que se denominou como “reserva do possível”. De acordo com Ingo Sarlet:

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma<sup>279</sup>.

Tendo em vista que, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, a Constituição promulgada em 1988 é o instrumento de transformação da realidade social, em razão do seu conteúdo estar pautado na garantia e promoção de direitos fundamentais e sociais, a reserva do possível não pode ser utilizada como um alibi teórico para a sonegação ou prestação insuficiente de tais direitos dentro de um Estado que, estruturado a partir da força normativa da Constituição e, por conseguinte, das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, tem o dever de efetivá-los. É preciso, pois, que o Direito brasileiro, sob a ótica contemporânea, constitua o seu propósito social, devendo-se ressaltar que o cumprimento da norma constitucional é condição de possibilidade para o resgate e concretização das promessas da modernidade<sup>280</sup> sendo necessário, assim, que a Constituição efetivamente constitua. Sobre a

278Conforme Holmes e Sustain, todos os direitos, sejam os denominados direitos negativos ou de liberdade, como os direitos positivos ou direitos que demandam uma prestação do Estado para serem efetivados, exigem a alocação de recursos materiais e/ou humanos para serem garantidos. Assim, todos os direitos “impõem exigências ao tesouro público”. Nessa esteira, a escassez de recursos públicos vêm sendo utilizada como fundamento para as chamadas escolhas trágicas pelo poder público e, por conseguinte, para não concretização de direitos e garantias fundamentais, o que se contrapõe à garantia do mínimo existencial, “direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais” e à realização da justiça social. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.5. TORRES, Ricardo Lobo. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989.

279SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.295.

280STRECK, Lenio Luiz. Constituição ou Barbárie: a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. In: *Anuário Ibero – Americano de Direitos Humanos*, 2001/2002, ed. Lumem Juris, RJ,

reserva do possível e a sua relação com o déficit prestacional dos direitos sociais, mais especificamente, do direito à saúde, é o que se passará a analisar a seguir<sup>281</sup>.

### 3.1. A teoria da reserva do possível: aspectos gerais e históricos

A aplicação da teoria da reserva do possível na concretização de direitos fundamentais sociais aponta para uma necessária discussão acerca da vinculação dos bens e meios materiais a serem criados, distribuídos ou redistribuídos pelo Estado para a garantia desses direitos constitucionalmente assegurados<sup>282</sup>. A construção teórica da reserva do possível tem origem na Alemanha, a partir de 1970, com a decisão proferida pela Corte Constitucional Federal no julgamento do caso *numerus clausus I*<sup>283</sup>, que versava sobre o direito ao ingresso em curso do ensino superior requerido por alguns estudantes, com base na Lei Fundamental que garantia o livre acesso ao exercício e à escolha da profissão. O Tribunal Constitucional Alemão, nessa ocasião, firmou o entendimento que o indivíduo só possui o direito de exigir do Estado aquilo que está inserido nos limites do que seja razoável, ou seja, ainda que o poder público disponha dos recursos necessários para efetivar a prestação, essa só será devida se for correspondente com aquilo que o sujeito possa, razoavelmente, exigir da sociedade<sup>284</sup>. De acordo com a decisão proferida no BVerfGE 33, 303 – *numerus clausus I*:

(...) A proteção constitucional dos direitos fundamentais no campo da formação não se limita à função protetora tradicionalmente atribuída aos direitos de liberdade contra a interferência das autoridades públicas. O Tribunal Constitucional Federal declarou em várias ocasiões que os direitos fundamentais também estabelecem, como normas objetivas, um conjunto de valores válido como uma decisão constitucional básica para todas as áreas do direito, e que os direitos fundamentais não são, portanto, apenas direitos de defesa dos cidadãos contra o Estado (BVerfGE 21, 362 com mais evidências). Quanto mais o Estado moderno se volta para a seguridade

2002.

281De acordo com Canotilho, a efetivação dos direitos sociais depende de uma “reserva possível”, embora se constituam como verdadeiros direitos subjetivos, a ensejarem a seus titulares a possibilidade de exigirem diretamente a prestação relativa a sua concretização. CANOTILHO. J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p.545.

282SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e *compliance* na área da saúde. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v.18, n.1, p.257-282, jan./abr. 2017.

283A reserva do possível foi aplicada, pela primeira vez, pelo Tribunal Constitucional Alemão, que teve que decidir acerca da compatibilidade de algumas leis de âmbito estadual, que restringiam o acesso ao ensino superior (*regra do numerus clausus*), com a Lei Fundamental. O número de vagas disponíveis no Ensino Superior não comportava o número de candidatos, questionando-se, assim, a compatibilidade da regra do *numerus clausus* com a Lei Fundamental. BVerfGE 33, 303 – *numerus clausus I*. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html#Rn002>. Acesso em: 30 de jul. de 2020.

284SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: interconexões dos sistemas jurídicos e econômico. *Boletim da Saúde*. Porto Alegre, v.24, n.2, p.99-106, jul./dez. 2010.

social e a promoção cultural dos cidadãos, mais a relação entre cidadão e Estado, além do postulado original de garantir a liberdade sob os direitos fundamentais, vem antes do Estado e a demanda complementar por garantia de participação nos serviços estatais. Esse desenvolvimento é particularmente evidente na área do sistema de ensino, que, apesar da conexão estreita com a escolha da profissão, distingue-se claramente disso. (...) O problema de restrições absolutas distingue-se pelo fato da capacidade existente não ser suficiente, para que cada titular, do direito de estudar, assumira uma vaga. Se a visão constitucional for limitar-se, de início, ao compartilhamento da capacidade existente, passará ao largo do núcleo das dificuldades. Enquanto em situações normais de outorga de participação social pelo Estado, através de cobertura financeira, as dificuldades da restrição dos meios existentes podem ser contornadas por um rearranjo; o *numerus clausus* absoluto conduz à gritante desigualdade de que parte dos candidatos recebe tudo, e a outra parte – pelo menos por um lapso mais ou menos longo, e de impacto decisivo para o resto da vida – nada. Se o número de rejeitados excede mais da metade do de candidatos, como no curso de medicina, o direito constitucionalmente protegido de aspirar a uma vaga é ameaçado de cair no vazio, em larga extensão. Por conta desses efeitos, não pode ser negado que o *numerus clausus* absoluto circula à margem do constitucionalmente aceitável. Como esses efeitos somente podem ser enfrentados por uma ampliação da capacidade, a pergunta que se apresenta é se, dos valores oriundos da decisão *jusfundamental*, e da decisão de utilizar o monopólio do ensino, emerge uma exigência constitucional de prestação social pelo Estado, no sentido de prover suficiente capacidade de ensino para os diferentes cursos. Ainda que a resposta desta questão fosse afirmativa, não é necessário decidir aqui se, dessa exigência, pode ser deduzido, a partir de requisitos específicos, um inquestionável direito individual, de titularidade do cidadão, à obtenção de uma vaga universitária. Isso, porque consequências, no âmbito do Direito Constitucional, somente seriam possíveis, se houvesse evidente violação de tal exigência. Isso não pode ser determinado, no âmbito do curso de medicina: Mesmo que os direitos de participação não se limitem ao que está disponível desde o início, eles estão sujeitos ao possível no sentido em que o indivíduo pode razoavelmente reivindicar da sociedade. Isso tem que ser julgado em primeira linha pelo legislador, sob sua própria responsabilidade, considerando na economia orçamentária outros interesses da comunidade, bem como a conta do equilíbrio econômico geral, conforme determinações expressas do artigo 109, parágrafo 2º GG. A ele cabe também a decisão sobre a envergadura e as prioridades da ampliação do ensino superior; sendo preciso atentar que a ampliação e a renovação do ensino superior, incluem-se entre as tarefas sociais atribuídas à cooperação entre União e Estados, para seu desempenho, conforme o artigo 91 “a” GG. (...) Uma eventual exigência constitucional não obriga a providenciar, para cada candidato em cada oportunidade, a vaga almejada, e assim tornar os complexos investimentos em educação superior exclusivamente dependentes da demanda individual, frequentemente flutuante e influenciável por inúmeros fatores. Isso implicaria num entendimento errado quanto à liberdade, através do qual se desconhece que a liberdade pessoal não pode ser implementada a longo prazo, sem associação com a operacionalidade e o equilíbrio gerais, e que demandas individuais ilimitadas às expensas públicas não são compatíveis com o ideal do Estado Social. A Constituição - como a Corte Constitucional já pronunciou, salientando a conexão com o direito fundamental à liberdade de ação (vgl. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]) - decidiu a tensão indivíduo-sociedade, no sentido da relacionabilidade e da conectividade da pessoa com a comunidade; o indivíduo deve, então, deixar baixarem as barreiras à sua liberdade de ação, que o legislador instituiu para o zelo e a promoção da vida comunitária dentro dos limites razoáveis, desde que a autossuficiência da pessoa permaneça protegida. Estas considerações reclamam validade, primariamente, no âmbito da outorga estatal de participação. Aqui, o oferecimento de justiça social, que se concretiza na igualdade, seria diretamente contrariado, se meios públicos limitados, disponibilizados apenas através da negligência de outros interesses comunitários importantes, favorecessem uma parte privilegiada da população. Ao legislador também não pode ser negado orientar-se

pela urgente requisição de força de trabalho nas diversas profissões; ao passo que não vem sendo possível fazer coincidir a demanda individual e as exigências sociais, apenas por meio do aconselhamento estudantil. Uma vez lançados estes marcos, não se vislumbra nenhuma violação constitucional. A obrigação, para que se faça rapidamente o necessário, no âmbito do possível, não foi negada por nenhum dos responsáveis, nos órgãos estatais (...) <sup>285</sup>”

A decisão proferida pela Corte Alemã, dessa forma, relacionou a reserva do possível com a possibilidade de prestações limitadas à razoabilidade e não propriamente à escassez de recursos<sup>286</sup>, ou seja, não há uma relação direta entre a efetivação dos direitos sociais com a limitação de recursos públicos, mas sim, com as obrigações que a sociedade, em sua totalidade, poderia suportar para atender a uma pretensão individual, de forma racional, o que seria analisado, em um primeiro instante, pelo legislador, a quem cabe determinar os limites à liberdade individual (no caso, o direito ao ingresso ao ensino superior) em razão do que seria exigível da coletividade. Isso, contudo, não retira das demais esferas do poder estatal a possibilidade de análise da razoabilidade da pretensão individual em relação àquilo que cabe ao Estado assegurar<sup>287</sup>. Dessa forma, a liberdade do indivíduo não pode ser efetivada de forma ilimitada, fora do razoavelmente exigido, pois, isso afetaria diretamente a sociedade, sendo incompatível como a noção de justiça social, própria dos Estados contemporâneos do pós-Segunda Guerra Mundial - “não se pode beneficiar apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, por afronta ao mandamento da justiça social, concretizada no princípio da igualdade”<sup>288</sup>.

285BVerfGE 33, 303 – numerus clausus I. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html#Rn002>. Acesso em: 30 de jul. de 2020

286Apenas para reforçar, Holmes e Sustain entendem que todos os direitos, sejam os denominados direitos de liberdade, sejam os direitos que demandam uma prestação do Estado, exigem a alocação de recursos públicos – materiais e/ou humanos – para serem garantidos. Nessa linha, a escassez de recursos públicos vêm sendo utilizada como fundamento para as chamadas escolhas trágicas pelo poder público e, por conseguinte, para não concretização de direitos e garantias fundamentais, o que se contrapõe à garantia do mínimo existencial. HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.5. TORRES, Ricardo Lobo. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989.

287Segundo Jorge Reis Novais, a “reserva do possível” limita os direitos sociais “àquilo que o indivíduo poderia razoavelmente exigir da sociedade”. Inserido nesta noção de razoabilidade estariam incluídas as circunstâncias concretas do caso - “as condições materiais do titular do direito poderiam influenciar a razoabilidade do tipo de exigências dirigidas ao Estado”. Além disso, “nessa limitação do razoável vinha também explicitada a dependência da responsabilidade do legislador na feitura do orçamento e, logo, implicitamente considerada a relevância do custo da prestação em causa e dos recursos ao dispor do Estado, pelo que, a final, a reserva do possível acabaria por ser perspectiva quase exclusivamente em torno da disponibilidade do Estado e a identificar-se com aquilo que a doutrina identificava anteriormente como sendo uma reserva constitucional da efectiva capacidade de prestação do Estado.” NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra Editora, 2010, p.90.

288MENEZES, Vitor Hugo de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 209-210.

No Brasil, entretanto, a teoria da reserva do possível vem sendo relacionada à disponibilidade de recursos orçamentários para a implementação de um direito social<sup>289</sup>. Percebe-se, nesse sentido, que, nos moldes empregados pela doutrina nacional, a “reserva do possível” traduz a dimensão econômica dos direitos de caráter prestacional, uma vez que parte do pressuposto de que a sua efetivação está vinculada à disponibilização e destinação de recursos públicos para esse fim, sendo, por isso, considerada, como um limite fático e jurídico à realização dos direitos fundamentais sociais<sup>290</sup>. Desse modo, o critério da razoabilidade da prestação exigida da sociedade, ou seja, aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado, se transmudou para a análise daquilo que seria financeiramente possível ao Estado prestar, dada a disponibilidade limitada de recursos públicos. A efetivação dos direitos sociais, dentre eles, a saúde, passa, então, a ser analisada a partir da disponibilidade econômica do ente estatal, estando submetida à reserva do financeiramente possível – no Brasil, o enfoque deixou de ser a razoabilidade e passou a ser o custo dos direitos. Para exemplificar, vide o entendimento adotado por Ana Paula de Barcellos:

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 se 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 direitos. Novamente: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo<sup>291</sup>

---

289De acordo com Menezes, “quando se faz uma análise da doutrina e jurisprudência brasileira, vai se observar que vem sendo hoje considerada, sob a expressão reserva do possível, em geral, toda restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos, seja esta compreendida como inexistência ou insuficiência econômica dos recursos, ou compreendida como indisponibilidade jurídica destes, por força da legislação orçamentária. De tudo isso, pode-se observar que o Brasil vem se afastando sensivelmente do modelo originário, especialmente em se considerando, comparativamente, os contextos históricos, econômico, social, político-filosófico e jurídico do país de origem do modelo com o correlato país de destino.” MENEZES, Vitor Hugo de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 209-210.

290Segundo Gilmar F. Mendes, é necessário discutir a possibilidade de o Estado ser obrigado a criar os pressupostos fáticos essenciais para o exercício dos direitos de caráter prestacional, considerando-se que a efetivação desses direitos encontra-se submetida à reserva do financeiramente possível. MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, n.191, p.40-66, já./mar. 1993. José Reinaldo de Lima Lopes também dispõe sobre essa limitação fática ao entender que a garantia de um direito social de caráter prestacional “depende da real existência dos meios”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito*. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1974. p. 131.

291BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

Embora a associação entre a disponibilidade de meios e recursos públicos e a efetivação dos direitos sociais que demandam a prestação estatal imposta pela norma constitucional exista e seja mais comum, é preciso considerar que, para alguns, todos os direitos são, de certo modo, positivos no sentido de exigirem medidas concretas do poder público para serem implementados – requerem a alocação de recursos materiais e humanos para serem devidamente garantidos e concretizados<sup>292</sup>. No entanto, percebe-se que os direitos negativos ou de liberdade não costumam apresentar questionamentos quanto à sua eficácia plena, “dependendo sua efetivação virtualmente de sua aplicação aos casos concretos”<sup>293</sup>. Já os direitos sociais de caráter prestacional, por sua vez, enfrentam obstáculos materiais, fáticos e jurídicos para a sua implementação pelo poder público, estando submetidos tanto à teoria da reserva do possível, uma vez que apresentam uma dependência da disponibilidade de recursos e ações estatais para a sua concreta efetivação, quanto ao questionamento acerca do seu reconhecimento como verdadeiros direitos subjetivos aptos a ensejar ao seu titular a possibilidade de exigir o seu cumprimento via judicial diante da sonegação da prestação estatal constitucionalmente assegurada<sup>294</sup>.

Considerando-se o posicionamento adotado no capítulo anterior, que sustenta a eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, entende-se plenamente cabível a possibilidade de o titular do direito social sonegado ou prestado de forma ineficiente exigir a implementação da prestação correspondente, configurando a pretensão do seu cumprimento, pois, um direito subjetivo do titular, não sendo cabível a sua omissão ou relativização em razão da dificuldade ou inviabilidade em estabelecer

---

292Segundo Holmes e Sustain: “à verdade óbvia de que os direitos dependem do governo, ou seja, do Estado, deve-se acrescentar uma consequência lógica rica em implicações: os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos. (...) Tanto o direito ao bem-estar social quanto o direito à propriedade privada custam dinheiro para o público. O direito à liberdade contratual tem custos públicos, assim como o direito à assistência médica; o direito à liberdade de expressão tem custos públicos, do mesmo modo que o direito a uma habitação decente. Todos os direitos impõem exigências ao tesouro público”. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.5.

293SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.298.

294Segundo Barcellos, “A rigor, sob o título geral da *reserva do possível* convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática. O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.277-278.



o conteúdo e alcance da prestação constitucional<sup>295</sup>. Seguindo a linha adotada por Canotilho, portanto, os direitos sociais são autênticos direitos subjetivos, “com a mesma dignidade subjectiva dos direitos, liberdades e garantias”<sup>296</sup>, próprios à existência do cidadão, constituindo-se em direitos originários que impõem ao Estado o dever de criar os pressupostos “materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”<sup>297</sup>.

Entretanto, ainda que a exigibilidade de seu cumprimento seja considerada um direito subjetivo, os direitos fundamentais sociais enfrentam um grave problema de efetividade, uma vez que se encontram submetidos à dependência da disponibilidade de bens e recursos públicos, restando, não raras vezes, frustrados diante da omissão ou inércia do Estado em assegurar a prestação material necessária para a sua concretização, dispondo Canotilho que esse seria um dos problemas de sua efetividade. De acordo com o jurista lusitano, “los derechos económicos, sociales y culturales plantean un problema incuestionable: cuestan dinero, mucho dinero”<sup>298</sup> e, por isso, ainda segundo o autor, no início da década de 70, Peter Harbele desenvolveu a noção de “«reserva de las cajas financieras», para exprimir la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran sometidos a las capacidades financieras del Estado en la medida en que se trate de derechos a prestaciones financiadas con cargo a las arcas públicas”<sup>299</sup>. Canotilho continua, referenciando outro jurista que reforça a ideia desenvolvida por Harbele:

En la misma línea, otro iuspublicista alemán, W. Martens, reforzaba esta idea a través de expresiones plásticas que hoy son repetidas hasta la saciedad en los manuales: «Los derechos subjetivos públicos susceptibles de realización sólo pueden ser

---

295Bonavides dispõe que os direitos sociais “passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 564-565.

296CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p.476.

297CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p.477.

298CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodología «Fuzzi» y «Camaleones Normativos» em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998.

299CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodología «Fuzzi» y «Camaleones Normativos» em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998.

garantizados en el ámbito de lo posible y de lo adecuado, y por este motivo se encuentran desprovistos de estatuto jurídico-constitucional». Desde entonces, la «reserva de lo posible» (Vorbehalt des Möglichen) logró centralidad dogmática hasta el punto de oscurecer cualquier intento de renovación en el capítulo de los derechos sociales<sup>300</sup>.

A efetivação dos direitos sociais, assim, está submetida a uma reserva do possível, que tem como implicação “uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometida aos órgãos públicos e para tanto legitimados”.<sup>301</sup> Nesse sentido, a partir da relevância atribuída à dimensão econômica dos direitos sociais em detrimento do seu caráter jurídico-constitucional, a relativização desses direitos ganha espaço em um Estado cuja Constituição, principiológica e compromissória, estruturada em torno da garantia da dignidade humana e dos direitos e valores fundamentais, é o instrumento promotor da necessária transformação da realidade social e da justiça social<sup>302</sup>. Segundo Canotilho:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platónica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos aos cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente de adieru à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica<sup>303</sup>.

Para Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que deve ser analisada quando houver a tentativa de concretização, no caso concreto, do direito social sonogado ou violado e se refere à: disponibilidade de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; disponibilidade de recursos materiais e humanos afins à “distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e

300CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodología «Fuzzi» y «Camaleones Normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998.

301SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.323.

302De acordo com Holmes e Sustain, levar os direitos a sério é levar a sério a escassez de recursos. Segundo os autores, a não concretização de direitos torna-se inevitável em um mundo em que os recursos são limitados. Assim, todo direito teria um custo e “as verbas destinadas à proteção de todos os direitos jurídicos devem ser sacadas de um mesmo orçamento, o qual é necessariamente limitado”, o que torna claro, segundo os autores, o “caráter não absoluto dos direitos”. HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.75-77.

303CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p.481.

administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo”; e, por fim, a reserva do possível está relacionada à razoabilidade da prestação requerida ao Estado pelo eventual titular do direito social<sup>304</sup>.

Essa tríplice dimensão, contudo, não pode ser empregada como um obstáculo intransponível para a concretização dos direitos sociais, uma vez que, condicionar a eficácia desses direitos à existência de recursos públicos, seria retirar deles a sua força normativa, reduzindo-os a meras aspirações, sem qualquer eficácia vinculante, já que o ente estatal não se encontraria impelido a empregar todos os esforços e meios necessários para a sua efetiva satisfação, tal qual pretendido pelo Estado Democrático de Direito ancorado em um novo paradigma constitucional introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo, que traz a Constituição Federal como instrumento da transformação para se alcançar a necessária justiça social.

Assim, a questão da escassez dos recursos públicos não pode ser entendida como condição de possibilidade para o reconhecimento do direito social, uma vez que toda a prestação necessária para a sua efetivação que estiver além da disponibilidade orçamentária do ente público não seria reconhecida como direito subjetivo e, portanto, não poderia ser juridicamente exigida, reconhecendo-se ao direito social um limite imanente<sup>305</sup>. A reserva do possível, nesse contexto, estaria relacionada unicamente à existência de recursos financeiros por parte do ente estatal, submetendo, dessa forma, a concretização dos direitos sociais à verificação da existência de disponibilidade de recursos públicos.

Considerar, portanto, a reserva do possível como um limite imanente à efetivação do direito social significa reduzir a sua eficácia ao submetê-la à discricionariedade do poder público que, através de escolhas e não de decisões devidamente fundamentadas na Constituição, definirá o que será concretizado, retirando a possibilidade de controle judicial sobre a legitimidade e constitucionalidade das medidas adotadas. Isso porque, conforme Jorge Reis Novais, “mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a

---

304SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, a.1, n.1, p. 171-213, out./dez. 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

305SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v.18, n.1, p.257-282, jan./abr. 2017.

realizá-la se dispuser dos necessários recursos; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível”<sup>306</sup>. Ainda, segundo o autor:

Então, e uma vez que nas situações típicas de Estado social, pelo menos em situação de normalidade, a escassez nunca é absoluta, mas moderada, a reserva do possível implica, mesmo da parte de um poder político empenhado na realização dos direitos sociais, uma definição de prioridades, implica escolhas e opções políticas de distribuição de recursos e as necessidades e interesses individuais no acesso a bens económicos, sociais ou culturais. A situação de conflito e a multiplicidade de possíveis respostas para a solucionar são inevitáveis porque a escassez moderada de recursos significa, na prática, que há sempre dinheiro ou algum dinheiro para realizar a prestação controversa, mas, simultaneamente, que há várias possibilidades de escolha do destino a que se afectam os recursos disponíveis. Nestes termos, seja porque, na referida situação de escassez moderada, o Estado pode sempre invocar insuficiência dos recursos para a prestação fáctica requerida, seja porque a prestação depende de opções de distribuição ou redistribuição orçamental que competem, em Estado de Direito, ao legislador democrático, isto é, à decisão política da maioria perante a qual e pretende fazer valer juridicamente o direito, o alcance jusfundamental efectivo dos direitos sociais resulta substancialmente afectado<sup>307</sup>.

Percebe-se, assim, que a reserva do possível, quando entendida como um limite imanente ao direito social, reduz a sua efetividade, já que o argumento da escassez da disponibilidade de recursos será utilizado para a não concretização do direito em seu sentido constitucional que requer, conforme já trabalhado no capítulo anterior, o cumprimento do direito fundamental em sua máxima acepção, observados o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Há, dessa forma, um enfraquecimento na proteção estatal ao direito fundamental social, uma vez que o poder público poderá, discricionariamente, escolher em que medida o direito será concretizado, considerando-se, aqui, o limite imposto pela reserva do possível, ou seja, a sua aplicação como um limite imanente determina o alcance do direito fundamental, indo de encontro à força normativa vinculante das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, cuja aplicabilidade, nos termos definidos pela Constituição, é imediata, cabendo ao Estado extrai-lhes a máxima eficácia possível.

Não seria condizente e adequado ao ordenamento jurídico-constitucional inaugurado em 1988, estruturado em torno da promoção de direitos e valores fundamentais e que tem como propósito a necessária transformação da realidade social, a partir do resgate das promessas não cumpridas da modernidade e da efetivação das novas realizadas, entender a reserva do possível como um elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fizesse

---

306NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra Editora, 2010, p.91.

307NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra Editora, 2010, p.91-92.

parte de seu núcleo essencial, sendo considerada um limite imanente desses direitos. Considerada toda a sua complexidade, a reserva do possível seria, na verdade, um limite fático, recorrido pelo Estado, para justificar as chamadas escolhas trágicas e a sonegação dos direitos sociais em sua acepção constitucional, que requer a proteção do núcleo essencial, observado o mínimo existencial. Nessa mesma linha, Ingo Sarlet, para quem:

Não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais (...)<sup>308</sup>.

Não se está a negar, aqui, que a reserva do possível não possa ser utilizada pela Administração quando da análise das suas opções em políticas públicas para atender as necessidades sociais. A questão da escassez ou limitação de recursos públicos é fática, concreta – as demandas em necessidades sociais são incontáveis diante do orçamento que o Estado dispõe para satisfazê-las. Em um Estado Democrático Social de Direito, no qual requer a otimização dos direitos e garantias fundamentais para fins da concretização da justiça social, o poder público se encontra sujeito a limitações fáticas que o impelem a realizar determinadas escolhas políticas, estabelecendo as prioridades em relação às demandas sociais existentes, estando, contudo, vinculado ao determinado pela norma constitucional e, por conseguinte, à implementação das políticas públicas necessárias para a concretização dos direitos e garantias fundamentais por ela consagrados. Para Ingo Sarlet:

Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um “custo dos direitos” (por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível”), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, (...) o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados (...)<sup>309</sup>.

---

308SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre - Belo Horizonte, 2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf). Acesso em 16 de maio de 2020.

O que se quer deixar claro, porém, é que a reserva do possível se constrói a partir de razões de política e, como tal, não pode ser utilizada como álibi teórico pelo Judiciário para a não efetivação dos direitos fundamentais, pois, do contrário, restaria fragilizada a força normativa da Constituição, funcionando, ainda, como um obstáculo à transformação social pretendida nesse novo contexto social-democrático ao qual o Estado brasileiro se insere. Dessa forma, a submissão da efetivação dos direitos sociais, constitucionalmente assegurados, à reserva do possível esvazia o seu caráter normativo e jurídico, retirando do seu titular a possibilidade de exercer o direito fundamental assegurado em sua máxima acepção. Portanto, em um Estado Democrático (Social) de Direito, no qual se requer a otimização dos direitos e garantias fundamentais para fins da concretização da justiça social, o cumprimento da norma constitucional pelo poder público é dever que se impõe, não podendo o direito social ser sonogado devido à adoção de um argumento que tem como fundamento razões de política, conforme será exposto a seguir.

### **3.2. Reserva do possível: argumento de razões de política e a impossibilidade de sua adoção como fundamento para a relativização do direito fundamental à saúde**

A Constituição Federal, promulgada sob o novo paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, tem como finalidade promover o bem-estar, transformando a realidade social, a partir da garantia e efetivação dos direitos e garantias fundamentais por ela consagrados, observada a dignidade humana e o mínimo existencial. A concretização dos direitos fundamentais ao ser humano, assim, se impõe como objetivo desse novo Estado Democrático (e Social) de Direito inaugurado em 1988, vinculando o poder público às suas normas, consistindo, pois, em direito subjetivo do seu titular que pode exigir a sua efetivação diante da sua não prestação pelo ente estatal. Contudo, a efetivação dos direitos sociais vem sendo submetida à reserva do possível<sup>310</sup>, ou seja, uma vez que geralmente têm por objeto prestações

309SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre - Belo Horizonte, 2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf). Acesso em 16 de maio de 2020.

310Segundo Canotilho, os direitos sociais devem integrar o espaço jurídico-constitucional como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada. Essa afirmação decorre do fato de que tais direitos não vêm sendo discutidos pela teoria da justiça, teoria econômica, dentre outras, sendo excluídos do discurso normativo-constitucional. Para Canotilho: “(1) Los derechos económicos, sociales y culturales, en su

estatais que estão associadas à criação e à disponibilização de recursos materiais e financeiros, reconhece-se a dimensão econômica desses direitos, cuja concretização passa a depender daquilo que o poder público dispõe<sup>311</sup>. Segundo Canotilho:

La problemática de los derechos sociales soporta también el peso de una construcción de la sociedad excesivamente introvertida. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales se conciben, en el ejemplo de la intersección socialista/keynesiana, como derechos a prestaciones cuyo titular pasivo es el Estado que, a su vez, impone el pago autoritario y coactivo de los impuestos destinados a satisfacer las demandas prestacionales de los ciudadanos. Se resaltan, a continuación, los trazos de esta introversión: 1. Los derechos sociales implican el deber del Estado de proveer las prestaciones correlativas al objeto de estos derechos; 2. Los derechos sociales postulan esquemas de universalidad: el Estado garantiza y paga determinadas prestaciones a algunos ciudadanos. 3. Los derechos sociales eliminan la reciprocidad; o sea el esquema de trueque entre los ciudadanos que pagan y los ciudadanos que reciben, puesto que la mediación estatal disuelve en la burocracia prestacional la visión de los actores y la eventual reciprocidad del trueque<sup>312</sup>.

A noção de que os direitos sociais, para ser efetivados, demandam custos ao Estado implica na sua submissão à reserva do possível, impondo a necessária análise da disponibilidade de recursos existentes para a concretização desses direitos de caráter prestacional, ou seja, a efetivação do direito social se encontra vinculada a uma limitação fática: existência de possibilidades materiais para tornar possível a prestação requerida pelo seu titular<sup>313</sup>. A reserva do possível, nesse sentido, condiciona a realização dos direitos sociais

---

cualidad de derechos fundamentales, deben (2) regresar al espacio jurídico-constitucional y (3) ser considerados como elementos constitucionales esenciales de una comunidad jurídica bien ordenada. El punto de partida al que acabamos de referimos puede dividirse en tres afirmaciones: 1. Los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales han sido descuidados en la dogmática jurídico-constitucional y transferidos a las teorías de la justicia, a las teorías de la fundamentación, a las teorías de la argumentación y a las teorías económicas del derecho. 2. La dislocación de la retórica discursiva a otros planos teóricos y teóricos han contribuido a la afirmación de teorías generales de los derechos fundamentales de incuestionable sofisticación científico-conceptual, pero, simultáneamente, las metateorías sobre derechos, generan una «capitulaciónresignación» de su régimen garante y protector a nivel jurídico-constitucional. 3. Los signos de saturación de la dogmática de los derechos de prestación conducen a inquietantes sugerencias intencionalmente dirigidas a la exclusión de estos derechos del discurso normativo-constitucional”. CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodología «Fuzzi» y «Camaleones Normativos» em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

311SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre - Belo Horizonte, 2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf). Acesso em 16 de maio de 2020.

312CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodología «Fuzzi» y «Camaleones Normativos» em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

313No tópico anterior, procurou-se demonstrar que não apenas os direitos sociais demandam custos para ser efetivados pelo poder público – todos os direitos são, de certa forma, positivos na medida em que demandam alguma prestação do ente estatal. De acordo com Holmes e Sustain, “Os direitos dos norte-americanos não são

na medida do financeiramente possível, consistindo em um argumento sustentado pelo poder público para justificar a sua sonegação, funcionando como “um dado natural, implícito”<sup>314</sup>, apto a salvaguardar o ente estatal diante da não prestação, ao titular, do direito constitucionalmente assegurado<sup>315</sup>. Por conseguinte, tendo em vista que, diante da limitação dos recursos financeiros não seria faticamente possível assegurar todos os direitos a seus titulares, o Estado deve eleger, fundamentadamente, as prioridades, dentro da margem de decisão que compete ao legislador e à Administração Pública, consubstanciando aquilo que se denominou de escolhas trágicas.

O termo “escolhas trágicas” foi utilizado por Guido Calabresi e Philip Bobbit para designar as situações em que o Estado, diante da escassez de recursos, deve escolher um valor fundamental em detrimento de outros<sup>316</sup>. Segundo os autores, apesar de a escassez poder ser

---

nem dons divinos, nem frutos da natureza; não são autoexecutáveis e não pode ser consistentemente protegido se o governo é insolvente ou incapacitado; não precisam constituir-se em uma receita para o egoísmo irresponsável; não implicam que indivíduos possam assegurar sua liberdade pessoal independentemente da cooperação social e não se constituem em pretensões inegociáveis. Uma abordagem mais adequada dos direitos parte de uma premissa surpreendentemente simples: toda liberdade privada tem um custo público”. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.187.

314NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra Editora, 2010, p. 101.

315Canotilho, discorrendo acerca do significado de reserva do possível, dispõe que: 1. «Reserva de lo posible» significa la total desvinculación jurídica del legislador en cuanto a la dinamización de los derechos sociales constitucionalmente consagrados. 2. Reserva de lo posible significa la «tendencia hacia cero» de la eficacia jurídica de las normas constitucionales consagradoras de los derechos sociales. 3. Reserva de lo posible significa gradualidad como dimensión lógica necesaria de la concretización de los derechos sociales, teniendo en cuenta, sobre todo, los límites financieros. 4. Reserva de lo posible significa insindicabilidad jurisdiccional de las opciones legislativas en cuanto a la densificación legislativa de las normas constitucionales reconocedoras de los derechos sociales. Hay una dosis de verdad en todas estas afirmaciones, pero, al mismo tiempo, es necesario relativizarlas. Parece inequívoco que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales se caracteriza: (1) por la gradualidad de su realización; (2) por la dependencia financiera del presupuesto del Estado; (3) por la tendencial libertad de conformación del legislador en cuanto a las políticas de realización de estos derechos; (4) por la insusceptibilidad de control jurisdiccional de los programas político-legislativos, a no ser cuando éstos se manifiestan en clara contradicción con las normas constitucionales o cuando, manifiestamente, soportan dimensiones poco razonables. Reconocer estos aspectos no significa la aceptación acrítica de algunos «dogmas» contra los derechos sociales. CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodología «Fuzzi» y «Camaleones Normativos» em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

316Considerando-se a existência de pretensões que requerem a disponibilização de meios e recursos materiais para serem implementadas, sendo esses meios limitados, finitos, a escassez se torna um limite para a efetivação dos direitos e valores fundamentais. Segundo Elster, quando se fala que um bem é escasso, quer-se dizer que não há o suficiente para satisfazer a todos os indivíduos. Segundo o autor, a escassez (fraca ou severa) pode ser natural, quase-natural ou artificial. A escassez natural severa ocorre quando não houver nada que alguém determinado possa fazer para aumentar a oferta (uma pintura de alguém famoso que já morreu, por exemplo). Já a escassez natural fraca, ocorre quando não há nada que qualquer um possa realizar para aumentar a oferta a ponto de saciar a todos (exemplo, a disponibilidade de órgãos para transplantes). A escassez quase-natural, por sua vez, surge quando se pode aumentar a oferta, quase ao ponto de satisfação plena, “apenas pelas ações não coativas dos cidadãos”. Elster traz como exemplos a oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial. Por fim, a escassez artificial ocorre quando pode, se assim o quiser, tornar o bem acessível a todos



evitada em algumas situações, o que faz com que os bens sejam disponíveis a todos, em outras, não. Nessas situações, cabe ao Estado e, conseqüentemente, à sociedade, decidir, na esfera administrativa, quem serão os beneficiários dessa distribuição e que métodos serão adotados, sendo possível que esse arranjo acarrete um enorme sofrimento àqueles que não serão contemplados, revelando o conflito entre a escassez e os valores morais que respeitam a vida e o bem-estar<sup>317</sup>. O Estado, assim, deve realizar alocações de recursos que preservem os fundamentos morais da colaboração social e, uma vez realizado com sucesso, as escolhas trágicas são evitadas, já que a distribuição dos bens não implicaria, aparentemente, em nenhuma contradição moral. Do contrário, as escolhas trágicas tornam-se inevitáveis<sup>318</sup>. Segundo os autores:

Escolhas trágicas acontecem desta forma. Embora a escassez muitas vezes possa ser evitada para alguns bens, tornando-os disponíveis sem custo para todos, ela não pode ser evitada para todos os bens. Na distribuição de bens escassos, a sociedade tem de decidir quais os métodos de distribuição a usar, e, claro, cada um desses métodos – mercados, atribuições políticas, loterias e só por diante – pode ser modificado ou combinado com outro. A distribuição de alguns bens implica grande sofrimento ou morte. Quando a atenção é focada em tais distribuições, elas despertam emoções de compaixão, indignação e terror. É então que os conflitos são descobertos entre, por um lado, aqueles valores pelos quais a sociedade determinou os beneficiários de distribuições, e (com a natureza) os perímetros de escassez, e por outro lado, aqueles valores morais humanistas que valorizam a vida e o bem-estar<sup>319</sup>.

---

indistintamente, a ponto de satisfação, como por exemplo a dispensa do serviço militar. No original: That a good is scarce means that there is not enough of it to satiate all individuals. Scarcity can be (weakly or strongly) natural, quasi-natural, or artificial. Strong natural scarcity arises when there is nothing anyone could do to increase the supply. Paintings by Rembrandt are an example. Weak natural scarcity arises when there is nothing anyone could do to increase the supply to the point of satiating everybody. The provision of oil is an example; the supply of cadaver organs is another. Quasi-natural scarcity arises when the supply could be increased, possibly to the point of satiation, only by the uncoerced actions of citizens. The supply of children for adoption and of sperm for artificial insemination are examples. Artificial scarcity arises when the government could, if it so decided, make the good available to everyone to the level of satiation. Exemption from military service and provision of places in kindergarten are examples. ELSTER, Jon. *Local Justice – How Institutions allocate scarce goods and necessary burdens*. New York: Russel Sage Foundation, 1992, p. 21-22.

317CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 18.

318Calabresi e Bobbit dispõem que: “(...) societies confront the tragic choices. They must attempt to make allocations in ways that preserve the moral foundations of social collaboration. If that preserve the moral foundation of social collaboration. If this is successfully done, the tragic choice is transformed into an allocation which does not appear to implicate moral contradictions. Morally debasing outcomes are averted. But unless the values held in tension have changed, the illusion that denies been a postponement. When emotions are again focused on the tragic choice, action will again be required. We have a prospect of insuperable moral difficulty, a nightmare of justice in which the assertion of any right involves a further wrong, in which fate is set against fate in an intolerable necessary sequence of violence.”CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 18.

319No original: “Tragic choices come about in this way. Though scarcity can often be avoided for some goods by making them available without cost to everyone, it cannot be evaded for all goods. In the distribution of scarce goods society has to decide which methods of allotment to use, and of course each of these methods – markets, political allocations, lotteries and só forth – may be modified, or combined with another. The distribution of some goods entails great suffering or death. When attention is riveted on such distributions they arouse emotions of

Calabresi e Bobbit entendem que as escolhas trágicas possuem dois tipos de movimentos: o primeiro relaciona-se à oscilação da sociedade entre o que produzir, observado o limite da escassez do bem; e a quem distribuir o que foi produzido, ou seja, relaciona-se ao tipo de decisão que deverá ser tomada em relação ao bem escasso, observado os limites da escassez. O segundo movimento, diz respeito à sucessão de decisões<sup>320</sup>, racionalização e violência que, silenciosamente, substituem a ansiedade e são por ela substituídos quando o Estado evita uma escolha trágica ou quando a confronta ou a refaz<sup>321</sup>.

Em relação ao primeiro movimento, Calabresi e Bobbit entendem ser ele composto por dois tipos de decisão. A primeira decisão, ou decisão de primeira ordem, traça o cenário global dos recursos que serão destinados ou bens que serão produzidos nos casos de escassez natural absoluta, ou naqueles casos de decisões tomadas com base em prioridades relativas, dentro de um contexto mais amplo de escassez. A decisão de segunda ordem, por sua vez, diz respeito à distribuição do montante estabelecido pela decisão anterior, entre os indivíduos de uma sociedade. Segundo os autores, qualquer decisão de primeira ordem contraria o postulado de que determinado bem não tem preço e, as decisões de segunda ordem, salvo quando a distribuição se der de forma igualitária, contradizem alguns ideais distributivos da sociedade<sup>322</sup>.

Para Gustavo Amaral, essa separação entre as decisões (decisões de primeira e segunda ordens) acarreta uma série de consequências, uma rede de “ações e reações” inimagináveis

---

compassion, outrage, and terror. It is then that conflicts are laid bare between on the one hand, those values by which society determined the beneficiaries of distributions, and (with nature) the perimeters of scarcity, and on the other hand, those humanistic moral values which prize life and well-being”. CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 18.

320Ao se referir à decisão, nesse momento, estamos tratando de decisão administrativa. Devemos considerar, de antemão, que não se pode aceitar que as decisões administrativas ocorram a partir de escolhas, a partir da discricionariedade do administrador. Toda e qualquer decisão, seja administrativa, seja judicial, deve estar alinhada à Constituição, ou seja, deve ser fundamentada com base nas normas constitucionais, estruturadas, frise-se mais uma vez, em torno da garantia e promoção de direitos e valores fundamentais.

321CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 19.

322Para Calabresi e Bobbit: “The first movement, as we have said, traces the interplay between two different levels of allocation. First-order determinations define the global setting, whether existentially imposed, as in a condition of absolute natural scarcity, or, as is the more common case, one chosen on the basis of relative priorities within the larger context of ultimate natural scarcities, for instance, a population-restrictive policy which sets acceptable rates of procreation in a society. Second-order determinations allocate the available resources as defined by the first order, for instance, who may have children, how many, when, and so forth. Unless imposed by absolute natural scarcity, all first-order determinations contradict the postulate that a particular good is priceless. And all second-order determinations, unless they are supported by a totally dominant conception of appropriate distribution – of hierarchy and equality – mar some distributional ideals of the society.” CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 19-20.

dentro da ótica daquilo que ele denomina de microjustiça - “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia”, ou seja, a decisão concreta deve considerar o todo, sob pena de se anular direitos e garantias fundamentais que não poderão ser garantidos universalmente. Assim, a decisão de proteger um bem ou interesse essencial, dada a escassez de recursos, pode ocasionar sonegação de outros igualmente relevantes. Por isso, a complexidade da alocação de recursos escassos e a necessidade de a decisão administrativa ser fundamentada constitucionalmente, uma vez que se houver a probabilidade da prestação ineficiente ou a não prestação do direito pelo Poder Público, o Judiciário poderá intervir<sup>323</sup>.

Em se tratando de escolhas trágicas, essas decisões administrativas, geralmente, são tomadas separadamente, o que permite um arranjo complexo de métodos de alocação capazes de induzir a escolha trágica e possibilitar que o Estado e, conseqüentemente, a sociedade, aceite a variada mistura de valores em cada decisão que venha a ser adotada<sup>324</sup>. A divisão e a interação entre essas decisões poderiam explicar as escolhas trágicas<sup>325</sup> – em algumas circunstâncias, nas decisões de primeira ordem, a vida tem um baixo valor, enquanto em outras não (a vida é valorizada de forma diferente a depender da situação) e, o resultado daí decorrente aparenta ser inevitável, produto do infortúnio, mascarando aquilo que é escolhido tragicamente<sup>326</sup> - o aparente descompasso entre a decisão de primeira e segunda ordens tem o condão de obscurecer a escassez e, assim, a própria escolha trágica. Dessa forma, quando o Estado faz parecer que o resultado é inevitável, alegando a escassez como justificativa para determinada situação adversa, ele tenta ocultar aquilo que é tragicamente escolhido em algo natural, que não poderia ser evitado, não passando, contudo, de um artifício, uma vez que a escassez natural não é sempre um fator limitante, já que, ainda que absoluta em determinado período, ela não perdurará indefinidamente<sup>327</sup>.

323AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 18; 81-82.

324CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 19-20.

325Segundo Amaral, as escolhas trágicas são necessárias quando “há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas”, sendo essa escassez essencial e não acidental. As escolhas trágicas, “em última instância, implicam a negação de direitos” (e, em se tratando da saúde, podem implicar em um enorme sofrimento físico ou mental, ou até mesmo a morte). AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.81.

326CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 20.

327No original: “By making the result seem necessary, unavoidable, rather than chosen, it attempts to convert what is tragically chosen into what is merely a fatal misfortune. But usually this will be no more than a subterfuge, for, although, scarcity is a fact. A particular first-order decision is seldom necessary in any strict sense. True, there are instances of such absolute necessity like the triage decisions required by a plague or a famine. If artificial kidneys required the use of some unsynthesizable element of which there was only a small

Ademais, pode-se concluir que a escassez não é resultado da falta absoluta de recursos, mas sim, de uma decisão política do ente estatal e da sociedade em geral, que não está preparada para abrir mão de algo em prol de outros bens e valores fundamentais<sup>328</sup>. Isso porque os direitos, de forma geral, são criações do Estado para gerar e manter as condições essenciais para o desenvolvimento do homem e da sociedade, solucionando conflitos e desafios possíveis no meio social<sup>329</sup>. Têm como fim, portanto, estabelecer o bem-estar individual e coletivo e, por isso, pressupõe decisões políticas, decisões acerca de como os recursos serão obtidos e aplicados para esse propósito, implicando, nas escolhas trágicas – escolher o quê e o quanto investir em cada área é uma decisão política com implicações sociais relevantes, pois nem todos os setores e nem todo mundo será acobertado por essa política social, cabendo ao Judiciário, a missão de dizer o direito no caso concreto, quando chamado a atuar. Segundo Santos:

(...) toda escolha social é uma escolha trágica no sentido radical de que, mesmo decisões altamente benéficas reverberam em algum lugar, metamorfoseadas em mal. Por exemplo, a decisão de produzir x aparelhos de hemodiálise significa não apenas que parcela de necessitados não terão acesso a eles, mas também que carentes de outro tipo não poderão usufruir de, digamos, tratamento com bombas de cobalto. Mais: se se decide produzir aparelhos de hemodiálise em número suficiente para atender à demanda, maior será o número de cancerosos desassistidos. Quanto produzir e o quê converte-se, por se saber algo mais, em outra questão: como estabelecer justo intercâmbio entre o bem e o mal? A política social escapa ao cálculo econômico e ingressa na contabilidade ética, no cerne do conflito entre valores, no trágico comércio entre o bem e o mal. Considere-se então a seguinte proposição: chama-se de política social a toda política que ordene escolhas trágicas segundo um princípio de justiça consistente e coerente. A vantagem desta definição reside na cristalina revelação que faz do caráter metapolítico da política social. A política social não é uma política entre outras, dotada de um atributo que a diferencia das demais, mas da mesma ordem lógica. Ela é, em realidade, uma política de ordem superior, metapolítica, que justifica o ordenamento de quaisquer outras políticas – o que equivale dizer que justifica o ordenamento de escolhas trágicas. A escolha de uma política social, portanto, implica essencialmente a escolha de um princípio de justiça, consistente e coerente, cuja superioridade em relação a outros princípios possa ser demonstrada. Pela regra da transitividade, as políticas específicas ordenadas segundo esse princípio superior serão socialmente preferíveis a qualquer outro ordenamento. O

---

amount, then societies could only make so many artificial kidneys regardless of the resources they were willing to divert to that end. A determination to produce that number which exhausted the rare element might still not achieve a sufficiency that would permit us to treat all patients suffering from renal failure. But such natural scarcity is not often the limiting fact. More frequently scarcity – and the necessity of picking sufferers it imposes – even if absolute at a particular moment in time (as with the number of physicians capable of performing a kidney transplant), is not absolute over time”. CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 21-22.

328Conforme Calabresi e Bobbit, “scarcity is not the result of any absolute lack of a resource but rather of the decision by society that it is not prepared to forgo other goods and benefits in a number sufficient to remove the scarcity.” CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978, p. 22.

329HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.188.

problema da política social transforma-se no desafio de encontrar um princípio de justiça, coerente e consistente, que seja superior a qualquer outro<sup>330</sup>.

A efetivação dos direitos sociais, dentre eles a saúde, assim, enfrenta dois percalços. O primeiro envolve a questão dos custos, o que já foi criticado, uma vez que não apenas os direitos sociais de caráter prestacional demandam gastos do Estado. Todos os direitos, sejam individuais e políticos, sejam sociais, requerem a disponibilização de meios e recursos públicos para a sua efetiva concretização. Nesse contexto, ainda que os direitos sociais venham a demandar maior custo ao ente estatal, os direitos individuais não possuem um custo zero, requerendo a disponibilização de recursos públicos para ser implementados<sup>331</sup>. Dessa forma, “o argumento que afastava, *tout court*, o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro não se sustenta”<sup>332</sup>. Um segundo percalço a ser superado, diz respeito às escolhas trágicas: o reconhecimento de que as necessidades sociais são infinitas, mas os recursos públicos não, implica em escolhas políticas que determinarão quais são as prioridades e o quanto será disponibilizado para atendê-las, o que significa que algumas demandas sociais serão atendidas em detrimento de outras. Segundo Daniel Sarmento:

A garantia dos direitos fundamentais depende de recursos escassos, o que também vale para a proteção do mínimo existencial. A escassez obriga o Estado, em alguns casos, a se confrontar com verdadeiras “escolhas trágicas”, pois, diante da limitação de recursos para atender a múltiplas demandas, ele é forçado a eleger prioridades dentre diversas necessidades e exigências legítimas. As escolhas alocativas acabam sendo também desalocativas, pois subtraem “fatias do bolo” dos recursos existentes, mesmo quando isso não seja explicitado. Para lidar com esse fenômeno econômico, elaborou-se o conceito da “reserva do possível”<sup>333</sup>.

Nessa senda, a submissão da concretização dos direitos sociais e, especificamente, do direito à saúde, à reserva do possível configura em um álibi teórico utilizado pelo poder

330SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, p. 37-38.

331Para Ana Paula de Barcellos, o sistema público de vigilância, como polícia e bombeiros, cuja função está associada não apenas à proteção da vida, como também da propriedade privada (direito individual), demanda gastos por parte do público para a sua manutenção, assim como a realização das eleições, dentre outros exemplos. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.280.

332BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.280.

333SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

público para justificar a sonegação ou a sua prestação ineficiente. Isso porque, a limitação de recursos é um fato presente na sociedade – o Estado não possui disponibilidade fática e material para satisfazer as infinitas necessidades sociais. Entretanto, diante de uma Constituição com força normativa vinculante, cujo objetivo primordial consiste na promoção de direitos e valores fundamentais, tendo como norte a garantia da dignidade humana e do mínimo existencial, o ente estatal encontra-se obrigado às suas normas, configurando o seu não cumprimento na perda da sua confiabilidade, o que teria como consequência a sua transformação em um documento promotor de utopias deixando, por conseguinte, de ser a norma fundamental do Estado. Assim, assegurar ao texto constitucional a sua devida força normativa é garantir a promoção da transformação da realidade social, tal qual requer o novo paradigma introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo, sob o qual a Constituição de 1988 foi promulgada.

Conforme já salientado nessa pesquisa, o cumprimento da norma constitucional é dever que se impõe. As políticas públicas, que têm como objetivo transformar e melhor gerir o mundo concreto, se fazem a partir do estabelecimento das prioridades e dos critérios de escolha, que variam de acordo com as necessidades sociais de determinado momento, devendo estar voltadas para a preservação da dignidade humana e do mínimo existencial, garantindo-se o caráter transformador da realidade social. Nesses termos, a reserva do possível não deve submeter a concretização dos direitos e garantias sociais, mas, ao contrário, estar vinculada às normas constitucionais, devendo o administrador público destinar seus recursos e bens materiais disponíveis à concretização das prioridades elencadas como essenciais pela Constituição, não podendo funcionar como um obstáculo intransponível quando se trata da efetivação do mínimo existencial. Nesse sentido, MC no HC 172136/SP, de 1º de julho de 2019, cuja relatoria foi do Min. Celso de Mello:

(...) 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, o direito à segurança e, quanto aos que compõem o universo penitenciário, o direito de não sofrer tratamento degradante e indigno quando sob custódia do Estado. Em suma: a cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A

decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. **A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador** (grifo nosso)<sup>334</sup>.

Não se está, contudo, a desfazer da teoria da reserva do possível como um norte para a implementação de políticas públicas. A questão da limitação de recursos é um fato que não pode ser desconsiderado pelo Poder Público perante as infinitas necessidades sociais em um Estado cuja desigualdade impera. Entretanto, a reserva do possível não pode ser utilizada como um subterfúgio para justificar a ineficiência estatal na promoção dos direitos constitucionalmente assegurados, cuja concretização se encontra aquém das prioridades fundamentais, deixando-se de se promover o bem-estar do homem, cujo ponto de partida se encontra na garantia das condições mínimas para a promoção da dignidade, fundamento do Estado Democrático (e Social) de Direito brasileiro. Ou seja, considerando que a Constituição, estruturada em torno da garantia e promoção dos bens e valores essenciais à sociedade, tem como fim assegurar as condições materiais fundamentais ao exercício de uma vida digna, tendo o mínimo existencial como norte a ser assegurado, a gestão dos recursos pelo Poder Público deve priorizar a prestação eficiente dos bens e serviços materiais para a concretização desse objetivo<sup>335</sup>. Nesse sentido, segundo Ana Paula de Barcellos:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Nada obstante a utilização exaustiva do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que acabou por gerar certa reação de descrédito, é preciso não ignorar o assunto, sob pena de divorciar o discurso jurídico da prática de tal forma que o jurista pode até prosseguir confiante, quilômetros de distância, até olhar para trás e para os lados e perceber que está sozinho. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. O equilíbrio entre esses dois elementos pode ser obtido da seguinte forma. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos

334BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus nº: 172.136 SP* – São Paulo, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. Data de Julgamento: 01 de jul. de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC172136liminar.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

335SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020

fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-á estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. Como se vê, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Dito de outro modo, é correto afirmar que, nos termos constitucionais, garantir condições materiais essenciais à dignidade humana (o mínimo existencial) é a prioridade do Estado brasileiro. Essa prioridade constitucional haverá de refletir na forma como são gastos os recursos públicos, que deverão ser canalizados prioritariamente para a prestação dos serviços e/ou a entrega de bens necessários a produzir, no mundo dos fatos, a assertiva referida: garantir condições materiais essenciais à dignidade humana (...)<sup>336</sup>.

Entende-se, então, pela possibilidade de a reserva do possível ser adotada pelo poder público na eleição das prioridades para assegurar ao ser humano às condições essenciais para a sua dignidade. Contudo, enquanto argumento baseado em razões políticas, não deve ser utilizado pelo Judiciário diante da inefetividade prestacional de um direito de caráter prestacional pelo ente estatal, pois, assim, estaria o julgador intervindo em políticas públicas, indo além da competência que lhe foi definida pela norma constitucional, deixando de proferir uma decisão coesa, coerente e adequada à norma constitucional. A reserva do possível não é uma opção, é uma condição ôntica limitadora que nos leva a uma decisão administrativa, mas não pode ser uma fundamentação adotada em uma decisão judicial para justificar a sonegação dos direitos sociais, como a saúde, por se tratar de um argumento baseado em razões de política.

Segundo Dworkin, argumentos de política são um tipo de padrão que reflete um objetivo, uma meta a ser alcançada com o propósito de promover alguma melhoria no aspecto social, político ou econômico de uma determinada sociedade. Os argumentos baseados em razão de política não visam regular um comportamento específico, mas sim, os meios para que determinado fim sejam alcançados, sendo decididos democraticamente, a partir da definição das prioridades sociais a serem implementadas pelo Estado. Para Dworkin, os argumentos de política ou *policy*, “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”<sup>337</sup>.

Embora entenda que política e princípio façam parte de padrões diversos das regras<sup>338</sup>, Dworkin os diferencia ao definir o segundo como “um padrão que deve ser observado, não

336BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.287-288.

337DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 129.

338DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.



porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas, porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>339</sup>, ou seja, argumentos de princípio têm como fim justificar uma decisão política, “mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”<sup>340</sup>. Assim, enquanto o argumento de política representa um objetivo político do Estado, de interesse geral, o argumento de princípio enuncia um direito individual, a razão jurídica para que uma determinada decisão seja proferida, podendo ser opostas contramajoritariamente, por não estarem sujeitas às escolhas democráticas. Nesse sentido, Rafael Simioni, para quem “os argumentos de princípio procuram justificar que alguém ou um grupo de pessoas tem um direito por uma questão de princípio. São argumentos insensíveis à escolha, porque, mesmo quando uma maioria democrática decide contra argumentos de princípio, os princípios devem prevalecer (...)”<sup>341</sup>.

Dessa forma, entende-se que a reserva do possível seria um argumento político, a ser adotado pelo Estado para justificar a alocação de recursos para a satisfação de determinados direitos de caráter prestacional em detrimento de outros. Contudo, esse mesmo argumento não deve ser invocado pelo Judiciário para negar ao titular de um direito fundamental as condições essenciais para o exercício de uma vida digna, assegurado o seu bem-estar, a partir da garantia, de pelo menos, do mínimo existencial. Nesse contexto, interessante a lição desenvolvida por Daniel Sarmento, para quem a reserva do possível possui três desdobramentos: fático – relacionado à efetiva existência de recursos para a satisfação do direito prestacional; jurídico – correspondente à comprovação de autorização normativa para a disponibilização dos bens e recursos necessários para a realização do direito; e, por fim, a razoabilidade da prestação, tendo em vista os recursos existentes e “demais encargos que pesam sobre o Estado”<sup>342</sup>. Analisando esses desdobramentos, Sarmento entende que os dois últimos seriam inoponíveis ao mínimo existencial, uma vez que esse, como pressuposto da democracia, não pode “ficar à

---

339DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

340DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 129.

341SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v.5, n.1, p. 203-218, 2010. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/4756/3658>. Acesso em: 14 de ago. De 2020.

342SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

mercê das decisões do legislador”<sup>343</sup>; ademais, em se tratando da razoabilidade, não se pode negar a uma pessoa o acesso às condições essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna.

Quanto ao componente fático da reserva do possível, Sarmento entende que demanda uma melhor análise, uma vez que envolve a realidade econômica do Estado - “a reserva do possível fática deve ser compreendida como a capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada, para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu”. Para Sarmento, a escassez é um fato presente nas sociedades e, em não havendo recursos necessários para a garantia das prestações ligadas ao mínimo existencial, não haverá fórmula capaz de solucionar esse problema - “não haverá alquimia jurídica que possa contornar o limite, que não é imposto pelo Direito, mas pela própria realidade”<sup>344</sup>. Contudo, de acordo com o autor, o poder público, ainda que diante da reserva do possível fática, deve priorizar as prestações condizentes ao mínimo existencial, estando suscetível, inclusive, ao controle judicial caso não o faça. Assim, segundo o autor:

O Estado, nessa perspectiva, não poderá denegar prestações voltadas ao atendimento de necessidades básicas das pessoas, sob a invocação de ausência de recursos, se estiver realizando despesas supérfluas – obras de embelezamento, publicidade, promoção de festas e eventos etc. Daí porque se pode dizer que, pelo menos em países não miseráveis, como o Brasil, o mínimo existencial deve ser quase sempre assegurado em sede judicial, quando não o seja na esfera da política majoritária<sup>345</sup>.

Cumprido deixar claro, entretanto, que a doutrina majoritária<sup>346</sup> entende ser a reserva do possível inoponível ao mínimo existencial, posição a qual esse trabalho adere. Percebe-se que a adoção da teoria da reserva do possível pelo Poder Público vem ganhando o condão de limitar, ou até mesmo, anular direitos fundamentais, consubstanciando escolhas arbitrárias e não decisões administrativas fundamentadas na Constituição, configurando-se em um alibi

---

343 SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

344 SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

345 SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

346 Vide: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, a.1, n.1, p. 171-213, out./dez. 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

teórico recorrente para justificar a não prestação dos bens e meios materiais essenciais para a garantia do direito fundamental. A Administração Pública não pode ser exonerada do seu dever de concretizar direitos e valores fundamentais com base nesse álibi teórico, pelo contrário: deve exaurir todo o caminho necessário para a efetivação do direito, empregando todos os recursos e meios necessários para tal fim e, em não conseguindo, abre-se a possibilidade de o Judiciário intervir para suprir os déficits que advêm a partir dessa escolha administrativa arbitrária.

Para melhor demonstrar o entendimento aqui esposado, considere o direito fundamental social à saúde: a sua efetivação se dá, em um primeiro momento, pela ação do legislador, a quem compete garantir a normatividade das disposições constitucionais a partir da promulgação das leis e demais atos normativos como, por exemplo, a Lei 8.080/90, que traz a disposições gerais acerca do Sistema Único de Saúde. Ao Executivo, no que lhe concerne, compete executar as políticas públicas necessárias à implementação e concretização da saúde, ou seja, para concretizar o que a Constituição e o legislador dispuseram, cabe à Administração destinar os recursos e bens essenciais para garantia desse direito. Em sendo sonegado ou prestado de forma ineficiente, o direito à saúde pode ser pleiteado ao Judiciário, a quem compete garantir a sua efetividade, alinhando a sua decisão à norma constitucional, ou seja, deve garantir a força normativa da Constituição, concretizando os direitos e garantias fundamentais por ela consagrados.

Nesse sentido, a saúde, ao mesmo tempo em que constitui um direito fundamental a ser fomentado pelo Estado, a partir da instituição de políticas públicas em prol da coletividade e do bem-estar social, também constitui um direito subjetivo, no qual o indivíduo, titular desse direito garantido pela Constituição e pela legislação, pode exigir a sua efetivação perante a sonegação do ente estatal, tendo em vista a sua indispensabilidade para a garantia de outros direitos igualmente fundamentais, como a integridade física e a vida, de modo geral. Nesse ponto, traz-se o posicionamento de Dworkin quanto à concretização do direito à saúde. Dispõe o jusfilósofo norte-americano sobre o que ele denomina de princípio do resgate, que possui duas dimensões: a primeira, diz respeito ao fato de a vida e a saúde serem os bens de maiores importâncias e, por isso, os demais bens e valores poderiam ser sacrificados em prol deles. A segunda, diz respeito à distribuição equitativa da assistência à saúde, ainda que a desigualdade social seja um componente presente no Estado. Isso porque não se deve negar a ninguém o

direito a ter a assistência médica da qual necessita, ainda que não tenha condições financeiras de arcar com esse atendimento<sup>347</sup>.

De acordo com Dworkin, esse princípio do resgate implica que tudo deva ser gasto em melhorias na saúde. Entretanto, segundo o autor, nenhuma sociedade teria como arcar com esses gastos, dada a limitação fática de recursos públicos, havendo uma lacuna entre o direito à saúde e aquilo que efetivamente poderia ser garantido pelo Estado. Defende Dworkin, assim, a inaplicabilidade do princípio em questão, por ser, segundo o jusfilósofo norte-americano, “absurdo que a comunidade continue tratando a vida como bem fornecido a qualquer custo”<sup>348</sup>. Com todo respeito ao entendimento do autor aqui retratado, não se pode admitir que a vida seja objeto de negociações. Qual seria o sentido do direito se não o de regular os bens e valores essenciais à vida? Não se pode admitir que, em um Estado estruturado em torno da promoção e garantia de direitos e valores fundamentais, pudesse justificar a não efetivação de direitos humanos básicos por questões econômicas. Isso não quer dizer que se deva garantir tudo a todos, pois, faticamente já se demonstrou no decorrer do texto ser isso inviável. Mas não concretizar o fundamental para garantir o exercício de uma vida digna, no qual se garantam um mínimo existencial em saúde, educação, trabalho, dentre outros bens essenciais, seria atentar contra o propósito do Estado constituído sob o novo paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, no qual a transformação social se impõe.

Assim, no caso da escassez de recursos a tornar necessária a realização de escolhas trágicas pelo Poder Público, no sentido de determinar as prioridades em consecução de políticas públicas, o Judiciário, diante de um caso concreto, não deve fundamentar a sua decisão em argumentos políticos (entenda-se aqui, econômicos), pois, não possui competência para definir políticas públicas – o que teria preferência e o quanto deve ser disponibilizado para a sua consecução. Deve, outrossim, proferir decisões alinhadas com a norma constitucional, concretizando os direitos e valores sonogados pelo Estado, buscando garantir a efetivação do direito fundamental à saúde, em consonância com o papel transformador da realidade social, conferido à Constituição, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo<sup>349</sup>.

---

347DWORKIN, Ronald. *A virtude da soberania: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.434-435.

348DWORKIN, Ronald. *A virtude da soberania: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.435.

349Segundo Amaral, a escassez “é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, pois além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”. Nesses casos, torna-se necessária as escolhas trágicas, a partir da alocação de recursos para a satisfação de alguns bens e meios essenciais em detrimento de outros. Para Amaral, as escolhas sempre existirão e, em decorrência

Cabe ao Judiciário, portanto, decidir e não se valer de álibis teóricos, como a reserva do possível, para subverter o seu papel de guardião da Constituição – não cabe ao juiz ratificar, criar, alterar ou nortear políticas públicas, submetendo a efetivação do direito à saúde à reserva do possível, considerando a razoabilidade daquilo que lhe é pleiteado, uma vez que isso levaria a decisionismos, subjetivismos, decisões baseadas em convicções morais e não alinhadas aos princípios constitucionais. Não existe razoabilidade quando se trata da efetivação de direitos fundamentais sociais, não podendo a reserva do possível ser oponível a eles pelo Judiciário para justificar a omissão ou a deficiência do Poder Público no cumprimento de uma obrigação imposta pela própria Constituição. Assim, a efetivação do direito à saúde não está submetido a um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público e do Judiciário – a saúde, como um direito essencial ao ser humano, fundamental para a consecução de outros bens valores igualmente relevantes, impõe ao Poder Público a sua concretização e, em não sendo cumprido, deve o Judiciário garantir à Constituição a sua verdadeira força normativa<sup>350</sup>.

Faz-se oportuno deixar claro que não se está, ingenuamente, afirmando que a decisão judicial tem o condão de concretizar tudo e qualquer coisa, mas, amparada sob o álibi teórico da reserva do possível, que vem sendo utilizado como um subterfúgio para a sonegação de direitos fundamentais, como a saúde, o Judiciário não pode relativizar a sua obrigação de garantir a resposta correta, que é aquela alinhada com a Constituição. Em outras palavras, entende-se que a reserva do possível é uma limitação ôntica à concretização do direito fundamental e pode ser utilizada em dois momentos distintos: no não cumprimento do dever constitucional do ente estatal em efetivar o direito, sob o argumento da não disponibilidade de recursos, de bens e meios necessários, o que implica na intervenção do Judiciário e, em um segundo momento, quando determinado pela sentença judicial, mas o Estado deixar de

---

delas, haverão vítimas. Contudo, em não sendo essa escolha, uma decisão administrativa fundamentada, poderá o Judiciário intervir, verificando a existência do direito no caso concreto e, em caso afirmativo, garanti-lo ao seu titular, cabendo ao Executivo concretizar o determinado na sentença. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 100.

350A Constituição é a “ordem jurídica fundamental” do Estado, estruturada sobre direitos e valores fundamentais, tendo no Constitucionalismo Contemporâneo as ferramentas necessárias para o desenvolvimento da justiça constitucional, que confere ao intérprete a missão de conformar o ordenamento jurídico às normas constitucional. A ela é conferido um valor normativo hierarquicamente superior, tornando-a “um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais”, reconhecendo-se a sua força normativa que, para ser consolidada, requer do intérprete a conformação de suas normas com a realidade social na qual inserida, ou seja, com as condições fáticas de uma sociedade plural, com ideias e interesses diversos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 183. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 890.

cumpri-la sob o argumento da existência de limitações fáticas que o impediriam de implementar aquilo determinado na decisão proferida. Entretanto, o que se quer deixar claro é que ao Judiciário não cabe discutir se o Poder Público terá condições ou não de cumprir o determinado judicialmente, mas sim, dizer o direito – se ele existe ou não. Dessa forma, não se entende possível a relativização do dever de garantir a resposta adequada constitucionalmente em razão da reserva do possível<sup>351</sup>.

Portanto, a reserva do possível, enquanto limite ôntico, não pode servir como fundamento de uma decisão judicial que desonere o Estado de cumprir o seu dever de garantir os meios e recursos necessários para a concretização do direito sonogado. Não cabe ao Judiciário a realização de um juízo de mera conveniência e oportunidade quando se trata da efetivação de um direito sonogado pelo ente estatal, devendo alinhar a sua decisão aos princípios constitucionais, sob pena de incorrer em decisionismos – relativizar o dever de proferir uma decisão adequada aos princípios e valores constitucionais por não ser possível ao ente estatal garantir o cumprimento da sentença não é papel do Judiciário; a ele, cabe detectar se o direito é um direito fundamental e, em sendo, determinar que o Poder Público o garanta. É essencial, portanto, que a decisão judicial seja adequada constitucionalmente, não podendo a reserva do possível, nesse sentido, ser uma barreira intransponível para a garantia do direito à saúde, pois, do contrário, estaríamos diante de uma escolha e não de uma decisão judicial, diferença essa que será objeto de estudo do próximo capítulo<sup>352</sup>.

---

351STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 411.

352Faz-se necessário deixar claro que esse trabalho tem como fim analisar o **dever do Judiciário em proferir decisões alinhadas constitucionalmente e não se as mesmas serão efetivamente cumpridas pelo Poder Público**. Isso porque, a possibilidade de uma decisão não ser concretizada não implica na relativização da obrigação de conferir as respostas adequadas às normas constitucionais. Estamos tratando de respostas corretas, respostas condizentes aos princípios e valores constitucionais, e não se essas decisões serão executadas pelo ente estatal.

#### 4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

No constitucionalismo moderno, inúmeras promessas agregadas às já songadas de há muito, restaram frustradas, tornando inevitável a concepção de uma nova teoria do Direito, capaz de viabilizar a satisfação das necessidades decorrentes de um novo modelo estatal, democraticamente organizado como plural e incluyente, a partir da promoção de direitos e valores fundamentais como horizonte de compreensão daquilo que se tornou a nova proposta do poder público: resgatar essas promessas não cumpridas da modernidade, através de uma releitura condizente com a realidade social, adotando-se a Constituição como parâmetro hermenêutico vinculante, viabilizador da necessária reestruturação e transformação fática social contemporânea. Essa alteração de paradigma de compreensão ocorrida no século passado, no qual restou superada a estrutura positivista própria do Estado Moderno, tornou-se possível a partir do movimento teórico denominado neoconstitucionalismo e escancarou a necessária concepção de um novo modelo hermenêutico, de compreensão baseado na intersubjetividade, e não na vontade do sujeito solipsista da modernidade, que conformasse as normas jurídicas com a realidade social na qual inserida, sendo o Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro um dos desdobramentos desse novo paradigma constitucional<sup>353</sup>.

A partir do término da Segunda Guerra Mundial, então, tem-se a evolução do constitucionalismo moderno para um novo modelo constitucionalista (neoconstitucionalismos), dentre o qual encontra-se inserido o Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, que promoveu uma mudança na forma de compreensão e trouxe como finalidade do Estado contemporâneo a garantia e promoção de direitos e valores fundamentais garantidos pela Constituição<sup>354</sup>. Em decorrência dessa alteração, os poderes

---

353O Constitucionalismo Contemporâneo foi objeto de análise no capítulo 1, no qual buscou-se realizar a sua construção histórica, a partir do Estado Moderno, bem como analisar suas principais características. Dessa forma, para maior aprofundamento sobre o assunto, remetemos o leitor ao capítulo mencionado. Entretanto, apenas para esclarecimento, segundo Lenio Streck, o Constitucionalismo Contemporâneo é o movimento teórico jurídico-político que surge em meados do século passado, no âmbito do pós-positivismo e que tem como fim restringir o exercício do poder estatal, a partir do reconhecimento, garantia e proteção dos direitos humanos, fundamentais e sociais pelos documentos constitucionais, possibilitando a efetivação do modelo estatal democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67-68.

354Segundo Silva Filho, em razão do rompimento formal com o “paradigma moderno do Estado Liberal individual burguês (e do modelo fracassado de *Welfare State*) a Constituição de 1988, a partir do Estado (Social) Democrático de Direito, busca o resgate das promessas modernas, mediante efetivação de um projeto civilizatório racional, o homem, fim em si próprio, deixa de ser meio, tendo a sociedade, por intermédio desse Estado (este sim, meio), a função de produzir, reproduzir e aperfeiçoar a vida humana com qualidade e dignidade como metas e valores absolutos”. SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, 2012, p.27.

estatais passaram a estar vinculados às normas constitucionais, atuando para implementar as promessas não cumpridas da modernidade por meio da concretização dos direitos assegurados na Lei Maior. Assim, dada essa nova estrutura estatal baseada na força normativa do texto constitucional, o Poder Judiciário tem o seu papel ampliado, deixando de ser apenas o aplicador da norma legal para desempenhar uma função interpretativa, primando por uma compreensão baseada na intersubjetividade como condição de possibilidade das transformações pedidas e do resgate do mundo concreto desse novo arranjo social que constituiu o Estado Constitucional de Direito. Segundo Suzana Pozzolo:

La noción de Estado constitucional empleada por el neoconstitucionalismo se ve en los ordenamientos continentales posteriores a la Segunda Guerra Mundial; cosa que no es irrelevante para comprender las razones políticas, éticas, sociológicas y filosóficas del neoconstitucionalismo. En efecto; estas constituciones asumieron un número relevante de principios de justiça o, si se quiere, además de los derechos de libertad (o de primera generación), también a los derechos sociales (o de segunda generación); precisamente por ello son estas constituciones las que, en todo caso, impusieron al Estado tareas vinculadas a la intervención en la sociedad y en la economía. En definitiva, estas constituciones han cambiado el rol de la organización estatal, transformándola de árbitro en juez. Aún bajo este perfil, el Estado constitucional aparece como un objeto de estudio diferente al Estado de Derecho que la ha precedido<sup>355</sup>.

Com a ampla gama de direitos consagrados por esse novo paradigma constitucional, tornou-se necessária uma maior atuação do poder público para garantir aquilo que se tornou a proposta do Estado Constitucional de Direito, qual seja, resgatar as promessas não cumpridas da modernidade, a partir da concepção da Constituição como instrumento dotado de força normativa vinculante, garantindo-se a efetividade dos direitos humanos e fundamentais, em consonância com a nova realidade social e os limites impostos pelo Direito contemporâneo<sup>356</sup>. Contudo, com o abismo existente entre a concreta efetividade das normas constitucionais e as necessidades advindas de uma sociedade desigual, carente de atendimento de necessidades básicas, dos mais diversos direitos sociais e, até mesmo, individuais, nota-se o “deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional)”<sup>357</sup>, conferindo, conseqüentemente, uma abertura das atribuições estabelecidas ao Poder Judiciário,

355POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima, Palestra Editores, 2018, p. 301 (formato digital).

356Segundo Silva Filho, “as promessas da modernidade resumem-se a um ideal, o de bem-estar, ideal enfraquecido com o enfraquecimento do próprio Estado, regido por uma economia de mercado e reduzida capacidade de assegurar a fruição de direitos fundamentais”. SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, 2012, p.31.

357STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 448-449.



uma vez que, agora, o intérprete deixa de apenas aplicar a lei, tal como no modelo positivista, próprio da modernidade, para dizer o direito no caso concreto, a partir do desenvolvimento de uma (re)leitura hermenêutica constitucionalmente adequada e em conformidade com a realidade social na qual a norma encontra-se inserida.

Essa expansão do poder judicial ocasiona, em contrapartida, o protagonismo do Poder Judiciário, que é chamado a atuar de forma recorrente diante da omissão ou ineficiência dos demais poderes na concretização dos direitos e valores fundamentais, encontrando na Constituição os limites e padrões a serem observados no desenvolvimento de seu dever de dizer o direito no caso concreto, isto é, a judicialização das mais variadas demandas requerendo a efetivação dos direitos e garantias fundamentais sonegados pelo Estado, dentre eles, o direito fundamental à saúde, está relacionada à ineficiência dos demais poderes públicos na implementação das políticas necessárias e adequadas à garantia dos direitos e valores fundamentais.<sup>358</sup>. Assim, segundo Streck, “quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado”<sup>359</sup>.

O protagonismo do Judiciário, portanto, decorre em certa medida, em razão das insuficiências do Estado moderno, que não conseguiu atender às necessidades de uma sociedade complexa, desigual, tornando necessária a construção de uma nova estrutura estatal capaz de satisfazer as necessidades de uma realidade social constituída após as inúmeras violações de direitos e valores fundamentais do homem pela modernidade, concretizando aquilo que se prometeu, mas não foi cumprido. Por conseguinte, a partir desse novo arranjo social, estruturado em torno de uma ampla garantia de princípios e direitos fundamentais, a ineficiência do ente estatal contemporâneo no cumprimento dessas garantias constitucionais, em razão da não consecução das políticas públicas necessárias para viabilizar a concretização daquilo a que se propôs nesse novo modelo de Estado Constitucional (o resgate daquilo que se prometeu, mas não cumpriu anteriormente), torna a via judicial como a única possível para ressignificar o sentido das normas em conformidade com o tempo e a realidade social na qual

---

358STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

359STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

inseridas, sendo o Judiciário chamado a resolver os déficits de efetividade de uma Constituição que não está constituindo, motivando o seu protagonismo<sup>360</sup>.

Nessa senda, cabe ao julgador, no exercício da sua atividade hermenêutica e através do desenvolvimento de um esquema intersubjetivo de compreensão, garantir a efetividade aos direitos e valores positivados a partir da adoção da Lei Maior como horizonte interpretativo autêntico por conter sentidos extraídos democraticamente dos anseios sociais e civilizatórios, encontrando o sentido na linguagem e não mais na consciência - “não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão”<sup>361</sup>. Requer-se, assim, a superação do paradigma sujeito-objeto, em que o sentido das coisas é imposto pela vontade do sujeito solipsista da modernidade a partir da adoção de modelos ideais assujeitadores e objetificantes, cabendo ao juiz, atribuir o sentido a partir de uma compreensão adequada aos parâmetros impostos pela Constituição, primando pela efetivação da justiça constitucional.

Dito de outro modo, torna-se essencial no Estado Democrático (e Social) de Direito, alicerçado na garantia dos direitos e valores constitucionais, o sobrepujamento do esquema sujeito-objeto<sup>362</sup>, alterando-se o modelo hermenêutico baseado na “consciência ou a convicção pessoal”<sup>363</sup> do julgador, próprio da filosofia da consciência, por uma compreensão intersubjetiva (esquema sujeito-sujeito), na qual a compreensão e a decisão são atos incidíveis<sup>364</sup>, encontrando na linguagem a ferramenta necessária para a atribuição de sentido. A linguagem é, assim, a condição de possibilidade para a transformação social desse novo projeto constitucional de Estado, que busca a superação da tensão entre planos ideal e real,

---

360Em geral, o protagonismo do Poder Judiciário no Estado contemporâneo pode ser simplificado da seguinte forma: mais direitos reconhecidos na Constituição Federal, instrumento cujas normas impõe padrões vinculativos de atuação e interpretação, somados à ineficiência prestacional do ente estatal resulta em um aumento das demandas judiciais e, por conseguinte, da atuação do Judiciário na resolução dessas questões.

361STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 205 (formato digital).

362O esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade, está ancorado na filosofia da consciência, uma vez que dependente teleologicamente do sujeito solipsista, que fundamenta suas decisões a partir das suas convicções morais e pessoais, assujeitadoras do sentido das coisas. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 63-67.

363STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 818 (formato digital).

364A compreensão, o sentido das coisas é determinado a partir da *applicatio*, ou seja, a atribuição de sentido não se dá a partir de um grau zero de sentido – sempre haverá um conjunto de elementos que levará à compreensão. Compreender, assim é sempre interpretar e interpretar é uma forma de compreender e, da mesma maneira em que sempre ocorrerá no caso concreto e não em abstrato, também não pode ser um ato cindindo, isto é, o ato de compreender e decidir não são separáveis – não se interpreta primeiro para só depois decidir. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 21-23.

próprios da dicotomia moderna em que o sujeito se assenhora dos modos ideais de existências em uma dinâmica/função corretiva voltada à construção de modelos perfeitamente deduzidos de máximas universalizantes, incompatíveis com uma sociedade plural e fundada na diversidade humana.

Logo, com a consagração de novos direitos pelo Constitucionalismo Contemporâneo e a expansão do poder judicial, torna-se necessária a atuação do Judiciário frente a um déficit cada vez mais pronunciado na efetivação desses direitos, o que demanda do juiz o desenvolvimento de uma compreensão hermenêutica em consonância com os valores e princípios consagrados pela Lei Maior, para se chegar a uma decisão constitucionalmente adequada. Entretanto, muitas vezes, no desempenho da sua atribuição, o julgador se vale dos princípios como álibis teóricos para justificar decisões solipsistas, sem qualquer critério de racionalidade, fundamentadas em escolhas, razões pessoais, tornando propícia a prática decisionista, baseada na discricionariedade judicial. Dessa forma, é imprescindível enfrentar como o protagonismo do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, diante da ineficiência dos demais poderes, contribui para a prática de condutas arbitrárias e para a disseminação do decisionismo, sendo essencial estabelecer a diferença entre decisão e escolha judicial e enfrentar a questão de como a efetivação do direito à saúde vem sendo afetado por esse ativismo judicial recorrente, sendo tais questões, objeto de análise nesse capítulo.

#### **4.1. O protagonismo do Poder Judiciário na concretização de direito fundamental social à saúde: a diferença entre escolha e decisão judicial.**

Com o advento dos neoconstitucionalismos na metade do século passado, as Constituições se consolidam como norma jurídica de caráter vinculante, consistindo no fundamento de legitimidade e validade das relações sociais e jurídicas desenvolvidas no âmbito do Estado Democrático (e Social) de Direito. Nesses termos, o texto constitucional, dotado de força normativa vinculante, impõe aos poderes públicos o necessário dever de agir em conformidade com as suas disposições, configurando-se no instrumento viabilizador da transformação da realidade social, pretendida pelo novo paradigma de compreensão introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo, que “traz para dentro do Direito temáticas que antes se colocavam à margem da discussão pública: a política representada pelos conflitos sociais, os Direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as

possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas no e a partir do Direito”<sup>365</sup>. Nesse novo contexto paradigmático, no qual as Constituições passam a ser estruturadas a partir da consagração de uma ampla gama de direitos e valores fundamentais, discute-se o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário na implementação desses direitos por meio do exercício da jurisdição constitucional. Segundo Lenio Streck:

Em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, parece que a preocupação primordial dos juristas e de qualquer teoria jurídica que se pretenda transformadora é a de realização do Direito (as promessas da modernidade incumpridas). Nesse sentido o esforço das diversas teorias buscando a superação dos obstáculos à realização do direitos fundamentais sociais elencados nos textos constitucionais do interior dessa verdadeira revolução copernicana do Direito constitucional, trazendo para o seu campo questões que antes faziam parte apenas do “território independente” das relações privadas. As Constituições – mormente a brasileira, fortemente dirigente e compromissória – invadem as relações privadas e as submetem à esfera pública. O Direito não mais apenas regula; nem tampouco apenas promove; agora, transforma as relações sociais<sup>366</sup>.

A constitucionalização do Direito, dessa forma, se dá em razão da fragmentação do modelo moderno, baseado no esquema sujeito-objeto e das insuficiências do positivismo kelseniano no Estado Moderno, no qual barbáries foram praticadas sob o manto da legalidade, violando-se direitos e valores humanos básicos, tais como a dignidade humana e o próprio direito à vida, escancarando a necessária alteração do paradigma de compreensão implementado pelo ente estatal, no qual fossem viabilizados mecanismos de proteção social que impedissem violações como as perpetradas pelos regimes totalitários – com o intuito de demonstrar parte das barbáries perpetradas pelo Estado Alemão durante a Segunda Guerra Mundial, traz-se o alarmante número de um pouco mais de 1,8 milhões de judeus que foram exterminados em menos de oito meses, durante o Holocausto, em decorrência da Operação Reinhard, cujo nome se deu em razão do Oficial nazista Reinhard Heydrich, que foi incubido pelo Governo de encontrar uma “solução” para o “problema judaico” nos territórios europeus ocupados pela Alemanha, o que ocorreu com a intensificação dos assassinatos em massa dos judeus<sup>367</sup>

A supremacia da Constituição surge, nessa linha, como resposta às arbitrariedades propiciadas pelo modelo moderno, excludente e fragmentador, estando estruturada em torno de direitos e garantias fundamentais, sendo o instrumento viabilizador da pretendida

365STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 463.

366STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 473.

367GILBERT, Martin. *A Segunda Guerra Mundial: os 2.174 dias que mudaram o mundo*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 5723-12473 (formato digital).

transformação social, funcionando como limite para a atuação dos poderes estatais, ao ensejar uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito. Por conseguinte, foi a partir desse período que o Judiciário vivenciou uma expansão do seu poder, assumindo um protagonismo na garantia dos direitos e valores fundamentais consagrados pela Constituição, mas sonegados ou ineficientemente concretizados pelo Estado. Segundo Carvalho:

A expansão do poder judicial é um fenômeno que tomou conta do final do século passado. A grande maioria dos países ocidentais democráticos adotou o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes. A inclusão dos Tribunais no cenário político implicou em alterações no cálculo para a implementação de políticas públicas. O governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, teve que se preocupar em não infringir a Constituição. Essa seria, de maneira bastante simplificada, a equação política que acomodou o sistema político (democracia) e seus novos guardiões (a Constituição e os juizes). Essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios. Apesar da assimetria existente entre os poderes, o Judiciário vem ocupando um lugar estratégico no controle dos demais, principalmente do Executivo<sup>368</sup>.

A expansão do poder judicial, assim, é um fenômeno próprio do Constitucionalismo Contemporâneo decorrente, dentre outros motivos, das promessas não cumpridas modernidade, tornando propício o ajuizamento de novas demandas pleitando a concretização de direitos constitucionais não efetivados pelo ente estatal, reclamando a atuação recorrente do Poder Judiciário, que adquire um papel de destaque nesse modelo estatal constitucional. Tem-se, nesse sentido, a chamada judicialização da política, que consiste na atuação do Poder Judiciário em matérias que não seriam originariamente de sua competência – é o processo por meio do qual âmbitos de tomadas de decisões não judiciais vêm a ser dominados por procedimentos tipicamente judiciais<sup>369</sup>. A judicialização seria, então, a infusão dos procedimentos judiciais de decisão em questões tipicamente decididas nas arenas políticas,

368CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit., Curitiba*, n. 23, p. 127-139, nov. 2004. <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 01 de set. 2020.

369De acordo com Neal Tate e Torbjörn Vallinder, judicializar consiste em “tratar judicialmente, chegar a um julgamento ou decisão sobre.” Já Luis Roberto Barroso, por sua vez, judicializar significa que determinadas questões de relevância política ou social estão sendo discutidas e decididas pelos órgãos do Poder Judiciário e não pelos Poderes Executivo e Legislativo. A judicialização implica uma “transferência de poder para juizes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)thesis*. Rio de Janeiro, v.5, n.1, p.23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/issue/view/555/showToc>. Acesso em: 28 de out. de 2019. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1995. p.26.

reservadas à análise de agentes políticos, democraticamente eleitos, dos Poderes Executivo e Legislativo<sup>370</sup>. De acordo com José Ribas Vieira:

Esse contexto de uma presença mais efetiva do direito cria, como consequência lógica, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais. As conseqüências para a teoria processual não são pequenas. Tal processo é denominado “judicialização da política”. Ele consiste em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica<sup>371</sup>.

A judicialização, para Lenio Streck, está relacionada ao “funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição”<sup>372</sup>, isto é, quando se torna possível discutir judicialmente a adequação constitucional ou a eficiência das políticas públicas implementadas, de forma geral, pelo ente estatal, observa-se um aumento no número de demandas no Poder Judiciário com esse propósito, sendo, portanto, maior o “grau de judicialização”<sup>373</sup>. Nesse sentido, tendo em vista a sofisticação e complexidade das relações sociais, bem como o reconhecimento e a proteção de novos direitos como fundamentais nas Constituições contemporâneas, o Judiciário surge como a via necessária para corrigir as ineficiências estatais, sendo a judicialização, para Lenio Streck, “contingencial”, por depender “de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições”<sup>374</sup>.

A judicialização, assim, tem como base o reconhecimento da Constituição como documento normativo dotado de força vinculante, estruturado em torno da consagração de direitos e garantias fundamentais, demandando do Poder Judiciário, uma recorrente intervenção para garantir o seu respeito e promoção diante da inércia, ineficiência ou violação

370VALLINDER, Torbjörn. “When the Courts go marching in”. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1995, p. 13.

371VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: A Judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v.01, n.04, out./nov. 2009. Disponível em: <https://portaladm.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

372STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

373STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

374STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

dos demais poderes estatais na sua proteção<sup>375</sup>. Nessa linha, o Judiciário surge como o protagonista em um Estado no qual a judicialização de demandas torna-se inexorável em razão da proliferação de direitos e garantias fundamentais nas Constituições pós-Segunda Guerra Mundial, bem como pela complexidade das relações sociais a partir desse novo projeto constitucional do Direito. A passagem do Estado Moderno Legislativo, amparado apenas na lei, para o Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição, dotada de alta carga axiológica, a sua norma fundamental, alinhada ao extenso rol de direitos e valores constitucionais, que demandam uma maior atuação do ente estatal para a sua efetiva concretização, desloca o polo de tensão dos demais Poderes, para a via judicial, a partir da amplificação das demandas judiciais decorrentes desse novo arranjo jurídico e social.

É importante ressaltar que o protagonismo do Poder Judiciário é, assim, previsível no contexto atual em que a sonegação ou prestação ineficiente dos direitos fundamentais passam a ser discutidas no âmbito judicial, demandando do Poder Judiciário uma atuação mais

---

375 Há duas formas de judicialização da política, segundo Tate e Vallinder: a judicialização externa ou “from without”, que consiste no *judicial review*, controle de constitucionalidade de leis e atos normativos realizados pelo Poder Judiciário; e a judicialização interna ou “from within”, a partir da incorporação de métodos e procedimentos jurídicos no âmbito dos demais poderes, proporcionando a realização de uma justiça administrativa. De modo geral, segundo os autores, a judicialização da política só é possível porque o regime democrático de governo assim permite, pois, nos Estados democráticos, o Poder Judiciário é autônomo e independente, possuindo liberdade de atuação para atender às demandas daqueles que o instam para tanto. Em países que adotam outro regime de governo, como o totalitarismo por exemplo, pode ser possível notar, ao contrário, um protagonismo do Poder Executivo que subjuga os demais Poderes estatais à sua vontade, restringindo as suas atuações em conformidade com o que considera mais apropriado. No que concerne especificamente ao *judicial review*, a sua base seria o documento fundamental do país, ou seja, a Constituição Federal. Tate e Vallinder ainda defendem que o alcance e a eficiência desse instituto pode ser ampliado e aprimorado a partir da promulgação de uma declaração de direitos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que teve um papel fundamental no reconhecimento e na garantia de direitos humanos básicos no pós-Segunda Guerra Mundial, sendo um dos fatores que contribuíram para a expansão global do poder judicial, uma vez que propiciou ao Poder Judiciário exercer um controle social acerca da concretização e respeito a esses direitos pelo próprio Estado. Cumpre salientar, em conformidade com Tate e Vallinder que, nesse período pós-Guerra, os EUA emergiram como uma super potência democrática. Para muitos países democráticos, velhos e novos, o sistema político americano, que concedeu grande poder e prestígio para o judiciário e para o *judicial review*, tornou-se um ideal a ser imitado. Em 1930 muitos liberais, tanto nos EUA como na Europa, foram críticos do desempenho da Suprema Corte Americana que, valendo-se do seu poder de controle judicial, declarou inconstitucional algumas importantes propostas do presidente Franklin D. Roosevelt, quase destruindo seu programa de combate à depressão econômica. Entretanto, após a guerra, especialmente no período do Tribunal de Warren (1953-1969), o Judiciário começou a seguir uma linha mais social, proferindo várias decisões favoráveis aos grupos menos favorecidos, como os negros, reforçando a expansão do poder judicial, dentro e fora dos Estados Unidos. O Poder Judiciário, assim, nos moldes estabelecidos pelo ordenamento jurídico norte americano, assume um papel de destaque nesse contexto pós guerra, controlando a legalidade e a constitucionalidade dos atos estatais, com o fim precípua de garantir que direitos e garantias fundamentais do homem não fossem violados pelo próprio Estado. Portanto, foi a partir do fim da Segunda Guerra Mundial que o mundo vivenciou a expansão do poder judicial de forma mais proeminente, nos moldes norte americano, que propiciou o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação de direitos e valores fundamentais, tendo a Constituição como norte interpretativo. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The expansion of judicial power*. New York University Press, 1995, p. 2-35.

ostensiva. Nesse sentido, a judicialização de demandas requerendo a efetivação de direitos fundamentais reflete diretamente as necessidades de uma sociedade carente de ações estatais, estando submetida à necessária implementação de políticas públicas para ter assegurado os seus direitos mais essenciais consagrados pela norma constitucional. Por conseguinte, diante do não cumprimento da Constituição, em razão da omissão ou ineficiência do ente estatal na realização de políticas públicas capazes de garantir os direitos e valores fundamentais estruturantes do Estado Democrático de Direito, o Judiciário se apresenta como a única via existente para viabilizar o caráter transformador da realidade, garantindo a necessária realização da justiça social. De acordo com Werneck Vianna, Marcelo Baumann e Paula Martins:

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos<sup>376</sup>.

Tratando-se especificamente do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, marcado pelas características de um país de modernidade tardia, com grandes abismos sociais, o protagonismo do Poder Judiciário torna-se acentuado: mais direitos fundamentais garantidos pela norma constitucional, alinhados à ineficiência do Estado na sua prestação, torna a via judicial como o caminho necessário para efetivação daquilo que vem sendo sonhado. Dessa forma, além do processo de redemocratização que, com a Constituição Federal de 1988 ampliou as atribuições do Poder Judiciário, transformando-o em um “verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes”<sup>377</sup>, a ampla gama de direitos e garantias fundamentais consagradas na Lei Maior tornou propício o protagonismo do Judiciário frente à inefetividade dos demais poderes na sua promoção.

---

376VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 07 de set. de 2020.

377BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.



A judicialização, assim, torna-se inevitável e previsível em um ordenamento constitucional como o brasileiro, no qual a associação de uma ampla gama de garantias e direitos fundamentais e a baixa eficiência do ente estatal na sua promoção enseja o cenário propício para o fenômeno em questão e, se suas consequências também são previsíveis somos levados à questão tratada neste trabalho, que é como evitá-las e, nessa linha, se pretende alinhar a contenção do arbítrio judicial através de respostas constitucionalmente adequadas, inseridas nas regras do jogo democrático<sup>378</sup>.

No que tange à saúde, a judicialização das mais variadas demandas requerendo a sua concretização tem se tornado um fenômeno cada vez mais recorrente no Estado brasileiro<sup>379</sup>, sendo os órgãos judiciais instados a manifestar-se sobre questões relativas à sua proteção, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que a garante como um direito fundamental, cujo acesso deve ser viabilizado, a partir da promoção de políticas públicas, de forma universal e igualitária<sup>380</sup>. Estando o titular, assim, diante de uma omissão ou prestação ineficiente do ente estatal, restando violado o seu direito constitucionalmente assegurado,

---

378O Ministro Luís Roberto Barroso entende que judicialização é decidir na instância judicial, questões de “larga repercussão política ou social” em vez de se discutir nas instâncias políticas tradicionais – Congresso Nacional e Executivo. Para o Ministro, há três causas para a judicialização: “A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (...) Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”. A terceira causa apresentada por Barroso é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que, segundo ele, é um dos mais abrangentes do mundo - “desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual, inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

379CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 24 de setembro de 2019.

380Vide artigos 6º e 196, Constituição Federal de 1988.

poderá recorrer aos órgãos judiciais para garantir o exercício do seu direito fundamental à saúde.

A judicialização da saúde, nesses termos, consiste na tomada de providências por parte das cortes ou juízes em razão da sua não efetivação pelo poder público, cabendo ao Judiciário o dever de concretizar um direito fundamental constitucionalmente assegurado, dada a sua essencialidade para a efetivação de outros direitos e valores, tais como a dignidade humana e a integridade física. Como exemplo da judicialização de demandas requerendo a efetivação do direito à saúde, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.235.983, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 04 de maio de 2020:

**E M E N T A: DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL** – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO .

Tal como ressaltado na decisão ora agravada, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa (...).

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), **entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.**

Cumpre não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o **direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível**, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade **deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.**

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4.332-4.334, item n. 181, 1993,

Forense Universitária) – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, **sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.**

Nesse contexto, **incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde**, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de **fundamentalidade** do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196) – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – **impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva** que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a **promover, em plenitude, a satisfação efetiva** da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

**Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito.** Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele **integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.** STF – AgR ARE: 1235983 PE – PERNAMBUCO 0003777-97.2016.8.17.2001, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/05/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: Dje-122 18-05-2020<sup>381</sup>.

A judicialização de demandas requerendo a efetividade das prestações relativas à saúde, nessa senda, torna-se imperiosa frente a ineficiência do Estado em implementar políticas públicas que garantam ao seu titular a sua plena satisfação. Entretanto, sem o uso das ferramentas adequadas e por meio de uma errônea ou ineficiente leitura da Constituição, por meio do uso da racionalidade própria da modernidade, estruturante do esquema sujeito-objeto, no qual o sentido das coisas é imposto a partir da consciência, da vontade do sujeito, a atuação do julgador pode ter como consequência o decisionismo, em que, a partir de escolhas, tem-se uma “resposta ativista”, inapropriada ao ordenamento jurídico e à “perspectiva de democracia

381BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.235.983 PE* – PERNAMBUCO 0003777-97.2016.8.17.2001. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Brasília, DF. Data de Julgamento: 04 de mai. de 2020, Segunda Turma, Data de Publicação: Dje-122 18 de mai. de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752676166>. Acesso em: 07 de set. de 2020.

normativa<sup>382</sup>. Dessa forma, a expansão do Poder Judiciário, que ocasiona o seu protagonismo na resolução de demandas acerca do reconhecimento e efetivação do direito à saúde, assim como de todos os demais direitos e garantias fundamentais, muitas vezes, dá ensejo ao “paradigma da subjetividade”<sup>383</sup> ou filosofia da consciência, abrangendo o ativismo, decisionismo e a arbitrariedade, apostando na subjetividade do julgador, nas suas convicções pessoais e morais para chegar, por meio de um ato de escolha, à resposta a ser adotada no caso concreto, afastando-se da norma constitucional como horizonte interpretativo para a obtenção da decisão adequada.

De acordo com Streck, a filosofia da consciência se manifesta, dentre outras formas, a partir da crença de que o ato de julgar consiste em uma declaração de vontade, ou seja, decidir consiste em um ato de escolha no qual o subjetivismo, a parcialidade, as convicções pessoais e morais daquele a quem incumbe realizá-lo, são levadas em consideração no momento da decisão concreta<sup>384</sup>. Trata-se de um ato discricionário feito a partir de uma atividade eletiva do julgador. Escolhas são realizadas com base em um questionamento sobre o que “eu” devo fazer, remetendo-nos à consciência daquele a quem compete o ato, ao império do subjetivismo, no qual decisões são proferidas em prol de uma moral social, acarretando arbitrariedades e decisionismos por parte de um Judiciário solipsista<sup>385</sup>. A filosofia da consciência molda o comportamento do julgador solipsista que, ao invés de proferir decisões constitucionalmente adequadas, direito daquele que recorre ao Judiciário, dá respostas baseadas em escolhas.

Já o solipsismo pode ser compreendido como “a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o

---

382STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

383STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 345 (formato digital).

384STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 205 (formato digital).

385A noção de solipsismo remete à modernidade, na qual acreditava-se que o sujeito bastava a si próprio, assujeitando o sentido das coisas segundo suas razões pessoais, sua subjetividade. De acordo com Streck, “a subjetividade é o veículo de todos os conceitos do entendimento que possibilita o acesso ao mundo. A subjetividade humana, sustentada por esse ‘eu’ é a estrutura transcendental que possibilita todo o conhecimento sobre o mundo, independentemente de qualquer tipo de relação ou contexto histórico-social. Por essa razão, podemos dizer que solipsismo e subjetividade estão intimamente ligados”. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.273-277.

mundo conforme o seu ponto de vista interior”<sup>386</sup>. O solipsismo é próprio da modernidade, que acreditava na subjetividade humana como razão, fundamento para todo o “conhecimento sobre o mundo”<sup>387</sup>. Essa noção de solipsismo reflete aquele julgador que profere decisões com base na sua consciência, de acordo com o seu senso de justiça pessoal, realizando aquilo que Streck entende por escolha e não decisão judicial. Dessa forma, no ato de escolher, o julgador é quem deterá o poder de atribuir o sentido de acordo com suas convicções pessoais, com aquilo que julgar mais conveniente, decidindo conforme a sua consciência<sup>388</sup>. A expressão “decido conforme a minha consciência” reflete bem a postura de alguns membros do Judiciário brasileiro em dizer, interpretar o Direito segundo suas convicções pessoais, subjetiva, estando atrelados ao esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade, no qual o sujeito se assenhora do sentido das coisas, atribuindo o fundamento, a razão de ser das coisas discricionariamente, valendo-se das suas convicções pessoais para tanto<sup>389</sup>.

Feitas tais considerações, importa, nesse momento, realizar a necessária diferenciação entre escolha e decisão judicial para, após, trazer casos emblemáticos sobre a judicialização do direito à saúde no qual evidencia-se respostas ativistas do julgador. O salto paradigmático da compreensão baseada no esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, das insuficiências do positivismo kelseniano, próprio do constitucionalismo moderno, em conformar as normas com a realidade na qual inserida, para um novo modelo hermenêutico constitucional, que insere no Direito questões antes não discutidas nesse âmbito, como, por exemplo, a recorrente sonegação de direitos fundamentais sociais e pretendida transformação da sociedade pelo Direito, garante uma atuação mais proeminente do Poder Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito, a quem compete viabilizar o resgate do mundo concreto e o essencial ajuste do Direito com a realidade contemporânea, primando pela efetivação dos direitos sonegados por um Estado ausente, que não implementa, de forma satisfatória, as políticas públicas necessárias para a concretização dos direitos e garantias consagrados pelo texto constitucional<sup>390</sup>.

---

386STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.273.

387STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.273.

388STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 43; 63-67.

389STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.255. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito À luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 63-67.

390STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 463.

“Não se pode olvidar a tendência contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos”<sup>391</sup>, tendência esta resultante de um desarranjo de forças e desequilíbrio de poderes. Contudo, esse protagonismo na determinação da efetivação dos direitos violados ou não prestados satisfatoriamente pelo ente estatal, não pode dar ensejo a respostas judiciais fundamentadas na consciência, na vontade do julgador, configurando-se em escolhas ao invés de decisão judicial, que tem na Constituição o necessário parâmetro de compreensão para se obter a resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto. Cabe ao julgador, no desempenho da sua atribuição constitucionalmente estabelecida, conferir ao titular do direito posto em julgamento, a resposta adequada aos princípios e normas constitucionais e não escolher, por razões solipsísticas, a que entende ser correta, de acordo com a sua consciência, para solucionar o caso concreto. A judicialização de demandas requerendo a concretização dos direitos fundamentais, dentre eles a saúde, portanto, não pode implicar em resposta ativistas, uma vez que decidir não é o mesmo que escolher<sup>392</sup>.

Segundo Lenio Streck, o ato de escolher importa em um subjetivismo, na parcialidade daquele a quem incumbe realizá-lo, levando-se em consideração suas convicções pessoais e nada mais. Trata-se de um ato discricionário feito a partir de uma atividade eletiva do julgador. Escolhas são realizadas com base em um questionamento sobre o que o sujeito, detentor da razão, deve fazer, ou seja, remete-nos à consciência, à subjetividade daquele a quem compete o ato, desencadeando decisionismos, respostas arbitrárias proferidas por um julgador solipsista<sup>393</sup>, que detém o poder de atribuir o sentido de acordo com suas convicções pessoais, com aquilo que julgar mais conveniente (“decido conforme minha consciência”)<sup>394</sup>. Nesse sentido, para o referido autor:

A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que “o juiz possui poder discricionário” para resolver

---

391STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 288 (formato digital).

392STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 2246 (formato digital).

393STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.273-277.

394STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 43; 63-67.

os “casos difíceis”, o que se quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquele que melhor lhe convier...!<sup>395</sup>

O ativismo judicial, adverso àquilo que se tornou o novo projeto democrático de Estado, ajusta-se a partir desse ato de escolha, que impõe às questões concretas a inserção do voluntarismo, do subjetivismo, a adoção de concepções individuais, configurando uma verdadeira “jurisprudência de valores”<sup>396</sup>, na qual o intérprete, no desempenho de sua atividade hermenêutica, atribui ao texto um sentido fundamentado em um conjunto de valores subjetivos, que vão além daqueles determinados pelo ordenamento jurídico. Na jurisprudência de valores, o texto perde sua relevância em decorrência da análise subjetivista do julgador, que lhe outorga um significado baseado nas suas convicções pessoais, estando voltada para “o papel da atividade do juiz e os valores que deve considerar na atividade jurisdicional”<sup>397</sup>, sem deixar que o texto lhe diga algo, como esperado no esquema sujeito-sujeito, em que são desenvolvidas relações intersubjetivas, superando-se o antigo esquema sujeito-objeto, no qual cabia ao intérprete assujeitar o objeto, ou seja, atribuir a ele o sentido que melhor lhe conviesse segundo razões solipsistas<sup>398</sup>.

Nesse sentido, o ativismo judicial implica na exteriorização de escolhas, e não decisões, a partir de um juízo de valoração subjetiva, solipsística do julgador, que submete o objeto a um ato de vontade, conferindo-lhe o sentido que considera mais adequado segundo sua consciência ou valores pessoais, “o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa”<sup>399</sup>, uma vez que torna oportuno a prática decisionista e o voluntarismo judicial, exercidos a partir da execução de métodos incompatíveis ou

395. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 2247 (formato digital).

396. Na jurisprudência de valores, o Direito seria uma “ordem positiva de valores”, permitindo ao magistrado/tribunal valer-se de critérios decisórios além daqueles previstos pela lei. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 115.

397. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 117.

398. O esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade, confere ao sujeito cognoscente o poder de atribuir sentido às coisas. Trata-se de uma subjetividade assujeitadora do objeto – é o sujeito quem atribui o sentido das coisas, quem objetiva o objeto. Esse esquema pode ser detectado a partir de teses como a do livre convencimento, livre apreciação da prova, “juiz decide conforme sua consciência”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.255. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 63-67.

399. STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

incoerentes entre si, violando-se o “direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição”<sup>400</sup>. No ativismo, portanto, a discricionariedade torna-se “condição de possibilidade da decisão”<sup>401</sup> - o direito é aquilo que o intérprete quer que seja, não havendo nenhum controle das escolhas (e não decisões) proferidas, uma vez que o julgador encontra-se subordinado tão somente à sua razão e nada mais<sup>402</sup>. Para Lenio Streck:

Deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles<sup>403</sup>.

Não obstante, é imperioso salientar que o Direito é estruturado por regras e princípios e tem na Constituição o horizonte de compreensão adequado e necessário para viabilizar o que se tornou a proposta do novo projeto constitucional contemporâneo, qual seja, realizar as promessas não cumpridas da modernidade, viabilizando-se a transformação da realidade social. Nessa linha, a concretização das normas constitucionais não pode depender de uma “subatividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete”<sup>404</sup>. A decisão não é uma escolha, um ato de vontade daquele a quem compete julgar, mas sim, um ato de responsabilidade política, uma vez que compete ao julgador proferir a resposta adequada/correta de acordo com os preceitos constitucionais e o princípio democrático. Segundo Lenio Streck, “o Direito não é aquilo que os juízes dizem que é”<sup>405</sup>, ou seja, não se trata de um ato de vontade do julgador que, solipsisticamente, julga conforme a sua consciência, demonstrando uma postura autoritária, que implica no exercício discricionário, em uma atuação ativista. O Direito deve, sim, ser resultado da compreensão

---

400.STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 1866 (formato digital).

401.STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 2119 (formato digital).

402.STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 379 (formato digital).

403.STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 288 (formato digital).

404.STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 2012 (formato digital).

405.STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 268.



baseada em uma relação intersubjetiva, fruto de um debate público que vincula a todos em um Estado Democrático<sup>406</sup>. Nesse sentido, segundo Streck, Tassinari e Lima:

A predominância institucional do Poder Judiciário na atual quadra da história não implica uma atuação ativista por parte dos magistrados. O constitucionalismo contemporâneo não dá margem a nenhum tipo de discricionariedade judicial. Conceder aos juízes o poder de livre atribuição sobre o Direito deve ser considerado uma postura autoritária, capaz de acarretar graves prejuízos ao regime democrático. Desse modo, a atuação do Judiciário deve ser limitada não por meio de um controle político de seus atos normativos, mas por um controle hermenêutico. Isso é fundamental para quem continua compreendendo o constitucionalismo como uma técnica de limitação do poder, trabalhando sempre sob uma perspectiva de defesa da autonomia do Direito frente às constantes investidas do poder político<sup>407</sup>.

Nessa senda, a partir da expansão do poder judicial resultante da alteração de paradigma provocado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, ao Poder Judiciário incumbe a intervenção direta na relação entre Direito e política, que têm, obrigatoriamente, como parâmetro a norma constitucional. Entretanto, o fortalecimento do Judiciário não pode acarretar prejuízos ou intromissões indevidas nas atribuições conferidas aos demais poderes públicos, sendo necessário propiciar meios de controle do ato de decidir a partir de questionamentos acerca da motivação do julgador, desde que o conteúdo da sua compreensão se expanda para além da esfera individual, já que o exercício hermenêutico não é um ato isolado, mas sim, compartilhado por meio do desenvolvimento de relações intersubjetivas - somente assim, a ação de decidir será legítima<sup>408</sup>. Entretanto, segundo Ronald Dworkin, muitas vezes o juiz, no desempenho do seu propósito de julgar, acabam criando direitos como se fossem legisladores delegados, valendo-se de argumento de razões de política, interferindo, indevidamente, na esfera de competência de outro poder, violando o princípio fundamental da separação dos poderes. Assim, segundo o jusfilósofo norte-americano:

As teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições: não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. (...) alguns casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um

406STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 268.

407STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. *Pensar*: Fortaleza, v.18, n.3, p. 737-758, set./dez. 2013.

408STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 329/330.

novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. (...) Quando os juízes criam leis, a expectativa habitual é a de que eles ajam não apenas como delegados do poder legislativo, mas como um poder legislativo segundo. Eles criam leis em resposta a fatos e argumentos da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivesse agindo por iniciativa própria. Este é um nível mais profundo de subordinação, pois coloca qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos difíceis na dependência de uma compreensão anterior do que os legisladores fazem o tempo todo. Essa subordinação mais profunda é, portanto, simultaneamente conceitual e política. Na verdade, porém, **os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas.** Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política (...). refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (policy), por outro. (grifo nosso)<sup>409</sup>.

A decisão, assim, deve ser construída com base em uma racionalidade na qual sujeito e objeto se inter-relacionam, tendo como parâmetro a adequada compreensão constitucional do Direito no mundo fático - “a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa”<sup>410</sup>. O ato decisório deve ser adequado às ordens legal e constitucional e respeitar o princípio democrático, não deixando margens a uma atuação discricionária por parte do julgador, que deve se abster de proferir escolhas fundamentadas em suas convicções pessoais para interpretar o Direito de forma íntegra, aplicando-o de forma coerente aos valores e princípios consagrados pela Constituição Federal<sup>411</sup>. Ao Poder Judiciário, assim, cabe a tutela dos valores consagrados na norma constitucional de forma a possibilitar a todos os lesados e às minorias, em geral, a garantia de seus direitos fundamentais sem, entretanto, ir além da sua atribuição constitucional, usurpando as funções determinadas a outros poderes, sob o risco de configurar o ativismo judicial, prejudicial ao que se tornou esse novo arranjo estatal democrático contemporâneo.

Espera-se do intérprete do Direito, portanto, a superação do paradigma da filosofia da consciência, da subjetividade assujeitadora e da discricionariedade, nas quais se admitem

409DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.128-129.

410STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 2250 (formato digital).

411A interpretação da norma constitucional, a partir de um processo hermenêutico não deve advir de uma racionalidade assujeitadora, fruto da discricionariedade daquele a quem compete decidir o caso concreto. É preciso atribuir o melhor sentido “para o direito de uma comunidade política”, respeitando-se a integridade e a coerência dentro desse novo paradigma instituído com a Constituição Federal de 1988. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 398.

múltiplas respostas corretas para o direito ao apostar na “razão teórica”<sup>412</sup>, que consiste na possibilidade de se chegar às respostas antes mesmo das perguntas, preterindo-se o adequado exercício hermenêutico condizente com os princípios e valores consagrados na Constituição. A filosofia da consciência molda o juiz solipsista que dá a resposta como escolhas e não decisões e, perante esse novo projeto de Estado Constitucional, precisa necessariamente ser superado em prol da legitimidade e validade do Direito, uma vez que a discricionariedade e a arbitrariedade são métodos de interpretação próprios da modernidade, ancorados em um “racionalismo que teima sobreviver em outro paradigma”<sup>413</sup>.

#### **4.2. Escolhas e o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição: uma análise dos últimos 10 (dez) anos da concretização do direito à saúde pela via judicial**

No Estado Democrático (e Social) de Direito tem-se um plus normativo, um ganho qualitativo representado por aquilo que se tornou a nova proposta do Direito na contemporaneidade, qual seja, o resgate das promessas não cumpridas da modernidade, a partir da readequação ou conformação da norma constitucional ao fático, viabilizando-se o seu caráter transformador, uma vez que, “os textos constitucionais passam a institucionalizar um ideal de vida boa, a partir do que se pode denominar de cooriginariedade entre direito e moral”<sup>414</sup>. A partir do período pós-Segunda Guerra Mundial, o Direito, democraticamente constituído, adquire autonomia frente a outras dimensões, como economia e a política, atingindo seu auge com a promulgação das Constituições que adquirem caráter social, compromissório e dirigente, firmando-se como o instrumento normativo vinculante de caráter transformador. Para Lenio Streck:

Os conteúdos compromissórios e dirigentes das constituições – e a do Brasil é típico exemplo -, apontam para as possibilidades do resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia, onde o *welfare state* não passou de um simulacro. Essa revolução copernicana atravessou o direito público em todos os seus ramos, fazendo com que as relações privadas perdessem a autonomia que haviam adquirido no molde formal-burguês de

---

412STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 1429 (formato digital).

413STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 1429 (formato digital).

414STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 401.

direito e de Estado; também se agrega nesse contexto o importante grau de autonomia alcançado pelo direito neste segundo pós-guerra, em face de seus próprios fracassos, que redundaram uma total submissão à política<sup>415</sup>.

Conforme explicitado no tópico precedente, no novo projeto estatal democrático há o deslocamento do centro de tomada de decisões dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, que se torna protagonista frente às insuficiências do Estado em implementar e executar as políticas públicas necessárias para o cumprimento dos deveres e garantias promovidos pela norma constitucional. Aposta-se, assim, no protagonismo judicial para suprir a ausência do cumprimento da Constituição diante da não concretização dos direitos fundamentais, valendo-se do Direito como mecanismo viabilizador da necessária transformação social pedida por esse novo arranjo social que se consubstancia no Estado Democrático (e Social) de Direito.

Nesse viés, com a transferência do polo de tensão dos demais poderes para o Judiciário, o Direito passa a ser objeto de discussão na esfera judicial em razão da “impossibilidade de o Legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação”<sup>416</sup>, além da ineficiência do Estado em tomar as providências necessárias para garantir que a Constituição efetivamente constitua aquilo a que se propôs, dado o seu caráter compromissório, tendo em vista a não (ou a insuficiente) implementação das políticas públicas necessárias para promover os direitos e valores fundamentais estruturantes desse novo modelo estatal inaugurado em 1988. Nesses termos, segundo Lenio Streck:

Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava na transformação com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito<sup>417</sup>.

415STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 401.

416STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 405.

417STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 64-65.

Dessa forma, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, advindo com a exaustão do Estado Moderno, a prioridade do Estado passou a ser o resgate das promessas não cumpridas da modernidade e a concretização das novas promessas próprias da contemporaneidade, a partir da garantia e efetivação de direitos fundamentais há muito sonegados. Nessa linha, no caso de haver qualquer desalinhamento constitucional nas respostas proferidas pelos demais poderes, deve o Judiciário intervir, garantindo e zelando pela força normativa da Constituição, ou seja, diante da ineficiência prestacional do Estado, o Judiciário surge como a última via para viabilizar a efetivação da Lei Maior<sup>418</sup>. Essa intervenção, entretanto, deve se dar na medida do pacto constitucional, respeitando-se o compromisso democrático e o núcleo intangível de direitos fundamentais, por meio do desenvolvimento de uma compreensão intersubjetiva, na qual tem-se a Constituição como parâmetro hermenêutico viabilizador do necessário resgate do mundo concreto e da transformação da realidade. De acordo com Loiane Verbicaro:

Nesse contexto democrático de florescimento da judicialização da política, verificam-se significativas transformações no papel e na responsabilidade assumidos pelo Poder Judiciário na sociedade contemporânea, que o conduziram a assumir um modelo politizado e promovedor de direitos fundamentais, a despeito da crise da justiça e dos aspectos problematizantes da sua atuação em face das políticas públicas do Estado. O Poder Judiciário não pode ser concebido como uma estrutura totalizadora e revolucionária capaz de provocar, por si só, transformações emancipadoras na sociedade e o desenvolvimento nacional do país. A via de acesso ao Judiciário é um importante canal e instrumento de veiculação de reivindicações individuais e coletivas a fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, que não podem ser tratados como simples recomendações éticas ao Estado ou apêndices à democracia. Trata-se de uma exigência do Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais sejam respeitados e que entre os cidadãos não se estabeleça um fosso insuperável de vantagens e oportunidades. E o Poder Judiciário é, sem dúvida, uma importante via, não a única, de acesso dos cidadãos às instâncias do poder, para fazer cumprir os direitos e os valores fundamentais da democracia<sup>419</sup>.

Entretanto, o deslocamento do polo de tensão dos poderes para a jurisdição constitucional, ensejando uma maior atuação do Judiciário diante do inexorável aumento das demandas requerendo a efetivação de direitos, deve ser visto com cautela, uma vez que apostar na via judicial como a solução para as adversidades advindas com a ausência ou insuficiência

---

418STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 463.

419VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, Dez. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 12 de set. de 2020.

estatal pode comprometer “um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista: a democracia”<sup>420</sup>. Isso porque, além da instabilidade jurídica ocasionada pela atuação de um julgador que submete o Direito segundo à sua consciência, estando ancorado na modernidade ao proferir escolhas e não decisões que tenham como norte interpretativo a norma constitucional, a resposta ativista também gera uma deturpação da ordem democrática ao comprometer a harmonia entre os poderes estatais, tal como consagrada pelo art.2º, da Constituição Federal de 1988.

No Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes é um princípio fundamental para a garantia do funcionamento do sistema, tendo como limite o *check and balances* ou o sistema de freios e contrapesos, que permite que um poder fiscalize o outro sem comprometer ou invadir a esfera de competência a ele designada<sup>421</sup>. Torna-se, assim, essencial no desenvolvimento das funções estatais, a preservação do equilíbrio e da independência entre os poderes, de forma a evitar conflitos e arbitrariedades que colocariam em risco o pacto constitucional e o funcionamento do sistema político<sup>422</sup>, isto é, com a previsão da separação dos poderes como um princípio fundamental da ordem democrática, deve ser observado a harmonia no desempenho das atribuições de cada poder da República, a partir da construção

---

420STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 65.

421O sistema do *check and balances* foi idealizada por Montesquieu na obra “O Espírito das Leis”, com base na doutrina de Aristóteles e John Locke. Segundo Montesquieu, para barrar governos absolutistas, autoritário, garantindo-se a liberdade, o Estado deveria ter o seu poder dividido em três - Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo cada um deles autônomos e com atribuições previamente delimitadas, podendo, entretanto, um controlar o desempenho do outro, em um sistema de freios e contrapesos. MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. Brasília: UnB, 1982. Livro XI, cap. VI, p.168.

422Relembrando a clássica obra de Charles de Montesquieu, “O Espírito das Leis”, o Estado possui três poderes essenciais: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A atuação do Estado se divide em três funções básicas: estabelecer normas gerais e vinculativas, formuladas de modo abstrato e sem levar em consideração critérios de ordem pessoal, a toda a sociedade em geral, por meio da manifestação positiva de dois órgãos (sistema bicameral do Poder Legislativo); executar essas normas elaboradas pelo Legislativo (Poder Executivo); e, por fim, resolver, por meio da atuação judicial, os possíveis conflitos que possam ocorrer no desenvolvimento das relações sociais (Poder Judiciário). Para que o Estado possa desempenhar essas funções da forma como previsto pelo filósofo francês, é necessário que cada poder tenham seus titulares próprios – os três poderes não podem ser exercidos pela mesma pessoa, para se evitar um governo absolutista, e que todos tenham competência própria e específica, sendo esse o limite da sua atuação. Assim, é essencial que esses três poderes sejam exercidos por pessoas diferentes com o fim de se garantir, segundo Montesquieu, a liberdade dos indivíduos, evitando-se, assim, governos absolutistas nos quais um mesmo órgão ou uma mesma pessoa (parlamento, monarca ou presidente) imponha suas vontades aos demais, sem qualquer possibilidade de controle por outrem. Segundo Montesquieu, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”. O filósofo francês, dessa forma, entende que quando o homem possui o poder vai abusar dele de alguma forma, sendo necessário, pois, limitar o poder dos governantes para garantir aos cidadãos a sua liberdade, sendo essa noção de separação dos poderes um mecanismo adequado a esse desiderato. MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. Brasília: UnB, 1982. Livro XI, cap. VI, p.168.

de um diálogo entre as instituições, pois, nenhum deles, isoladamente considerado, detém o monopólio estatal.

Nesse viés, assim como é fundamental a concretização de direitos, também é essencial para o ideal funcionamento do Estado Democrático que regras que disponham sobre a organização e competência de cada Poder sejam observadas. Dito de outro modo, no afã de atender a Constituição, por meio da efetivação dos princípios e valores constitucionais, não cabe ao Judiciário colmatar lacunas ou insuficiências dos demais poderes, determinando a implementação de políticas públicas, valendo-se de razões de política para tanto, ou “criando” regras e reinventando as suas atribuições constitucionalmente delimitadas pelo pacto constituinte originário. Nessa senda, em havendo um desalinhamento entre o exercício jurisdicional e a norma constitucional a partir do desenvolvimento de uma racionalidade assujeitadora, o julgador, ao invés de atuar para tornar propícia a pretendida transformação da realidade social por meio da leitura adequada da norma constitucional, atua como um verdadeiro ativista, valendo-se da pessoalidade, do subjetivismo para substituir os juízos políticos e morais estabelecidos pelo ordenamento, fragilizando o direito<sup>423</sup>: o ato de julgar se confunde com o ato de vontade do julgador, resultando em decisões incoerentes ou desalinhadas com os valores e garantias fundamentais consagrados pela Constituição<sup>424</sup>.

Vide, nesse contexto, as demandas requerendo a efetivação do direito à saúde. Conforme trabalhado no capítulo 2, a saúde é um direito fundamental social, de caráter constitutivo e inegociável, não podendo sofrer restrições, reduções e nem ser objeto de disponibilidade ou de protelação pelo Poder Público, a quem incumbe garantir-lhe a máxima eficácia possível, dada a força normativa vinculante das normas constitucionais e a sua essencialidade para a concretização de outros direitos e valores fundamentais, como a dignidade humana, a integridade física e o próprio direito à vida – sem saúde, parcelas de dignidade são retiradas do seu titular, que se encontra submetido às escolhas de políticas públicas a serem efetivadas pelo ente estatal para ter realizado o seu direito constitucionalmente assegurado. Não há, na Lei Maior, qualquer limitação ao exercício do direito à saúde – não é um direito de caráter programático, mas sim, de aplicabilidade imediata, na qual deve ser extraída e máxima eficácia, cabendo ao Estado garantir ao seu titular as condições necessárias para o exercício de uma vida digna, ou seja, garantir o mínimo

---

423STRECK, Lenio Luiz. *O Que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.2519, formato digital.

424STRECK, Lenio Luiz. *O Que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 352, formato digital.

existencial, que não se esgota com a satisfação das necessidades básicas, vitais do indivíduo, indo além das disponibilização das condições materiais essenciais sem as quais se configuraria inviável a própria sobrevivência fática<sup>425</sup>.

Quanto à titularidade, não há, na Constituição, nenhuma restrição, devendo, pois, as ações em saúde pública ser voltadas a todos indistintamente, uma vez que se trata de um direito universal. Ademais, deve-se clarificar a noção de que a saúde transpassa a ideia de ausência de enfermidades, não estando, portanto, sujeita à racionalidade do homem moderno, cujo conceito estava restrito à verificação do funcionamento mecânico do corpo e à constatação do não acometimento por quaisquer doenças físicas. Com o salto paradigmático da modernidade para a contemporaneidade, há uma nova construção do conceito de doença, que vai além do físico, envolvendo fatores outros essenciais ao bem-estar físico e mental condizentes com a complexidade do novo sujeito contemporâneo, que requer a concretização das condições necessárias para o desenvolvimento e o exercício de uma vida digna e com qualidade. Nesse contexto, demanda-se do Estado a disponibilização de meios e recursos primordiais para a efetivação da saúde, garantindo-se a todos o acesso universal e igualitário às ações públicas destinadas à sua promoção e proteção. A Constituição Federal, assim, prevê um patamar **mínimo** de recursos a ser destinado pelos poderes públicos na consecução de políticas para a concretização do direito à saúde, sem, contudo, estabelecer um teto máximo para os gastos nas ações e serviços públicos destinados à sua concretização<sup>426</sup>.

A noção de saúde, assim, dada a complexidade do homem contemporâneo, demanda uma readequação com a realidade social e constitucional, bem como com o papel transformador da Lei Maior, cabendo ao Estado garantir o acesso às condições mínimas essenciais para o desenvolvimento do bem-estar físico, psicológico e social, para não ser apenas uma utopia, uma mera pretensão de direito. Entretanto, diante das limitações fáticas e orçamentárias existentes, o direito à saúde passa a estar submetido à existência de recursos e disponibilização dos bens e meios materiais necessários para a sua concretização. Constata-se, desse modo, a atribuição de uma dimensão econômica desse direito<sup>427</sup>, cuja concretização

---

425O mínimo existencial foi objeto de análise no cap.2, ao qual remetemos o leitor para mais informações.

426O art.198, §2º, CF/88, dispõe sobre o patamar mínimo a ser aplicado, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde: no caso da União, por exemplo, o montante não pode ser inferior a 15%. BRASIL Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 de set. de 2020.

427Todos os direitos demandam uma prestação do Estado, ainda que sejam classificados como negativos ou de liberdade, uma vez que exigem do Estado a alocação de recursos materiais e/ou humanos para sua concretização. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. de



passa a depender da reserva do financeiramente possível, já trabalhada em tópico próprio<sup>428</sup> e que vem sendo utilizada como um álibi teórico para o não cumprimento do propósito social do Estado Democrático de Direito. Como exemplo do que está sendo exposto, o seguinte julgado no qual a teoria da reserva do possível foi invocada pelo julgador para a não efetivação do direito ao custeio do medicamento pleiteado ao Poder Público, uma vez que a concretização poderia inviabilizar a política pública de saúde de forma universal:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. PRELIMINAR EM CONTRAMINUTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO. RE Nº 855.178/SE ED. REJEIÇÃO. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. PROVA DE EFICÁCIA E DE IMPRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Os entes federados possuem responsabilidade solidária na gestão da saúde como um todo, inclusive no fornecimento de medicamentos a pacientes necessitados e na realização de serviços de saúde em geral, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, sob o regime da repercussão geral. Ressalva-se, unicamente, em conformidade com o julgamento do RE nº 657.718, que, quando se tratar de medicamento não registrado na ANVISA, as demandas deverão necessariamente ser propostas em face da União. 2. Considerando que, no caso em espécie, o fármaco pretendido se encontra devidamente registrado na ANVISA, bem como, por não haver que se cogitar, em caso de obrigação solidária, de formação de litisconsórcio passivo necessário com a União, a hipótese é de rejeição da preliminar. 3. A saúde é direito fundamental, de cunho social, que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim. 4. A existência de dúvida objetiva acerca da eficácia ou não do medicamento requerido retira a plausibilidade do direito invocado pela parte, de modo que, além de o fármaco não ser padronizado pelo SUS e se afigurar de alto custo, **há de se colocar em relevo o princípio da reserva do possível, sob pena de se inviabilizar a política pública de saúde sob uma perspectiva universal**<sup>429</sup>. (grifo nosso).

A reserva do possível, assim, vem sendo entendida como um limite imanente à efetivação do direito à saúde, uma vez que a escassez de recursos públicos firma-se como condição de possibilidade para o seu reconhecimento, reduzindo a sua eficácia frente à discricionariedade do ente estatal em escolher o que e o quanto será destinado para ações públicas promotoras da saúde. Cabe ressaltar, entretanto, mais uma vez, que na Constituição Federal não está previsto um teto máximo de recursos a serem empregados na concretização do direito à saúde, mas apenas um mínimo, não podendo a limitação material ser utilizada

Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.5.

428No capítulo 3 foi trabalhada a noção de reserva do possível e as suas implicações na efetivação do direito fundamental à saúde.

429BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 10000204863526001 MG*. Relator: Bitencourt Marcondes. Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 01 de set. de 2020. Data de Publicação: 10 de set. de 2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924406057/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000204863526001-mg?ref=serp>. Acesso em: 11 de set. 2020.

como um subterfúgio para não garantir ao seu titular o direito fundamental constitucionalmente assegurado, tanto pela Administração, de forma desarrazoada ou infundada, quanto pelo Judiciário, que não deve se valer de argumentos baseados em razões de política, para relativizar a força normativa da Constituição. Calha, aqui, trazer o entendimento do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF n.45/2004, para quem a reserva do possível, por si só, não pode representar um impeditivo para a concretização de direitos fundamentais:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

**Não se mostrará lícito**, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - **criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência**.

Cumpra advertir, desse modo, que 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 fundamentalidade** (grifo nosso) (STF, ADPF n.45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04)<sup>430</sup>.

Observe-se, ademais, os seguintes julgados que dispõem ser inaplicável qualquer tese referente à falta de previsão orçamentária para a concretização do direito à saúde:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - DIREITO À SAÚDE E EXISTÊNCIA DIGNA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO - ASTREINTES - QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS - RECURSO IMPROVIDO. 1. A União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios são, isolada ou cumulativamente, legitimados passivos solidários para as ações envolvendo o direito à saúde (STF-AI 817241, RE 271.286 - Agr., RE 411.557, RE 342.413 e, dentre

430BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 45 Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de abr. de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 11 de set. 2020.

outros, o AI 452.312). 2. **O direito à saúde e vida se sobrepõe a qualquer outro valor, inaplicáveis, quaisquer teses relativas à falta de previsão orçamentária e escassez de recursos independentemente da comprovação da hipossuficiência econômica para a aquisição.** 3. **Alegadas limitações ou dificuldades financeiras não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, garantidos no plano constitucional.** 4. Recurso não provido.

“A dignidade da pessoa humana é núcleo axiológico do Constitucionalismo contemporâneo, constitui o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda ordem normativa constitucional (...)” Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino - [Constituição Federal](#) para concursos) O direito à vida - e, por consequência, à saúde- é o primeiro dos direitos assegurados pela CF.

Assim, as normas protetivas da Fazenda Pública **não podem se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais, o que afasta, igualmente, quaisquer teses relativas à previsão orçamentária e escassez de recursos.**

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o dever de proteção e promoção das ações, bens e utilidades indispensáveis à existência e adotando o parecer do PGJ, NEGO PROVIMENTO ao recurso. (TJ-MG - AI: 10000191287606001 MG, Relator: Audebert Delage, Data de Julgamento: 27/04/0020, Data de Publicação: 08/05/2020)<sup>431</sup>

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Trata-se de ação proposta com a finalidade de obtenção de suplemento alimentar. 2. Os três entes federados são solidariamente responsáveis pelo dever de prestar assistência à saúde (Tema 793 - RE 855.178/SE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe -050 16/03/2015). Assim, em casos como o presente não se cogita da ilegitimidade passiva de nenhum deles para responder à pretensão. 3. **Incumbe ao Estado a garantia do direito à saúde, assegurado constitucionalmente, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção e proteção desse direito** (art. 196 da Constituição Federal de 1988). 4. Conforme consolidada jurisprudência do STJ e do STF, a intervenção do Judiciário voltada para garantir a prestação de direitos sociais, como a tutela do direito à saúde com a determinação de distribuição de medicamentos, não viola o princípio da separação dos poderes, sem prejuízo da constatação de que a atuação do Estado-juiz deve ser pautada pela prudência e moderação, limitando-se a garantir a implementação de um direito fundamental posto em risco em decorrência da omissão ou ineficiência estatal. 5. **A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada como justificativa para a inércia governamental no adimplemento de uma prestação positiva imposta ao poder público pela Constituição Federal, como é o caso do fornecimento de fármacos, sob pena de se comprometer a própria eficácia da norma constitucional.** Na mesma linha, a cláusula da reserva do possível se ressentir de hipótese diante da necessidade de atendimento de direitos inerentes ao chamado mínimo existencial, ao que se agrega sua insubsistência nas hipóteses em que o poder público não comprovar a impossibilidade orçamentária de cumprir com sua obrigação. Precedentes do STF. 6. Hipótese em que há nos autos receiptário informando o diagnóstico da parte autora e a necessidade do suplemento alimentar requerido, que não é disponibilizado pelo SUS, bem como a demonstração da sua hipossuficiência financeira, motivo ensejador à manutenção da sentença. 7. Apelação a que se nega provimento (grifo nosso)<sup>432</sup>.

431BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - *Agravo de Instrumento-Cv*: AI 10000191287606001 MG. Relator: Audebert Delage, Data de Julgamento: 27/04/0020, Data de Publicação: 08/05/2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842857035/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000191287606001-mg/inteiro-teor-842857083?ref=juris-tabs&s=paid>. Acesso em: 09 de set. de 2020.

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - RESERVA DO POSSÍVEL - LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS - IRRELEVÂNCIA - CUSTEIO PELO PODER PÚBLICO OMISSÃO - INOCORRÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE - QUESTÕES INVOCADAS EXPRESSAMENTE ABORDADAS NO ACÓRDÃO- EMBARGOS REJEITADOS. 1- Se o acórdão embargado decide expressamente, e com a fundamentação, coerente entre si, e com a conclusão do julgado, a obrigatoriedade de o ente público municipal fornecer tratamento médico a menor necessitado, asseverando, ainda, que não cabe a invocação do princípio da reserva do possível e da limitação financeira do ente público, para justificar o desatendimento à ordem constitucional de facilitação do acesso aos serviços de saúde, não há que se falar em omissão. 2- Apresentados, com clareza e de maneira expressa, os fundamentos que suportam a conclusão do julgado, com a devida fundamentação, a sua revisão, em razão de insatisfação subjetiva da parte, reclama recurso próprio, não podendo ser feita por meio da via dos declaratórios. 3- O prequestionamento, para a admissibilidade de recurso nos Tribunais Superiores, somente se justificaria se as questões controvertidas não tivessem sido devidamente enfrentadas. 4- Embargos Rejeitados.

(...) Em relação às restrições orçamentárias e à falta de recursos materiais e humanos para serem alocados na área da saúde, que, em princípio, afastariam a exigência de fornecimento gratuito do procedimento pleiteado, **cumprе ressaltar que a Carta Magna não previu quaisquer limitações ao direito à saúde.**

O Estado deve promover políticas sociais e econômicas com o escopo de garantir aos cidadãos o direito à saúde, constitucionalmente previsto.

Portanto, **ainda que as questões orçamentárias e as restrições materiais sejam obstáculos à efetivação do direito à saúde, não socorre à administração sua invocação, porquanto se trata de imposição constitucional o atendimento à saúde do necessitado.**

Nessa linha, as limitações formais, administrativas e orçamentárias, ainda que relevantes, não possuem o condão de restringir ou aniquilar a integralidade do direito ao acesso universal à saúde pela população carente. (grifo nosso)<sup>433</sup>.

Percebe-se que os julgados anteriores apresentam como ponto comum o fato da reserva do possível não poder ser utilizada como uma barreira para a efetivação do direito à saúde. Conforme já disposto ao longo dessa pesquisa, é dever do Estado concretizar os direitos e garantias fundamentais consagrados pela norma constitucional, tendo como fim precípua a transformação do mundo concreto, a partir da implementação de políticas públicas que estabeleçam as prioridades sociais, que podem variar de acordo com o contexto fático, mas sempre primando pela preservação da dignidade humana e do mínimo existencial, não podendo a reserva do possível funcionar como um obstáculo intransponível para a

---

432BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF-1. *Apelação Cível nº. 00031070220154013803*. Relator: Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa. Brasília, DF. Data de Julgamento: 11 de dez. De 2019, Quinta Turma. Data de Publicação: 24 de jan, de 2020. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886129649/apelacao-civel-ac-ac-31070220154013803?ref=serp>. Acesso em: 11 de set. 2020.

433BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJ-MG. *Embargos de Declaração nº 10439180036436003 MG*. Relator: Sandra Fonseca. Data de Julgamento: 18 de jun. de 2019. Data de Publicação: 28 de jun. de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729340377/embargos-de-declaracao-cv-ed-10439180036436003-mg/inteiro-teor-729340459?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

concretização do direito à saúde. A reserva do possível é um entrave burocrático administrativo do qual não pode se valer o Judiciário no momento de dizer o direito no caso concreto<sup>434</sup>.

É preciso ressaltar que, a Constituição Federal de 1988, embora possua nítido caráter social e compromissório, vive em uma contínua relação de tensão com a realidade na qual inserida, uma vez que se avançou muito pouco desde a sua promulgação em termos de promoção do bem-estar e de melhoria na qualidade de vida, dada a ineficiência ou sonegação dos direitos nela consagrados pelo poder público. Por conseguinte, considerando-se a omissão dos demais poderes no propósito social e transformador da Lei Maior, a partir da mudança de paradigma do constitucionalismo moderno para o Constitucionalismo Contemporâneo, a judicialização torna-se inevitável<sup>435</sup> - o Judiciário deve corrigir as insuficiências do Executivo e do Legislativo que vão de encontro com os princípios e valores constitucionais, readequando-os aos parâmetros hermenêuticos determinados pela Constituição Federal. Isso porque, assim como o Judiciário, nesse novo paradigma de compreensão introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo, deve observar o direito à resposta adequada à Lei Maior, também o Executivo e o Legislativo não podem administrar e legislar segundo à sua consciência estando, também submetidos aos parâmetros impostos pela norma constitucional, afastando, por conseguinte as escolhas.

Nessa senda, não pode o Poder Judiciário se abster de concretizar direitos garantidos pela ordem jurídica vigente, sob pena de ofensa à sua competência constitucional de garantir

---

434Conforme trabalhado no cap.3, a efetivação do direito à saúde revela uma dimensão econômica, abrangendo a destinação considerável de aportes financeiros, além do humano para ser concretamente assegurado, recaindo, assim, na teoria da reserva do possível, utilizada pela Administração como um limite fático que justifica a sonegação das prestações e serviços em saúde. Entretanto, já foi ressaltado, na esteira de Holmes e Sustain, que todos os direitos, sejam os negativos, sejam os positivos, demandam recursos para serem implementados e efetivamente protegidos pelo Estado e, por isso, não pode o custo do direito à saúde ser utilizado como argumento leviano para a sua não concretização e, muito menos, se valer o Judiciário desse fundamento de razões políticas. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.5.

435A ampla gama de direitos fundamentais consagrada pela Constituição Federal de 1988 e a sua baixa efetividade acabam por ensejar uma ampla procura do Judiciário para restaurar a ordem e a justiça violadas pelo próprio ente estatal. Nesse sentido, José Alcione Bernardes Júnior: “A ascensão institucional do Judiciário é inquestionável, para o bem ou para o mal, e parece também inevitável. Assim, louve-se a atuação jurisdicional asseguradora dos direitos fundamentais e o papel do Judiciário enquanto instância contramajoritária, a evitar a tirania das majorias sobre as minorias, e fazendo valer os direitos dos segmentos sociais que não têm como vocalizar suas aspirações normativas, visto que alijados do processo político decisório e à mercê da fria lógica que preside o mercado”. BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. Judicialização da política, ativismo judicial e princípio isonômico. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *Princípio da igualdade: uma abordagem multidisciplinar (coord.)*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2018, p.13-60. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes\\_assembleia/obras\\_referencia/arquivos/pdfs/ne\\_pel-principio-da-igualdade/capitulo-um.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/ne_pel-principio-da-igualdade/capitulo-um.pdf). Acesso em: 30 de agosto de 2020.

os direitos individuais, coletivos e sociais violados ou não concretizados por condutas e atos estatais ou de particulares. Entretanto, essa recorrente intervenção judicial frente à ineficiência do poder público em efetivar os direitos consagrados pela norma constitucional, muitas vezes, pode implicar em práticas decisionistas, no qual são proferidas decisões arbitrárias, solipsistas, que fundamentam o ativismo judicial e fragilizam a força normativa da Constituição e a integridade do Direito. Em outras palavras, não é incomum decisões judiciais que manifestem pela concretização do direito à saúde, mas cuja fundamentação se afasta da Constituição como parâmetro hermenêutico necessário à concretização do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Com o intuito de demonstrar como o Judiciário decide conforme à sua consciência, utilizando-se de fundamentos solipsísticos, arbitrários, próprios de escolhas e não decisões judiciais, serão trazidos, logo adiante, alguns julgados de 2010 até o momento atual, para corroborar o entendimento aqui esposado, qual seja, embora as decisões venham, em sua maioria, concretizando o direito fundamental à saúde, a resposta mostra-se inadequada, uma vez que desalinhada à Constituição e ao princípio democrático, fazendo com que a crise institucional e o déficit prestacional aumentem. A começar, alguns julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre a efetivação do direito à saúde, no qual constata-se que a fundamentação foi inadequada, uma vez que desalinhadas aos princípios e valores consagrados pela norma constitucional, configurando, assim, respostas arbitrárias, condizentes com posturas reacionárias, fundamentadas subjetivamente, com alto grau de intervenção na Administração Pública e na própria sociedade, que se veem reféns da vontade do julgador.

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ÓCULOS A SEREM FORNECIDOS PELO SUS - DÚVIDA ACERCA DA NECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS ÓCULOS - CONCILIAÇÃO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL - DILAÇÃO PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESCOLHIDA. - O mandado de segurança visa proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano. - O documento que acompanha a inicial não se mostra suficiente à demonstração da necessidade dos óculos requeridos pelos impetrantes - e que supostamente poderiam realizar a correção óptica necessária. - O direito à saúde é protegido constitucionalmente, mas, em razão da supremacia do interesse coletivo, bem como dos princípios previstos no art. 37 da CF, conclui-se que ao administrador cabe gerir com probidade os recursos públicos, distribuindo os serviços e funções de maneira a facilitar a fiscalização, reduzir os gastos, **respeitar a reserva do possível** e atender, com escassos recursos, a população que necessita de medicamentos de forma mais dramática (mínimo existencial). - A questão envolve ainda o que se poderia chamar de "mínimo ético" e o **Judiciário deverá ponderar** se o tratamento é

indispensável para a manutenção da vida. Se assim não ocorre, é preciso atender prioridades (grifo nosso)<sup>436</sup>.

APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA - MEDICAMENTO - DIREITO À SAÚDE - PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. 1. A saúde é direito fundamental, que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim. 2. Sucede que a eficácia desse serviço público, notadamente de assistência farmacêutica, depende da seleção e distribuição à população, para atingir o maior número possível de pessoas. Para esse desiderato, o estabelecimento de diretrizes e critérios de aquisição de medicamentos, norteados pelos princípios da seletividade e distributividade, requer padronização, muitas vezes incompatível com a especificidade do caso. 3. O Estado consiste em uma entidade finita de recursos, cujas políticas de saúde devem visar ao alcance universal, ou seja, do maior número de indivíduos possível. Assim, **somente em situações excepcionais é que se afiguraria legítimo compelir o Poder Público a fornecer fármaco diverso do disponibilizado, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e da reserva do possível** (grifo nosso)<sup>437</sup>.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO - DIREITO DA CRIANÇA À SAÚDE - SUPLEMENTO ALIMENTAR - GARANTIA CONSTITUCIONAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS - CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES - INOCORRÊNCIA. 1- A União, os Estados e os Municípios são solidariamente responsáveis pela realização de procedimentos e pelo fornecimento de medicamentos. Precedente. 2- O Poder Público deve garantir o suplemento alimentar, assegurando o efetivo direito à saúde da criança. 3- A cláusula da reserva do possível não pode prevalecer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. 4- **O Poder Judiciário pode, sem violar o princípio da separação dos poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas à saúde.** Precedente. 5 - É cabível a fixação de multa cominatória contra entes públicos, especialmente nas demandas que versam sobre o direito à saúde (grifo nosso)<sup>438</sup>.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DEVER DE FORNECER NÃO CONFIGURADO. PROVA DE EFICÁCIA. AUSÊNCIA. EXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS DISPONIBILIZADAS PELO SUS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO CONHECIDO E

436BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Mandado de Segurança nº 104080801975640011 MG 1.0408.08.019756-4/001(1)*. Relator: Desemb. Wander Marotta. Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 09 de fev. de 2010. Data de Publicação: 26 de mar. de 2010. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8449683/104080801975640011-mg-1040808019756-4-001-1?ref=serp>.

Acesso em: 15 de set. 2020.

437BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Apelação Cível nº 10024110666567002 MG*. Relator: Desemb. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 03 de out. de /2013, Câmaras Cíveis / 8ª Câmara Cível. Data de Publicação: 14 de out. de 2013. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117714182/ap-civel-reex-necessario-ac-10024110666567002-mg?ref=serp>.

Acesso em: 15 de set. 2020.

438BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Apelação Cível nº 10073180031244001 MG*. Relator: Desemb. Carlos Henrique Perpétuo Braga, Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 17 de out. de 2019. Data de Publicação: 24 de out. de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773063692/apelacao-civel-ac-10073180031244001-mg/inteiro-teor-773063895?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 de set. 2020.

PROVIDO. 1. Os entes federados possuem responsabilidade solidária na gestão da saúde como um todo, inclusive no fornecimento de medicamentos a pacientes necessitados e na realização de serviços de saúde em geral, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, sob o regime da repercussão geral. 2. A saúde é direito fundamental que se concretiza por meio de prestações estatais que assegurem o acesso de todos à assistência farmacêutica, médica e hospitalar, bem como às políticas públicas voltadas para esse fim. 3. A eficácia desse serviço público, notadamente de assistência farmacêutica, depende da seleção e distribuição à população, para atingir o maior número possível de pessoas. Para esse desiderato, o estabelecimento de diretrizes e critérios de aquisição de medicamentos, norteados pelos princípios da seletividade e distributividade, requer padronização, muitas vezes incompatível com a especificidade do caso. 4. Isso não quer dizer que o Poder Público não tenha obrigação de garantir ao cidadão necessitado dessa assistência quando o medicamento não se encontrar no rol daqueles fornecidos. A **ponderação** dos valores contidos nos princípios em conflito: dignidade humana; mínimo existencial; da reserva do possível e do orçamento, possuem pesos diferentes, sendo que os dois primeiros devem prevalecer, desde que demonstrado que o não atendimento lhe suprimirá o mínimo de qualidade de vida, incluído aí a saúde. 5. A existência de dúvida objetiva acerca da eficácia ou não dos medicamentos requeridos, bem como da ineficácia das alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS, retira a plausibilidade do direito invocado pela parte, de modo que, além de o fármaco não ser padronizado pelo SUS e se afigurar de alto custo, há de se colocar em relevo o princípio da reserva do possível, sob pena de se inviabilizar a política pública de saúde sob uma perspectiva universal (grifo nosso)<sup>439</sup>.

Nas decisões anteriormente apresentadas, o julgador vale-se de razões pessoais para solucionar, conforme à sua consciência, os casos concretos em relação à efetivação de ações ou serviços relacionados ao direito à saúde, sem oferecer os motivos constitucionalmente estruturados e adequados para se chegar à conclusão exposta. Assim, quando o Judiciário se vale de argumentos para fundamentar suas escolhas, como o da ponderação, por exemplo, que está intrinsecamente relacionada ao esquema sujeito-objeto e à discricionariedade, percebe-se o uso inadequado do ferramental constitucional para construir respostas arbitrárias, utilizando-se de critérios lógicos e racionais e dos princípios como álibis teóricos para construir o Direito a partir de uma subjetividade assujeitadora, que fragiliza o pacto constituinte originário ao colmatar as lacunas ou insuficiências dos demais poderes<sup>440</sup>. Em relação à ponderação, Lenio Streck dispõe que o principal problema na sua utilização pelo julgador consiste no fato desse se valer, na fundamentação, de elementos que contrariam o princípio democrático para proferir a resposta que, subjetivamente, considera adequada ao caso concreto. De acordo com o autor:

---

439BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Agravo de Instrumento nº 10000191347954001 MG*. Relator: Desemb. Bitencourt Marcondes, Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 30 de jan. de 2020. Data de Publicação: 06 de fev. de 2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/807471456/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000191347954001-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 de set. de 2020.

440STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 167.



De todo modo, o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, *ratio final*. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas vagezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja “o” mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Pode até arrancá-lo dos braços do positivismo primitivo; mas o atira nos braços de outra forma de positivismo – axiologista, normativista ou pragmaticista. Veja-se: a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy. (...) Esse é o problema. O sopesamento. Quem escolhe os princípios a serem sopesados? Numa palavra: dizer que a ponderação é um elemento caracterizador do neoconstitucionalismo está correto. Mas é exatamente por isso que, nos moldes em que situo o Constitucionalismo Contemporâneo, não há espaço para a ponderação<sup>441</sup>.

Vide, ainda, nos dois julgados a seguir apresentados, a contrariedade de argumentos utilizados para fundamentar as decisões acerca da concessão ou não dos medicamentos requeridos, proferidas em um intervalo de menos de um mês, corroborando o entendimento dessa pesquisa acerca da inadequada leitura dos princípios e valores constitucionais a partir de uma visão subjetivista do problema, o que gera insegurança jurídica, já que o exercício do direito fica condicionado à vontade de um julgador imerso na filosofia da consciência, que escolhe como decidir, deixando de cumprir o seu dever de proferir uma resposta constitucionalmente adequada.

MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - MULTA DIÁRIA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO – INADMISSIBILIDADE. Conforme o disposto no parágrafo único do art. 14 do CPC, a imposição da multa diária para o caso do não cumprimento de ordem judicial deve ser feita não ao ente público, mas sim ao agente público ou político ao qual incumbe cumpri-la. (...) O Estado tem o dever de garantir políticas sociais e econômicas que visem propiciar a todos os cidadãos, o acesso irrestrito à saúde, conforme disposto no artigo 196, da Constituição Federal. (...) **O argumento de que as drogas pleiteadas não se encontram na relação de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo SUS, por si só, não viabiliza a reforma da r. sentença, uma vez que a referida lista não pode ser considerada taxativa, sob pena de ofensa ao artigo 196 da Carta Magna, que determina ao ente federado a tarefa de promover políticas que garantam "o acesso universal" à saúde. Mesmo que a padronização dos medicamentos evidencie uma forma de economia de recursos públicos, tal fato não permite que as excepcionais necessidades dos cidadãos sejam obstadas por questões meramente burocráticas. (...) Nem mesmo a cláusula da reserva do possível poderia ser invocada para que o ente público se recusasse a cumprir preceito constitucional que garante ao cidadão o mínimo de condições para uma vida digna (mínimo existencial)**, sendo oportuno ressaltar o entendimento sustentado pelo Ministro CELSO DE MELLO, no julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 45, na parte que interessa: "Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível"- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a

---

441STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, jan-jun. p. 9-27.

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 fundamentalidade (...) (grifo nosso)<sup>442</sup>.

AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR ORIGINÁRIA. DECISÃO LIMINAR. CONHECIMENTO. TRATAMENTO DE CÂNCER. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. Apesar da ausência de previsão expressa no Regimento Interno acerca do cabimento de recurso contra decisão liminar em processo de competência originária, a parte não poderia ser impossibilitada de ter acesso ao órgão colegiado, que é o Juiz natural e efetivamente competente para decidi-la. Aplicação do disposto no art. 499 do RITJMG e art. 317 do RISTF. O tratamento dos usuários acometidos de câncer pressupõe a inscrição regular no programa específico do SUS e sujeição ao tratamento indicado pelo hospital credenciado, **sob pena de admitir que todo e qualquer usuário do sistema público de saúde utilizasse o Judiciário como verdadeiro guichê de protocolos para o tratamento dessa enfermidade, além de fomentar a utilização de processos judiciais como burla a lista de espera.** (...) Além disso, tenho entendimento firmado de que, **seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não está cada esfera do governo obrigado a fornecer qualquer medicamento indicado pela parte, senão os incluídos na lista de medicamentos padronizados pelo SUS e sob sua responsabilidade.** Recurso conhecido e provido. V.V. (grifo nosso)<sup>443</sup>.

Por conseguinte, nessa mesma linha de resposta inadequada à Constituição, segue-se para a análise de alguns votos que fundamentaram as respectivas “decisões” proferidas pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região acerca da concretização do direito à saúde que, no mesmo sentido dos julgados anteriormente apresentados, configuram escolhas e não decisões judiciais, pois, fundamentadas a partir da atribuição arbitrária de sentido.

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Constituição da República, em seu art. 5º caput, proporciona, entre outras garantias significativas, a inviolabilidade do direito à vida. Para tanto, impõe ao Estado o dever de propiciar a todos o acesso à saúde, como consectário lógico desse direito fundamental. 2 Na hipótese dos autos, esta Corte tem adotado o entendimento no sentido de que uma vez demonstrada a urgência da situação da postulante, **não**

442BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Mandado de Segurança nº. 106990808635160041 MG 1.0699.08.086351-6/004(1)*. Relator: Desemb. Edilson Fernandes, Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 12 de jan. de 2010. Data de Publicação: 26 de fev. de 2010. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7405328/106990808635160041-mg-1069908086351-6-004-1/inteiro-teor-13063398?ref=serp>. Acesso em: 22 de set. 2020.

443BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Agravo Regimental nº 100000951037350011 na Cautelar Inominada nº 1.0000.09.510373-5/001(1)*. Relator: Desemb. Silas Vieira, Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 21 de jan. de 2010, Data de Publicação: 16 de mar. de 2010. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8449300/100000951037350011-mg-1000009510373-5-001-1/inteiro-teor-13589017?ref=serp>. Acesso em: 22 de set. 2020.

**restando dúvidas quanto à sua hipossuficiência financeira**, não podendo este pagar pelo medicamento necessário, o Estado deve custear as despesas decorrentes de tratamento. 3. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>444</sup>.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. I - Na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal "o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a **impossibilidade de custeá-los com recursos próprios**. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional."(RE 607381 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209). II - Em sendo assim, caracterizada, na espécie, a impossibilidade da autora de arcar com os custos do tratamento de sua enfermidade, assim como a necessidade e a eficácia dos medicamentos e materiais por ela perseguidos, o fornecimento de medicamento, na dosagem e quantidade indicadas pelo médico responsável pelo seu acompanhamento, é medida que se impõe, possibilitando-lhe o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes. III - Apelação provida. Sentença reformada<sup>445</sup>.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. DIREITO À SAÚDE. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. EXCEPCIONALIDADE. ÚNICA OPÇÃO PARA MELHORA NA QUALIDADE DE VIDA DO PACIENTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Remessa oficial de sentença que, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal - MPF, após deferir a antecipação da tutela deferida, julgou parcialmente procedente a demanda, ratificando a decisão antecipatória da tutela no que se refere à remoção do paciente e acompanhante, por meio de transporte médico, independentemente da realização de procedimento licitatório, para centro médico habilitado a realizar a cirurgia. 2. No que tange ao pedido de realização de cirurgia cardiológica pediátrica, descrita como Comunicação Interventricular denominada Bandagem da Artéria Pulmonar, ante a perda do interesse de agir, a demanda foi extinta sem resolução do mérito, haja vista o médico cirurgião responsável pela cirurgia ter entendido que o procedimento adequado seria a realização de transplante de coração. 3. Ressalvado o ponto de vista do Relator, de caráter mais restritivo, destaca-se que o egrégio STF, mesmo atento à excepcionalidade de medidas que desbordem das escolhas feitas pelo legislador, conferiu à matéria, na Suspensão de Tutela Antecipada 244, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, disciplina jurisprudencial específica sobre a entrega de medicamentos em situações similares à do presente caso. 4. A ação civil pública é o meio adequado para que o Ministério Público Federal promova a proteção de direitos individuais indisponíveis, como, no caso, em que se busca resguardar o direito à

---

444BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 00495065720124010000*. Relator: Desemb. José Amilcar Machado, Brasília, DF. Data de Julgamento: 15/ de out. de 2012, Sexta Turma. Data de Publicação: 05 de nov. de 2012. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/911661713/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-aga-aga-495065720124010000?ref=serp>. Acesso em: 16 de set. 2020.

445BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1. *Apelação Cível nº 00026264020084013300*. Relator: Desemb. Souza Prudente, Brasília, DF. Data de Julgamento: 18 de set. de 2013, Quinta Turma. Data de Publicação: 26 de set. de 2013. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/913056732/apelacao-civel-ac-ac-26264020084013300?ref=serp>. Acesso em: 16 de set. 2020.

saúde e à vida de pessoa enferma e carente de recursos financeiros para o custeio de **tratamento médico (CF, art. 127, caput). Precedente. 5. Cumpre verificar se, na espécie, o caso preenche as singularidades da decisão proferida pelo Supremo STA 244,** na qual foram analisadas as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública - Saúde, realizada naquele Tribunal. 6. Encontra-se presente, no caso, a excepcionalidade apta a justificar a atuação do Judiciário pelos seguintes motivos: a) **a parte autora demonstrou que não tem condições financeiras de arcar com o custo do tratamento pleiteado;** b) **o tratamento não é de cunho experimental, como disposto na decisão proferida na STA 244/STF** e c) o Poder Público não demonstrou a impossibilidade de arcar com os custos do tratamento, aí incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras necessidades essenciais. 7. Não se conhece da remessa oficial a teor do disposto no art. 475, § 3.º do CPC/73 (**sentença fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal**) (grifo nosso)<sup>446</sup>.

Nas três ementas anteriormente apresentadas, percebe-se a fundamentação para a concessão do direito à saúde se deu a partir da adoção de critério definido pelo julgador, qual seja, a questão da constatação da hipossuficiência do seu titular. Trata-se de uma escolha jurídica, uma opção do julgador que, valendo-se de critérios que considera adequado, através de uma compreensão subjetiva, própria do esquema sujeito-objeto da modernidade, submete a concessão do direito requerido à constatação da incapacidade econômico-financeira daquele que postula, judicialmente, a concretização do direito reclamado e negado faticamente pelo ente estatal, construção essa, entretanto, sem qualquer respaldo na norma constitucional, uma vez que o acesso aos serviços e ações em saúde não estão condicionados à verificação da disponibilidade econômica do titular do direito, sendo, outrossim, garantidos de forma universal, tal como disposto no art.196, CF/1988. Constata-se, pois, o proferimento de escolhas, tal como trabalhado nessa pesquisa e não propriamente de decisões judiciais<sup>447</sup>.

Ademais, serão listados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no período abrangido pela pesquisa, que vai de 2010 a 2020, sobre a efetivação do direito à

446BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1. Remessa *Ex Officio* nº 00164333820144013100. Relator: Desemb. Néviton Guedes, Brasília, DF. Data de Julgamento: 30 de nov. de 2016, Quinta Turma. Data de Publicação: 14 de mar. de 2017. Disponível em: <https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894773925/remessa-ex-officio-reo-reo-164333820144013100?ref=serp>. Acesso em: 16 de set. 2020.

447Apenas para ressaltar, a Lei 8.080/90 que dispõe, dentre outras matérias correspondentes, sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, não vincula a prestação desse direito à constatação da impossibilidade de o titular arcar, às suas expensas, com as despesas relativas. Dispõe o artigo 2º que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. E, apesar de ressaltar, no § 2º que o “dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”, deve-se fazer uma leitura dessa norma em consonância com os princípios e valores consagrados pela Constituição que garante, indistintamente, a todos o direito à saúde. BRASIL. *Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 20 set. 1990. Seção 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 14 de set. 2020.

saúde, com o fim de verificar se a fundamentação está alinhada aos princípios e valores consagrados pela Constituição ou se é fruto da vontade de um julgador que decide conforme a sua consciência.

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – À – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da do ao mínimo existencial. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. **Tratando-se de fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.** [...] (grifo nosso)<sup>448</sup>.

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, **inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.** 3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido (grifo nosso)<sup>449</sup>.

448BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.136.549/RS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Brasília, DF. DJe 21/6/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>. Acesso em: 16 de set. 2020.

449BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1107511 RS 2008/0265338-9*. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília-DF. Data de Julgamento: 21 de nov. de 2013, Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 06 de dez. De 2013. Disponível em:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. **Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.** 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. (grifo nosso)<sup>450</sup>.

Os julgados apresentados anteriormente, embora sejam favoráveis à concretização do direito fundamental à saúde, valem-se de fundamentação inadequada aos parâmetros delineados pela Constituição Federal, uma vez que consideram não haver nenhum empecilho jurídico para a inclusão de políticas públicas pelo Judiciário, diante da omissão do Poder Executivo em implementá-las, em clara ofensa ao princípio democrático e à separação dos poderes, contribuindo para a instabilidade jurídica e o aumento da crise institucional ao

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj?ref=serp>. Acesso em: 16 de set. 2020.

450BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1068731 RS 2008/0137930-3*. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília-DF. Data de Julgamento: 17 de fev. de 2011, Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 08 de mar. De 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865713163/recurso-especial-resp-1068731-rs-2008-0137930-3?ref=serp>. Acesso em: 12 de set. de 2020.

quebrar o pacto constituinte original, pois, a efetivação de direitos fundamentais sonogados pelo poder público deve ocorrer a partir da compreensão adequada dos princípios e valores constitucionais, não podendo o julgador, no afã de dizer o direito no caso concreto, valer-se de valores e razões pessoais, sujeitando a prestação pretendida pelo titular do direito violado à sua vontade.

Observa-se, ainda, no REsp 1.657.156/RJ exposto a seguir, como a atuação arbitrária do julgador passa a condicionar a efetivação do direito à saúde ao preenchimento de requisitos ou critérios por ele delineados a partir do exercício da atividade hermenêutica de forma arbitrária, na qual tenta-se desanuviar o sentido da norma a partir de uma leitura subjetiva e discricionária dos princípios e valores consagrados pela Constituição.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 **A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.** 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015 (grifo nosso)<sup>451</sup>.

---

451BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.657.156-RJ*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília-DF. Data de Julgamento: 25 de abr. de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num\\_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF). Acesso em: 19 de set. 2020.

De acordo com a ementa anteriormente exposta, criaram-se critérios judiciais para a concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS, extrapolando o julgador a sua atribuição constitucionalmente estabelecida. Não cabe ao Judiciário condicionar a efetivação do direito fundamental ao preenchimento de requisitos por ele definidos, uma vez que não há na legislação pátria e nem mesmo na Constituição quaisquer condicionantes para tal desiderato. O Direito não é aquilo que o julgador quer que seja, mas sim, fruto de uma construção intersubjetiva, na qual tem-se a leitura adequada da norma constitucional no caso concreto. Portanto, a ementa analisada constitui-se em um ato de escolha do julgador que entende ser possível “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”<sup>452</sup>, atribuindo sentidos ao texto arbitrariamente, para adequá-lo à realidade fática na qual inserido, configurando, por conseguinte, em uma prática decisionista.

Vide, ademais, os seguintes julgados também proferido pelo STJ no qual condiciona a efetivação do direito à saúde à verificação da hipossuficiência daquele que pleiteia o direito sonogado, condição essa, cumpre ressaltar, inexistente na norma constitucional.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 956.059 - PR (2016/0193414-2)  
RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA AGRAVANTE : ESTADO DO PARANÁ PROCURADOR : CLIFFORD GUILHERME DAL POZZO YUGUE E OUTRO(S) - PR056836 AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ INTERES. : MUNICIPIO DE MANDAGUARI INTERES. : JOSE ANTONIO PEREIRA DECISÃO Trata-se de agravo interposto pelo Estado do Paraná contra decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que não admitiu recurso especial fundado na alínea a do permissivo constitucional, e que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fl. 336): APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO TEMOZOLAMIDA. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NATUREZA SOLIDÁRIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DESNECESSIDADE DO CHAMAMENTO DA UNIÃO FEDERAL. DESCABIMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL PERANTE DIREITO A SAÚDE. DEVER DOS ENTES FEDERADOS DE PROTEÇÃO À VIDA DIGNA DO CIDADÃO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. Embargos de declaração parcialmente providos, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 362): EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO A ANÁLISE DO REEXAME NECESSÁRIO. OCORRÊNCIA. ACOLHIDOS APENAS PARA SANAR OMISSÃO, SEM EFEITO MODIFICATIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E NECESSIDADE DO MEDICAMENTO PLEITEADO CONSTAR NA LISTA DO SUS E DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADAS. MERO INCONFORMISMO COM A DECISÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUE NÃO SE PRESTAM A REDISCUTIR FUNDAMENTOS DA DECISÃO EMBARGADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDO. Nas razões do

---

452STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 167.



recurso especial, a ora agravante apontou violação aos arts. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, bem como aos arts. 2º, 19-M e 19-P da Lei n. 8.080/1990. Sustentou, preliminarmente, negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que o Tribunal de origem dirimiu a controvérsia fazendo "referência genérica a normas e princípios constitucionais e ao artigo 20, caput, da Lei 8.080/1990", omitindo-se, contudo, acerca do disposto nos arts. 19-M, 19-P e 19-Q deste último diploma legal, tidos por violados no presente recurso. Quanto ao mérito, aduz que Poder Judiciário não pode desconsiderar as normas de regência do SUS, compelindo a Administração a fornecer medicamentos de alto custo fora dos procedimentos previstos nas políticas públicas de saúde. O apelo nobre recebeu juízo negativo de admissibilidade pelo Tribunal de origem. Passo a decidir. (...). No que diz respeito à alegada contrariedade aos arts. 19-M, 19-O e 19-Q da Lei n. 8.080/1990, os aludidos dispositivos não possuem comando normativo suficiente para desconstituir os fundamentos do acórdão recorrido. Isso porque, consoante reiterada jurisprudência desta Casa de Justiça, a divisão de atribuições feitas pela Lei n. 8.080/1990 ou qualquer regra burocrática prevista em portarias ou normas de inferior hierarquia não prevalece sobre direitos fundamentais como a vida e a saúde. Assim, a ausência de previsão do medicamento em protocolos clínicos de diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, visto que a escolha do tratamento adequado compete a médico habilitado e conhecedor do quadro clínico do paciente. **O que é imprescindível é a comprovação da necessidade do produto pleiteado e da hipossuficiência econômica da parte autora.** Não cabe ao Poder Judiciário determinar a substituição de fármaco recomendado pelo médico responsável pelo tratamento do autor por outro constante em lista do Sistema Único de Saúde. (...) <sup>453</sup>.

RECURSO ESPECIAL Nº 1872294 - MG (2020/0055813-8) RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS PROCURADOR : TUSKA DO VAL FERNANDES - MG078394 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJ/Minas Gerais, assim ementado (fl. 859-860): EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. INCORPORAÇÃO DE MEDICAMENTO NA REDE PÚBLICA DE DISTRIBUIÇÃO. INGERÊNCIA NAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO GENÉRICO. VÍCIO AUSENTE. FORÇA EXECUTIVA DA SENTENÇA PRESENTE. RELATÓRIOS MÉDICOS. PROVA DA NECESSIDADE CONCRETA. SUFICIÊNCIA. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO POR GENÉRICO. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO DE RECEITA MÉDICA ATUALIZADA. RAZOABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Todos têm direito à preservação e à recuperação da saúde como consequência lógica do princípio da dignidade humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição da República. 2. **O direito à saúde tem como contrapartida o dever do Estado, lato sensu, de fornecer meios para a sua plena realização, entre eles o fornecimento de medicamento, quando houver prescrição médica para tanto e hipossuficiência financeira do paciente.** 3. A

453BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo em Recurso Especial nº 956059 PR 2016/0193414-2*. Relator: Ministro Gurgel de Faria, Brasília-DF. Data de Publicação: DJ 02 de mai. de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455646067/agravo-em-recurso-especial-aresp-956059-pr-2016-0193414-2?ref=serp>. Acesso em: 17 de set. 2020.

existência de grande demanda coletiva por medicamento de eficácia comprovada no combate das doenças que acometem vários pacientes evidencia a falha na escolha e execução da política pública estatal na área de saúde. Neste caso, não há que se falar em ingerência indevida nas prerrogativas do Poder Executivo quando é proposta ação civil pública objetivando corrigir a falha (...). Assim, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, ou interferência indevida do Poder Judiciário, quando este atua no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente, como no caso em análise, em que se busca a tutela do direito à saúde. [...] 7. Recurso Especial não provido (REsp 1.488.639/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/12/2014) ADMINISTRATIVO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS DIREITO À SAÚDE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS MANIFESTA NECESSIDADE OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. 1. **Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.** Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, **inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.** [...] <sup>454</sup>.

Percebe-se, a partir desses exemplos, que, mais uma vez, assim como nas fundamentações anteriormente apresentadas, embora a decisão judicial tenha sido pela concretização do direito fundamental à saúde, cuja garantia revela-se essencial para a promoção da transformação social pretendido pelo paradigma contemporâneo, uma vez que interfere diretamente no exercício de outros direitos e valores consagrados pela norma constitucional, como o direito à vida e à dignidade humana, a resposta adveio de uma fundamentação solipsista, na qual “a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso ‘avanço’, seja para manter o *status quo*)”<sup>455</sup>. Tem-se, nesses casos, uma escolha e não uma decisão, nos termos trabalhados por essa pesquisa. Isso porque, o julgador, visando a efetivação do direito à saúde, atende a demandas sem a filtragem constitucional necessária, configurando-se, nesse caso, em benesses concedidas a partir de juízos de valor subjetivamente concebidos e não na concretização do direito por meio da correta

454BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1872294 MG 2020/0055813-8*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Brasília-DF. Data de Publicação: DJ 27 de mai. de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860533665/recurso-especial-resp-1872294-mg-2020-0055813-8?ref=serp>. Acesso em: 17 de set. 2020.

455STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

fundamentação obtida pela adequada leitura da Constituição no mundo fático. Nessa senda, embora não hajam dúvidas de que a proteção dos direitos fundamentais, dentre eles a saúde, seja essencial para a transformação da realidade social, isso não pode implicar em respostas arbitrárias, discricionárias, desalinhadas dos princípios e demais normas constitucionais, deturpando o ideal funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Deste modo, embora a prestação deficitária e ineficiente dos direitos fundamentais pelo Poder Público torna inevitável a intervenção do Poder Judiciário, que deve corrigir as respostas discricionárias do Executivo e do Legislativo, desalinhadas aos princípios e valores constitucionais, readequando-os aos parâmetros hermenêuticos determinados pela Constituição Federal<sup>456</sup>, a judicialização de direitos sonegados não pode ensejar a sua concretização por meio da adoção de um modelo de decisão ultrapassado, desgastado, que não oferece as ferramentas adequadas para que o direito fundamental à resposta correta, ao qual o julgador é obrigado, seja empregado. A necessária efetivação dos direitos fundamentais pela via judicial está limitada aos parâmetros impostos pela norma constitucional tal qual requerido pelo novo paradigma de compreensão introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo e, uma vez não observados, ao invés de respostas constitucionalmente adequadas, ter-se-ão escolhas fundamentadas, discricionariamente, pelo sujeito solipsista da modernidade.

Quanto ao Superior Tribunal Federal, percebe-se que, assim como os Tribunais anteriormente indicados, há uma tendência em se concretizar o direito fundamental à saúde, o que se revela imprescindível dada a sua essencialidade para consecução de outros direitos e valores, tais como a vida, mas por meio da utilização de fundamentações subjetivamente consideradas, que levam em conta razões de ordem moral e pessoal do julgador e não razões constitucionalmente delineadas, o que revela a insegurança em termos de efetividade desse direito, que sujeita-se à vontade daquele que, diante da sonegação do ente público em cumprir o seu mister constitucional, deve dizer o direito no caso concreto. Vide, por exemplo, o seguinte julgado:

Decisão: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE

---

456BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. Judicialização da política, ativismo judicial e princípio isonômico. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *Princípio da igualdade: uma abordagem multidisciplinar (coord.)*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2018, p.13-60. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes\\_assembleia/obras\\_referencia/arquivos/pdfs/ne\\_pel-principio-da-igualdade/capitulo-um.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/ne_pel-principio-da-igualdade/capitulo-um.pdf). Acesso em: 30 de agosto de 2020.

JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. (...) DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE medicamentos A PESSOAS CARENTES. - **O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, 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.** (...) Incumbe ao Supremo Tribunal Federal, no exercício dos controles concentrado e difuso da constitucionalidade das leis, velar pela concretização da eficácia máxima da Constituição Federal. Nesse sentido, devem de ser rechaçadas técnicas interpretativas, como a de que se vale o Estado ora recorrente, que têm como conseqüências prática a inoperância de certos dispositivos da Constituição. (grifo nosso)<sup>457</sup>.

O direito à saúde não deve ser concretizado apenas para aqueles que não apresentam condições econômico-financeiras, e sim, indistinta e universalmente, já que não há, na norma constitucional, a disposição de qualquer requisito para o exercício da sua titularidade. Ademais, a sua efetivação não se traduz em 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”, tal como expressado pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa. O acesso a serviços e ações em saúde deve ser garantido e implementado pelo Estado e, diante da sua omissão, pelo Judiciário no caso concreto, porque a saúde está prevista na Constituição como direito fundamental, cuja máxima eficácia deve ser garantida pelo poder público. Não se trata, portanto, de um gesto de solidariedade, tal como disposto na fundamentação do voto proferido, o que demonstra, cabalmente, como o julgador vem se valendo do seu protagonismo para projetar arbitrariamente sentidos ao texto, sobrepondo a sua subjetividade ao direito a ser efetivado no caso concreto, configurando verdadeiras respostas ativistas, que se encontram à mercê de “procedimentos cognoscitivos”<sup>458</sup> do ator jurídico, ainda refém do esquema sujeito-objeto da modernidade.

457BRASIL. Superior Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 669955 RN*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília-DF. Data de Julgamento: 07 de ago. de 2012, Data de Publicação: DJe-162 17 de ago. de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22295286/recurso-extraordinario-re-669955-rn-stf?ref=serp>. Acesso em: 17 de set. 2020.

458STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 410.

Destaca-se, ainda, o seguinte trecho presente na fundamentação proferida pelo Relator Ministro Celso de Melo no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864, julgado em 04 de novembro de 2014. Cumpre advertir, de antemão, que não se questiona a efetivação do direito fundamental social à saúde pelo Poder Judiciário diante da sua sonegação ou prestação ineficiente pelo ente estatal. Entretanto, a fundamentação apresentada encontra-se desalinhada do que seria a compreensão constitucionalmente adequada, resguardadas as especificidades do caso concreto. Nessa linha, cabe ao julgador dizer se existe ou não o direito fundamental e, em existindo, determinar que o Poder Público adote as medidas e providências necessárias para a sua efetivação<sup>459</sup>. Assim, com o advento da nova ordem constitucional, o Poder Judiciário, que possui o poder decisivo na concretização dos direitos sonegados pelo ente estatal, deve se furtar de posturas ativistas, condizentes com uma lógica individualista, própria da modernidade, não sendo possível mensurar direitos fundamentais a partir da adoção de recursos hermenêuticos que levam em consideração os valores morais e pessoais do julgador, fragilizando a força normativa da Constituição e agravando a crise institucional do Estado Democrático de Direito. Observe-se, pois, o julgado aqui aduzido:

Destarte **cabe ao Poder Judiciário, sopesar os interesses alegados pelas partes e solucionar a questão à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.** Desta forma a imposição de internamento digno, em hospital público ou particular, dos pacientes que dele necessitam é medida necessária face à inércia do Estado em solucionar tais problemas. Importante salientar que, no presente caso, **devem ser ponderados os valores vida e patrimônio, devendo prevalecer as medidas que protejam, primeiramente, a vida humana e sua dignidade.** Destarte, considerando que o internamento em leitos de hospitais privados seja medida excepcional, mas necessária a garantia da saúde, as alegações de prejuízo ao erário, ônus excessivo e de observação da reserva do possível devem ser afastadas. (...). Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), **sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde** (grifo nosso)<sup>460</sup>.

459Lembrando que a decisão judicial pelo cumprimento de uma prestação pela Administração poderá ou não ser efetivada. Mas, **a possibilidade do não cumprimento não pode ser utilizada pelo julgador para não determinar a existência do direito faticamente. O que se está trabalhando é o direito a respostas judiciais adequadas, baseadas na leitura adequada dos princípios e valores constitucionais.**

460BRASIL. Superior Tribunal Federal – STF. *Agravo no Recurso Extraordinário nº 727864 PR*. Relator: Min. Celso de Melo, Brasília-DF. Data de Julgamento: 04 de nov. de 2014, Segunda Turma. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-223 13 de nov. de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25311019/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-727864-pr-stf/inteiro-teor-151223593?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 de set. de 2020.

Constata-se do voto proferido a utilização inadequada do instrumental fornecido pela Constituição, valendo-se o julgador dos princípios por ela consagrados como ferramentas interpretativas para conformar escolhas baseadas em critérios subjetivos. Assim, embora efetivado, o direito à saúde não pode ser mensurado em uma lógica racional do sujeito solipsista, que atribui o sentido que lhe parece correto a partir de uma compreensão arbitrária do objeto, já que é no caso concreto e com a adequada compreensão dos princípios e valores consagrados pela Constituição que o direito fundamental à resposta correta será devidamente concretizado pelo ator jurídico. Nessa linha, segundo Jeferson Marin:

Com efeito, o sentido, o conteúdo e a aplicação dos direitos humanos estabelecidos pela Constituição não podem ser aferidos, mensurados ou valorados lançando mão de recursos hermenêutico-lógico-formais capazes de conferir atributos de uniformização, previsibilidade de decisões e, por via de consequência, a prometida segurança jurídica tributável ao modernismo/liberal. A fixação de sentido e o alcance de uma determinada lei, especialmente a que tem o condão de implementar os Direitos Humanos, devem ser aferidos pela possibilidade hermenêutica em que a gênese e a função social do bem jurídico são conferidas pela Constituição, uma vez que a materialidade da Magna Carta guarda estreita relação com a modalização do bem jurídico estabelecido pelo ordenamento<sup>461</sup>.

Por fim, para exemplificar tudo o que foi exposto até o momento acerca da atuação do sujeito solipsista da modernidade no atual paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, que profere, segundo a sua consciência, respostas que considera, arbitrária e discricionariamente, adequadas à resolução fática do problema enfrentado, vide o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no RE nº. 566.471, publicado em 01 de setembro de 2020, que trata sobre a concessão de medicamentos de alto custo aos hipossuficientes:

(...) No extraordinário, o Estado alega, em síntese, que a **decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral; debilita investimentos nos demais serviços de saúde** e em outras áreas, como segurança e educação; **viola a reserva do possível e a legalidade orçamentária; bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde**. (...) A saúde pública foi tratada nos artigos 196 a 200, consignando-se, no primeiro, ser a saúde “direito de todos e dever

461MARIN, Jeferson Dytz. Hermenêutica constitucional e realização dos direitos fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido. *Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 65, p. 103-123, Dez. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552012000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200006&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 19 de set. 2020.

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”. **A saúde, nela englobado o acesso a medicamentos, constitui bem vinculado à dignidade do homem. É verdade que o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas públicas. Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental.**

(...) Não há dúvida de que esses serviços **dependem de políticas públicas**, nas quais devem constar as diretrizes para assegurar o acesso universal a medicamentos indispensáveis. Por isso, Ricardo Lobo Torres falou em “direitos sociais máximos”, a serem alcançados por meio de escolhas políticas e orçamentárias materializadas na formulação e implementação de políticas públicas. Problema maior surge quando omissões ou falhas na execução do que foi formulado implicam a impossibilidade de obtenção de medicamento por paciente que não possui condição financeira de acesso, indispensável a tratamento integral de saúde, necessário à própria existência digna. Em síntese, a situação é potencializada quando configurada violação ao mínimo existencial ante a institucionalização incompleta ou deficiente do direito à saúde. (...) Verificada transgressão ao mínimo existencial, o direito individual à saúde **revela-se imponderável** frente aos mais relevantes argumentos de ordem administrativa, como o do comprometimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos e de investimentos em outras áreas. Objeções de cunho administrativo, de primazia da expertise da Administração Pública, não podem subsistir ante violações ao mínimo existencial. **Argumentos, genéricos, ligados ao princípio estruturante da separação de Poderes não possuem sentido prático em face de casos de inequívoca transgressão a direitos fundamentais.** Não se trata – deve-se reiterar – de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços. **Cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável.**

(...) O Pleno, recentemente, apreciando o recurso extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, a envolver obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, assentou, sob o ângulo da repercussão geral, não poder ser arguida a reserva orçamentária a fim de deslegitimar a intervenção judicial quando em jogo o dever de assegurar condições minimamente dignas de existência. Segundo a óptica adotada, **“é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer”, se assim for, “para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana”, “não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes”.**

Considerado o fornecimento de medicamentos, as afirmações feitas estão em plena consonância com a jurisprudência histórica do Supremo. Em diferentes casos, apreciados ao longo de mais de duas décadas, o Tribunal tem assegurado o fornecimento, pelo Estado, dos remédios aos que necessitam e não os podem adquirir.

(...) A principal utilidade deste julgamento consiste na possibilidade de o Tribunal, sob a óptica da repercussão maior, definir os critérios de configuração do dever estatal de tutela do mínimo existencial – entendido como condição de fundamentalidade do direito individual de receber os medicamentos do Estado. Compete ao Supremo densificar normativamente esses requisitos. Dos pronunciamentos mencionados e dos aportes teóricos desenvolvidos sobre o tema, surge que a delimitação há de ocorrer em torno de dois elementos: **a imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde – elemento objetivo do mínimo existencial – e a incapacidade financeira de aquisição – elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial.** A identificação conjunta, nos casos sob análise, desses dois elementos – um

substancial quanto ao mínimo existencial, o outro relativo ao dever estatal de tutela desse mínimo –, com as nuances próprias a serem desenvolvidas a seguir, implicará a configuração do mínimo existencial passível de tutela mediante intervenção judicial, independentemente do alto custo dos remédios ou de esses não constarem em listas elaboradas no âmbito da Política Nacional de Medicamentos ou do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional.

(...) Antes de concluir, três advertências devem estar presentes. A primeira é que não se está, com a proposta formulada, inovando na ordem jurídica. Trata-se de iniciativa de **racionalização** substancial e procedimental de espécie de litígio dos mais tormentosos do dia a dia forense, fundamentada, integralmente, nas disciplinas constitucional e infraconstitucionais, civil e instrumental, sobre o tema. Nada foi proposto que não encontre em dispositivo jurídico correspondência normativa.

A segunda é a de não se estar enfraquecendo o mínimo existencial, tornando-o ponderável frente aos deveres familiares. A fórmula desenvolvida visa densificar o dever estatal de tutela, incluindo, no núcleo constitutivo dessa obrigação, a incapacidade financeira da família solidária, e não apenas a do indivíduo.

A terceira é reiterar que não se está a sugerir medida a abranger outros direitos sociais. Versa-se, exclusivamente, a situação de recusa do Estado em fornecer medicamento em razão do alto custo e da ausência em listas oficiais de distribuição. Essa orientação, inclusive, não deve ser observada se a negativa alcançar produto incluído em rol próprio de política de distribuição universal, considerada a configuração inequívoca do dever legal.

**Proponho a seguinte tese** para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o **reconhecimento do direito individual** ao fornecimento, pelo Estado, **de medicamento de alto custo**, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, **depende da comprovação da imprescindibilidade** – adequação e necessidade –, **da impossibilidade de substituição do fármaco** e da **incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária**, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil (grifo nosso)<sup>462</sup>.

Apesar do RE 566.471 ainda estar em julgamento, entendeu-se relevante a transcrição de partes do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio para demonstrar o enraizamento de um modelo ultrapassado de decisão, fundamentado na filosofia da consciência, no qual o exercício hermenêutico baseia-se na vontade do sujeito solipsista da modernidade, ferindo a democracia pela prevalência do arbítrio sobre os fundamentos do pacto originário. O voto do Ministro é um claro exemplo de escolha e não decisão judicial e, por isso, serão abordados alguns pontos para corroborar o posicionamento aqui esposado, a começar pela questão da titularidade do direito em questão. O direito à saúde, conforme já trabalhado, é um direito fundamental social, a cujo Estado é imposto o dever de prestar as ações e serviços necessários para a sua implementação. Não há, na Constituição Federal, qualquer limitação à titularidade desse direito, que se revela universal: todos, indistintamente, possuem direito a ter acesso aos

462BRASIL, Superior Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 566.471*. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília-DF. Data de Julgamento: 01 de set. de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 12 de set. 2020.



serviços públicos de saúde, independente da sua situação econômica. Entretanto, o acesso a medicamentos de alto custo foi restringindo a pessoas hipossuficientes, em clara interpretação inadequada da norma constitucional, pois se vale da subjetividade do julgador para encontrar a melhor solução para o caso concreto.

Ademais, uma questão interessante é saber quem seriam os hipossuficientes e o que seria um medicamento de alto custo, em um país de modernidade tardia, no qual resta sobressaída a desigualdade social e a premente necessidade de proteção dos direitos sociais há muito sonogados pelo Estado. A maioria da população brasileira não teria renda para bancar um tratamento ou um medicamento de alto custo sem comprometer outros setores essenciais à sua qualidade de vida e à sua dignidade humana<sup>463</sup>. Vide, por exemplo, o acesso ao medicamento Zolgensma, indicado para o tratamento de crianças com atrofia muscular espinhal (AME), cujo custo é de US\$2,12 milhões, que equivale, aproximadamente a R\$ 11,5 milhões de reais e que foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) no dia 17 de agosto de 2020<sup>464</sup>. Dada a situação social da população brasileira, praticamente toda a população seria considerada hipossuficiente para custear esse medicamento, o que revela a inapropriada submissão da análise da situação econômica do paciente para a concessão de medicamento de alto custo, evidenciando, por conseguinte, o uso inadequado do parâmetro imposto pela norma constitucional, uma vez que o direito à saúde não está condicionado a nenhum requisito para ser efetivado.

A concessão de medicamentos de alto custo, dessa forma, não pode estar submetida a uma construção racional discricionária do julgador que, diante da ineficiência ou omissão do ente estatal no cumprimento do propósito social e, no anseio de preencher essas lacunas ou solucionar as insuficiências do poder públicos na concretização dos direitos fundamentais, impõe limites à efetivação da norma constitucional abstratamente, sem considerar o mundo concreto e o propósito transformador da Constituição Federal, em clara prática decisionista, arbitrária. A crítica, deve-se deixar claro, não é da atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos solapados pelo Poder Público, mas sim, das ações do juiz solipsista, inserido em um

---

463Pesquisa do IBGE mostrou que a metade mais pobre da população possuía renda média de R\$850,00 mensais em 2018. Já 1% da parcela da população mais rica tinha renda média de R\$ 28.659,00 mensais. BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua – PNAD Contínua*. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/rendimento-despesa-e-consumo/17270-pnad-continua.html?edicao=27257&t=publicacoes>. Acesso em: 14 de set. de 2020.

464BRASIL. Diário Oficial da União – DOU. *Resolução-RE nº 3.061 de 14 de agosto de 2020*. Brasília, ed.157, seção 1, p. 91, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-re-n-3.061-de-14-de-agosto-de-2020-272511373>. Acesso em: 14 de set. de 2020.

modelo decisório extremamente desgastado e que não oferece as ferramentas adequadas e necessárias para que ele profira as respostas corretas.

Critica-se, pois, a atuação de um julgador que não assume uma postura condizente com o imperativo da faticidade introduzido pelo Constitucionalismo Contemporâneo, por ainda estar inserido em um modelo de respostas antigo, próprio da modernidade, no qual se apostava na discricionariedade judicial para solucionar aquilo que não podia ser antevisto e/ou previamente solucionado, ou seja, decisões são exteriorizadas a partir de uma valoração pessoal do julgador ou pela obediência cega a verdades concebidas transcendentemente como absolutas, estando inserido na filosofia da consciência. As respostas são, assim, proferidas a partir de uma compreensão apoiada no paradigma sujeito-objeto em que a vontade daquele a quem incumbem dizer o direito no caso concreto prevalece sobre a leitura adequada dos parâmetros impostos pelos princípios e valores consagrados pela norma constitucional. Nesse sentido, a partir de uma atuação discricionária, o reconhecimento do direito encontra-se subjugado à interpretação que o intérprete entende mais adequada concretamente, se afastando do direito fundamental à obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada que observe a coerência e a integridade do Direito.

Em síntese, ao Poder Judiciário foi atribuída a guarda da Constituição e dos direitos e valores fundamentais contra eventuais violações e omissões perpetradas pelo próprio Estado ou por agentes privados, garantindo a eficácia das normas estabelecidas no ordenamento jurídico<sup>465</sup>. As insuficiências na prestação desses direitos pelo poder público são amplamente discutidos na seara jurisdicional, cabendo ao julgador corrigir as respostas discricionárias do Executivo e do Legislativo desalinhadas aos princípios e valores constitucionais, readequando-os aos parâmetros hermenêuticos determinados pela Constituição Federal. Nessa linha, no caso de haver qualquer desalinhamento constitucional na atuação dos demais poderes, deve o Judiciário intervir, garantindo e zelando pela força normativa da Constituição. Essa intervenção, entretanto, deve se dar na medida do pacto constitucional, respeitando-se o papel do Direito e os parâmetros hermenêuticos impostos pela norma constitucional, para que a legitimidade das respostas judiciais sejam garantidas e, assim, seja viabilizado o resgate do mundo concreto e a necessária transformação social de um Estado de modernidade tardia,

---

<sup>465</sup>Apesar de caber ao Judiciário a guarda da Constituição, faz-se necessário o reconhecimento da necessidade de os juízes contarem com a colaboração das demais esferas de poder e do povo em geral. É preciso equilibrar a atuação do Judiciário, já que a noção de que o balanço entre a vontade da maioria e os direitos da minoria leva inevitavelmente a uma conduta destacada desse Poder em detrimento dos demais. OLIVEIRA, Larissa Pinha de; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, *backlash* e hermenêutica. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011, p. 111.

estruturado em torno da promoção e efetivação de direitos fundamentais e que se apresenta como plural, tolerante e incluyente.

Cabe ao Judiciário zelar pelo cumprimento do seu dever de proferir a decisão constitucionalmente adequada a partir de fundamentações coerentes e condizentes com os princípios e valores consagrados pela Constituição Federal, observando-se a integridade do direito. O direito fundamental à resposta adequada constitucionalmente implica na consideração dos princípios como padrões normativos de caráter obrigatório que devam ser levados em consideração pelo julgador na fundamentação da resposta judicial. Afasta-se, assim, da utilização da discricionariedade e da filosofia da consciência como argumentos decisórios, pois, as decisões são limitadas e norteadas aos parâmetros impostos pelos princípios, que consistem em “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”<sup>466</sup>, respeitando e garantindo, por conseguinte, o direito fundamental sonhado pelo Estado, bem como a integridade do próprio direito, ao viabilizar respostas corretas a partir de fundamentações adequadas à Constituição, considerando-se o seu caráter transformador e garantindo a segurança jurídica, já que o Direito não estaria à mercê da vontade daquele a quem incumbe dizê-lo no caso concreto.

A decisão, nessa linha, apesar de ser da competência do ator jurídico responsável por dizer o direito no caso concreto, não representa um ato individual, no qual a sua vontade, as suas convicções pessoais prevaleçam sobre o caráter compromissório da norma constitucional, devendo a resposta proferida ser, necessariamente, fruto de um debate público, “elaborado com razões públicas e que vincula as pessoas em nome da comunidade democrática”<sup>467</sup>. O dever de proferir respostas adequadas à Constituição é uma exigência do Estado Democrático de Direito. Não são mais cabíveis decisões ancoradas na filosofia da consciência, no solipsismo do julgador a quem compete, por meio de uma leitura e compreensão acertada, harmoniosa do Direito no mundo concreto, garantir o propósito transformador do novo paradigma instaurado com o Constitucionalismo Contemporâneo, garantindo-se a concretude de uma Constituição social e compromissória que não está constituindo. Deve-se, portanto, rechaçar a discricionariedade judicial para se garantir “o direito fundamental de que a Constituição seja

---

466DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

467STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 268.

cumprida<sup>468</sup> e, por conseguinte, respeitar-se o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição.

Por tudo o que foi exposto no desenvolvimento dessa pesquisa, entende-se ser a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) o caminho necessário por ser condição de possibilidade para superar o esquema sujeito-objeto e, através de uma compreensão intersubjetiva garantir o direito fundamental a obtenção da resposta adequada constitucionalmente, na qual a fundamentação é retirada da própria Constituição e não da consciência do juiz e do seu livre convencimento, no qual por meio de um ato subjetivo e arbitrário, escolhe parcialmente a solução que entende faticamente adequada<sup>469</sup>. Não cabe ao ator jurídico interpretar o Direito segundo à sua vontade – interpretar a norma não significa descobrir, desanuviar o seu conteúdo, o seu sentido “oculto”, extraindo-lhe o seu real significado<sup>470</sup>. “Compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão<sup>471</sup>. Isto é, a compreensão adequada do Direito requer conformidade com os princípios e valores constitucionais, para que decisões corretas e coerentes, que assegurem a integridade do ordenamento jurídico, sejam proferidas, respeitando-se o pacto original e a força normativa da Constituição. Pretende-se, pois, o afastamento da racionalidade própria da modernidade, ancorada em modelos dedutivos, lógicos e argumentativos, para a *applicatio*, em que o ato de compreender e aplicar não ocorrem em momentos distintos (não se compreende primeiro para só depois aplicar). Segundo Lenio Streck:

Por isso é possível dizer que uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, fundamentada nesse giro lingüístico-ontológico, deve procurar corrigir o equívoco das diversas teorias da interpretação, que, embora reconheçam que o direito se caracteriza por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), permanecem reféns da metafísica, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações (veja-se o paradigmático caso das súmulas vinculantes no Brasil), que se transformam em “significantes primordiais-fundantes” ou “universais jurídicos”, “acopláveis” a um determinado “caso jurídico”. Isso ocorre de vários modos no interior da doutrina e da jurisprudência dominantes, como o estabelecimento de *topoi* ou de meta-critérios para a resolução de conflitos entre princípios, além das fórmulas para “regrar” a interpretação, propostas pelas diversas teorias da argumentação jurídica. Não basta dizer que o direito é concretude, e que “cada caso é um caso”, como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares.

---

468STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.688.

469STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 21.

470STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.302.

471STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p.317.

(...) O que não é evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, entendida no sentido da busca da coisa mesma (Sache selbst), isto é, do não esquecimento da diferença ontológica. Igualmente não é evidente que o direito seja parte integrante do próprio caso e que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Também não é evidente que a hermenêutica não é filologia, e que é impossível cindir a compreensão da aplicação. (...) Assim, embora os juristas - nas suas diferentes filiações teóricas - insistam em dizer que a interpretação deve se dar sempre em “cada caso”, tais afirmações não encontram comprovação na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem “pautas gerais”, “conceitos lexicográficos”, “verbetes doutrinários e jurisprudenciais”, ou súmulas aptas a “resolver” casos futuros, **os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de “pautas gerais”**, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. (...) A rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico. Trata-se, antes de tudo, de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos (grifo nosso)<sup>472</sup>.

A Crítica Hermenêutica do Direito, de acordo com Lenio Streck, busca superar, a partir da virada linguística, a filosofia da consciência e o esquema sujeito-objeto, trazendo a linguagem como condição de possibilidade e constituidora do saber. Isso porque, a linguagem deve ser inserida no Direito, não como algo que se interpõe entre o sujeito e objeto, mas como formadora da compreensão, da interpretação jurídica ideal ao mundo concreto<sup>473</sup>. Através da Crítica Hermenêutica do Direito, portanto, a compreensão deixa de ser um exercício arbitrário e assujeitador para se tornar condição de possibilidade do Direito que passa a ser (re)inserido e (re)significado no mundo prático, possibilitando o seu viés transformador adquirido com a alteração de paradigma ocasionada pelo Constitucionalismo Contemporâneo, garantindo-se a coerência e a integridade do Direito, superando-se o subjetivismo, a discricionariedade do julgador que, resgatando o mundo concreto, constrói seus argumentos baseados no próprio Direito, respeitando o pacto original, o princípio democrático e a força normativa da Constituição. A interpretação deixa de ser um ato cindido em partes (primeiro compreendo, depois interpreto e, só depois, aplico), para ser um processo em que há a fusão de horizontes a partir de uma pré-compreensão que se tem de algo. É concretamente que o processo interpretativo se consolida devendo-se inibir que sentidos sejam atribuídos arbitrariamente a partir da vontade e do conhecimento do julgador<sup>474</sup>. Nessa linha, segundo o autor:

472STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.52, p.127-162, jan./jun.2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/67>. Acesso em: 23 de set. 2020.

473STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 21.

474STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p.251-268.

A Crítica Hermenêutica do Direito, fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico)<sup>475</sup>.

A compreensão adequada do Direito, dessa maneira, não pode estar sujeita à subjetividade do julgador, que deve entender o seu papel de protagonista no Estado Democrático de Direito, atuando de forma responsável para que a justiça constitucional não se sobreponha ao próprio Direito, que não pode ser aquilo que o julgador quer que seja, mas sim, fruto de uma construção intersubjetiva na qual o sentido é do texto é atribuído de acordo com o desenvolvimento de um processo de compreensão, “pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*), desmitificando a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só depois eu aplico”<sup>476</sup>. Para tanto, deve-se considerar o conteúdo principiológico e o viés transformador da realidade social assumido pelo Direito nesse novo paradigma constitucional principiológico, devendo os atores jurídicos superar o decisionismo, que permite múltiplas respostas, se atendo à linguagem como condição de possibilidade para o direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada, na qual o sentido se manifesta no fático, reinserindo o Direito ao mundo concreto e rompendo, assim, com a relação sujeito-objeto<sup>477</sup>. Decidir é, dessa maneira, “agir com responsabilidade política. Responsabilidade de meio (não de resultado), de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível do material jurídico básico e dos princípios que conformam esse empreendimento coletivo”<sup>478</sup>. A Constituição, assim, deve ser concretizada a partir da ressignificação do Direito faticamente. Para Lenio Streck:

Dizendo de outro modo: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para: a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição surge para superar o modelo de direito que fracassou (o modelo de regras de cariz liberal-individualista-normativista) – e, b) ao mesmo tempo evitar

475STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 21

476STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.52, p.127-162, jan./jun.2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/67>. Acesso em: 23 de set. 2020.

477STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 411.

478STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 268.

decisionismos e arbitrariedades interpretativas, exatamente porque a produção democrática do direito e o papel assumido pelo direito não podem ficar à mercê de “procedimentos cognoscitivos” ainda refêns do paradigma representacional. Trata-se, pois, de entender que, se o primeiro problema metodológico tem uma resposta a partir da superação do paradigma representacional, em que não mais cindimos interpretação de aplicação, o segundo parece bem mais difícil de resolver, isto é, como evitar decisionismos, ativismos etc., e alcançar uma resposta correta em cada caso<sup>479</sup>.

Diante de todos os julgados aqui colacionados dos últimos 10 anos percebe-se, pois, que, embora o Judiciário esteja avançando no seu propósito concretizador de direitos sonegados pelo ente estatal, o exercício da atividade hermenêutica ainda encontra-se ancorado em razões de julgador solipsista, a partir da adoção de posturas reacionárias, conservadoras, que concretizam o direito à saúde, mas segundo a sua vontade, havendo alto grau de intervenção nas esferas de atribuição dos demais poderes, o que faz com que a crise institucional e o déficit prestacional continuem aumentando, pois, além de não se efetivar as promessas não cumpridas da modernidade há, também, a sonegação das novas promessas advindas com o novo paradigma instituído pelo Constitucionalismo Contemporâneo, não sendo possível garantir o propósito transformador da realidade conferido à Constituição Federal, uma vez que não há a conformação entre a compreensão da norma com a realidade na qual inserida, deixando de observar, nessa linha, o princípio democrático e demais valores constitucionais igualmente essenciais para o desenvolvimento e a harmonia do Estado.

Logo, no período analisado (2010/2020), percebe-se que as demandas para a efetivação do direito à saúde vêm sendo fundamentadas a partir do uso inadequado de princípios constitucionais e valores por eles protegidos como álibis teóricos para o assujeitamento do Direito segundo à consciência do julgador, comprometendo os alicerces da democracia e do pacto constituinte originário<sup>480</sup>. Destarte, avançou-se, então, muito pouco em termos da necessária implementação da compreensão constitucionalmente adequada para se dizer o direito no caso concreto, sendo essencial, dessa forma, que o processo de conhecimento se alinhe aos parâmetros estabelecidos na norma constitucional para que seja proferida a fundamentação adequada e, por conseguinte, uma decisão, nos moldes trabalhados nessa pesquisa e não uma escolha, superando-se a filosofia da consciência ancorada no esquema sujeito-objeto no qual o julgador ao conceder o direito reclamado, se perde do propósito transformador na Lei Maior, decidindo conforme à sua consciência. O fato de conceder o

---

479STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 410.

480STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 411-412.

direito a partir de uma fundamentação imprópria aos princípios decorrentes dos valores consagrados pela norma constitucional não é resgatar o mundo fático e nem as promessas não cumpridas da modernidade. Seria apenas atender solicitações sob uma pretensa concretização da Constituição mas sem qualquer segurança jurídica porque sempre dependeria da vontade do julgador.

Cabe ao julgador o dever de fundamentar adequadamente sua decisão. A fundamentação é condição de possibilidade da decisão e deve ser aferida concretamente, e não como resposta padrão construída solipsisticamente e encaixada nas diversas demandas requerendo a efetivação de um direito sonogado pelo Estado. A resposta adequada à Constituição, portanto, advém de uma fundamentação em conformidade com a correta leitura dos princípios e não na vontade de um julgador que primeiro decide para depois fundamentar. É preciso, pois, superar o esquema sujeito-objeto para que o propósito transformador da Constituição se cumpra e ela efetivamente passe a constituir.



## CONCLUSÃO

A alteração do paradigma de compreensão do Direito, a partir das insuficiências da modernidade em concretizar o que se propôs e que tornou propícia a concepção de novas teorias constitucionais, dentre as quais se insere o Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, ascendeu a Constituição como o instrumento normativo de caráter vinculante e transformador da realidade social de um novo modelo estatal que se projeta como tolerante, plural e incluyente, e que se estrutura em torno do resgate e concretização das promessas não cumpridas da modernidade e das novas promessas advindas na contemporaneidade, onde a garantia e a implementação de direitos e valores fundamentais é dever que se impõe.

A Constituição Federal de 1988, instrumento normativo dotado de alta carga valorativa, consubstancializada nos princípios enquanto proposta de reinserção no mundo concreto, foi concebida nesse novo paradigma advindo com os neoconstitucionalismos e tem como essência a proteção de um núcleo duro e inegociável de direitos fundamentais, em torno do qual todo o ordenamento jurídico se projeta. Nessa senda, enquanto norte hermenêutico imprescindível para a compreensão e sentido adequados para se viabilizar a transformação da realidade social e garantir faticidade ao Direito, a Lei Maior deve estar em consonância com a realidade político-social na qual inserida, para que, assim, possa viabilizar o efetivo resgate das promessas não concretizadas e ainda a concretizar, afastando, com isso, o risco de se transformar em um documento de caráter utópico, destituído de eficácia vinculante, cuja proteção e promoção dos direitos fundamentais estariam submetidas à disposição ou vontade do poder público.

Com a ampliação do rol de direitos fundamentais e a nova perspectiva por eles adquirida, enquanto comandos imperativos a serem efetivados na nova ordem jurídico-constitucional, dado o plus normativo transformador da realidade social atribuído ao Texto Constitucional, de caráter compromissório e dirigente, torna-se essencial a atuação do ente estatal para assegurá-los, considerando-se a força normativa da Constituição e, por conseguinte, dos direitos e valores por ela consagrados. Assim, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, a Lei Maior propõe-se a transformar a realidade em vez de simplesmente regrá-la, como ocorria no paradigma moderno, que não foi capaz de conter as graves violações aos direitos humanos, por se tratar de um projeto objetificante que, em sua essência, menosprezava o indivíduo em sua singularidade. Com o Estado Democrático (e Social) de Direito, assim, buscou-se a efetivação de um novo modelo civilizatório que tem o

homem como protagonista, constituindo a garantia da sua dignidade, através da proteção e promoção dos direitos e valores fundamentais, um dos pilares desse arranjo social complexo, que se pretende plural e incluyente, ou seja, a pessoa humana torna-se o centro e fundamento do Estado, que tem na Constituição o seu instrumento de validade e legitimidade para levar adiante o projeto democrático concebido em razão da exaustão da modernidade.

Entretanto, verificou-se que a extensão do rol de direitos e valores fundamentais demanda do Estado um agir contundente, para viabilizar aquilo que se propôs a partir do paradigma constitucional contemporâneo. Requereu-se, assim, que o poder público assumisse o controle social, efetivando os direitos fundamentais para tornar possível o resgate do mundo concreto e a transformação da realidade social. Contudo, mais direitos ensejam mais demandas e, por conseguinte, requer-se mais atuação do Estado que, devido a limitações de ordem fática, não consegue atender a tudo aquilo a que se propôs, ocasionando um déficit de efetividade da norma constitucional.

Assim, diante da ausência de cumprimento da norma constitucional e, por conseguinte, das promessas não cumpridas da modernidade, aliadas às novas promessas próprias do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário ganha notoriedade nesse paradigma constitucional contemporâneo, adquirindo um excepcional protagonismo ao emergir como a única via possível para a efetivação dos direitos e valores fundamentais sonegados ou prestados de maneira insuficiente pelos demais poderes da República. Cabe ao julgador, nessa linha, dizer o direito no caso concreto, garantindo a força normativa de uma Constituição que não está constituindo, assumindo um papel de destaque, até então inédito, na garantia dos direitos e valores consagrados pela norma constitucional, dentro de uma sociedade complexa, na qual o Direito não se realiza na medida em que pretendido, não conformando e nem transformando a realidade social.

Dessa forma, o objetivo dessa pesquisa foi analisar a adequação às normas constitucionais das respostas proferidas pelo Poder Judiciário em relação às demandas relativas ao direito à saúde, a partir da diferenciação estabelecida por Lenio Streck entre escolha e decisão judicial, concluindo-se pela imprescindibilidade da fundamentação conforme à Constituição para se levar adiante o projeto democrático estatal estabelecido pelo pacto constituinte originário, superando-se o esquema sujeito-objeto, por meio da intersubjetividade, ancorada na imersão da linguagem na filosofia como *locus* para compreensão e para garantir faticidade ao Direito. Para se chegar a esse resultado, trabalhou-se

como o déficit na concretização do direito à saúde, a partir da análise do novo paradigma constitucional que demanda a transformação da realidade social, a partir do resgate do mundo concreto e que tem na efetivação dos direitos fundamentais um dos pilares necessários para a promoção daquilo a que se propôs, ensejou o alto grau de judicialização de demandas requerendo ao Estado a garantia daquilo que deve ser consubstancializado, não por se tratar de uma benesse ou favor, mas sim, de um direito reconhecido e garantido pelo texto constitucional.

Isso porque, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, cabe ao Estado a proteção e a promoção das ações e serviços em saúde, garantindo a todos, indistintamente, o seu acesso, dada a sua fundamentalidade para a concretização de outros direitos e valores fundamentais, como a dignidade humana e o próprio direito à vida. Assim, diante do novo paradigma constitucional principiológico inaugurado em 1988 no território brasileiro, no qual pretende-se o resgate do mundo concreto e a efetivação das promessas não cumpridas da modernidade, garantindo à Constituição a instrumentalidade essencial para garantir faticidade a um ideal efetivamente constituído, conclui-se que a saúde, cuja noção requer uma leitura intersubjetiva, adequada à realidade fática e social, considerando-se a complexidade do homem contemporâneo e o propósito transformador da Constituição Federal, é um direito fundamental que deve ser garantido e promovido pelo poder público em sua máxima acepção e, em não o sendo, é cabível ao Poder Judiciário, quando devido faticamente, determinar a sua concretização, apoiando-se na norma constitucional como horizonte de compreensão para proferir a resposta adequada ao direito posto em debate.

Demonstrou-se, assim, como o deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para a jurisdição constitucional, diante da ineficiência do Estado em dar prosseguimento ao projeto democrático e social inaugurado em 1988, propiciou o protagonismo do Poder Judiciário no Estado Constitucional, no qual o Direito assume um viés transformador, e como esse protagonismo ensejou e vem ensejando práticas decisionistas, que se apresentam como instrumento aparente de eficácia da jurisdição, mas, que na verdade, vão de encontro ao pacto constituinte originário e à própria democracia.

Logo, a partir do exame da doutrina e da fundamentação dos julgados selecionado nessa pesquisa, foi possível constatar a continuidade da adoção do esquema sujeito-objeto como parâmetro interpretativo para se chegar a resposta considerada correta ao caso concreto. Dessa forma, apurou-se a ausência de uma sólida hermenêutica constitucional, denunciada por

Lenio Streck, na qual o julgador, imerso na filosofia da consciência, aposta na sua (boa) vontade para se chegar a uma solução que considera, discricionaria e arbitrariamente, a mais adequada, configurando-se as denominadas escolhas e não decisões judiciais.

A judicialização de demandas requerendo a concretização do direito fundamental à saúde, portanto, conduz a muitas respostas com baixo grau de compreensão, o que nos remete decisões improvisadas, sem nenhuma linearidade com os parâmetros determinados pela norma constitucional. Verifica-se, pois, que, mesmo diante de um novo paradigma do Direito, no qual se requer a compreensão adequada aos princípios constitucionais, conformando-se a norma à realidade na qual inserida, para cumprir o seu propósito transformador, o julgador ainda trabalha com máximas universalizantes, próprias do paradigma moderno, na qual as especificidades do caso concreto são afastadas para se adequar ao entendimento que o ator jurídico considera correto, generalizando-se tudo a partir de um ideal concebido racionalmente, a partir do modelo moderno, objetificante, mas que se afasta do real, do fático para conceder ou negar um direito fundamental, a partir de fundamentações apartadas da Constituição como norte necessário para o exercício hermenêutico.

O Judiciário trabalha, portanto, com respostas aleatórias que se fundamentam na empatia, solidariedade, pressão política, social, midiática, etc., daquele a quem compete dizer o direito, afastando-se do concreto ao reproduzir os valores individuais que, ora ultrapassam, ora se afastam da compreensão adequada aos limites impostos pela norma constitucional. Dessa forma, em um momento denega-se e, em outro, reconhece-se o direito à saúde sem, contudo, observar a fundamentação adequada para, assim, se concretizar o direito fundamental à resposta adequada à Constituição, tal como proposto por Lenio Streck e defendido nessa pesquisa como o caminho adequado para se dar efetividade ao projeto democrático e social de Estado inaugurado a partir da promulgação da Lei Maior em 1988.

Destarte, por meio de um processo subsuntivo ou da adoção de modelos argumentativos baseados em ponderações improvisadas, o julgador solipsista, ainda imerso na filosofia da consciência, decide a partir de escolhas e não por meio de decisões, concedendo-se por vezes mais e por vezes menos do que se propôs constitucionalmente, através da adoção de concepções *standards* previamente desenvolvidas por um Judiciário que não conseguiu soltar as amarras da racionalidade baseada na subjetividade, própria do esquema sujeito-objeto, na qual o sujeito cognoscente assujeita o sentido das coisas subjetiva e discricionariamente.

Faz-se oportuno ressaltar que não foi o propósito da pesquisa defender que todas as pretensões judiciais em termos da efetivação de prestações relacionada ao direito à saúde sejam concedidas. Não se deve deferir tudo o que se requer judicialmente, mas também, não se pode denegar aquilo que efetivamente se constitui como direito fundamental à saúde. Não se trata, dessa forma, de conceder mais e nem de conceder menos, e sim, de conceder melhor, a partir de decisões que tenham como parâmetro os princípios consagrados na Constituição para que, assim, seja devidamente garantido o direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada.

O dever de fundamentar as decisões é, pois, uma exigência dos pressupostos democráticos que se impõe no Estado Constitucional, devendo o Judiciário velar pela integridade do Direito, uma vez que o seu protagonismo, quando exercido de forma desvirtuada, apostando no subjetivismo do julgador para concretizar aquilo que se propôs com a nova ordem jurídico-constitucional inaugurada em 1988, compromete o ideal democrático e a necessária garantia e promoção dos direitos e valores fundamentais, desrespeitando as promessas que fizemos a nós mesmos a partir desse novo paradigma estatal inaugurado a partir do Constitucionalismo Contemporâneo. Logo, uma maior atuação do Poder Judiciário demanda uma maior responsabilidade política dos seus magistrados, que devem zelar pela força normativa da Constituição, garantindo a faticidade ao Direito, superando-se o decisionismo, a partir da concretização do direito fundamental à resposta adequada, obtida através da intersubjetividade, e que tem como norte de sentido os valores constitucionais, consagrados pela Lei Maior na forma princípios.

Dessa forma, apesar do seu protagonismo, não cabe ao Judiciário agir como uma instância redentora e, sim, como a instância promotora dos direitos fundamentais sonegados, desde que se valha dos critérios adequados estabelecidos pela norma constitucional, atentando-se para a imprescindível diferenciação entre escolha e decisão judicial para, desta forma, combater a arbitrariedade e discricionariedade de um julgador solipsista, através da imposição do dever de proferir decisões coerentes e íntegras, que observem os parâmetros constitucionalmente impostos. É preciso entender que apenas com a leitura adequada da Constituição, em conformidade com a realidade na qual inserida, tornando propícia a sua projeção no tempo e na história, é que se tornará factível a pretendida transformação da realidade social. Somente assim, restará superada a filosofia da consciência e a equivocada

efetivação do Direito a partir de um ato de vontade, inadequado ao Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro e ao projeto estatal democraticamente constituído.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio*. Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Bauru: Edusc, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 24 Mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 22 Mar. de 2020.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p.35-51, abr./jun. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/474>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. Judicialização da política, ativismo judicial e princípio isonômico. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *Princípio da igualdade: uma abordagem multidisciplinar (coord.)*. Belo Horizonte:

Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2018, p.13-60. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes\\_assembleia/obras\\_referencia/arquivos/pdfs/nepel-principio-da-igualdade/capitulo-um.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/nepel-principio-da-igualdade/capitulo-um.pdf). Acesso em: 30 de agosto de 2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição da República de 1934*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

BRASIL Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 de set. de 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em 01 de jul. de 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

BRASIL, *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 01 de jul. de 2020.



BRASIL. Diário Oficial da União – DOU. *Resolução-RE nº 3.061 de 14 de agosto de 2020*. Brasília, ed.157, seção 1, p. 91, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-re-n-3.061-de-14-de-agosto-de-2020-272511373>. Acesso em: 14 de set. de 2020.

BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua – PNAD Contínua*. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/rendimento-despesa-e-consumo/17270-pnad-continua.html?edicao=27257&t=publicacoes>. Acesso em: 14 de set. de 2020.

BRASIL. *Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 20 set. 1990. Seção 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 14 de set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico*. Brasília, 2020. <https://www.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 18 de jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Estatísticas Vitais*. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=0205&id=6937>. Acesso em 17 de jul. 2020. PORTADATA. *Taxa de mortalidade neonatal e taxa de mortalidade fetal tardia*. Disponível em: <https://www.pordata.pt/Europa/Taxas+de+mortalidade+neonatal+e+taxa+de+mortalidade+feta+l+tardia-1258-312376>. Acesso em: 17 de jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. *Projeto Promoção da Saúde. As Cartas da Promoção da Saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Projeto Promoção da Saúde*. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas\\_promocao.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf). Acesso em: 01 de jul. de 2020.

BRASIL, Ministério Público Federal. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em: 04 de mar. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo em Recurso Especial nº 956059 PR 2016/0193414-2*. Relator: Ministro Gurgel de Faria, Brasília-DF. Data de Publicação: DJ 02 de

mai. de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455646067/agravo-em-recurso-especial-aresp-956059-pr-2016-0193414-2?ref=serp>. Acesso em: 17 de set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1107511 RS 2008/0265338-9*. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília-DF. Data de Julgamento: 21 de nov. de 2013, Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 06 de dez. De 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj?ref=serp>. Acesso em: 16 de set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.136.549/RS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Brasília, DF. DJe 21/6/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>. Acesso em: 16 de set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1068731 RS 2008/0137930-3*. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília-DF. Data de Julgamento: 17 de fev. de 2011, Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 08 de mar. De 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865713163/recurso-especial-resp-1068731-rs-2008-0137930-3?ref=serp>. Acesso em: 12 de set. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1.657.156-RJ*. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília-DF. Data de Julgamento: 25 de abr. de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num\\_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF). Acesso em: 19 de set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *Recurso Especial nº 1872294 MG 2020/0055813-8*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Brasília-DF. Data de Publicação: DJ 27 de mai. de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860533665/recurso-especial-resp-1872294-mg-2020-0055813-8?ref=serp>. Acesso em: 17 de set. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 Distrito Federal*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de abr. de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 11 de set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal – STF. *Agravo no Recurso Extraordinário nº 727864 PR*. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília-DF. Data de Julgamento: 04 de nov. de 2014, Segunda

Turma. Data de Publicação: Acórdão Eletrônico DJe-223 13 de nov. de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25311019/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-727864-pr-stf/inteiro-teor-151223593?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 de set. de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.235.983 PE – PERNAMBUCO 0003777-97.2016.8.17.2001*. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Brasília, DF. Data de Julgamento: 04 de mai. de 2020, Segunda Turma, Data de Publicação: Djé-122 18 de mai. de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752676166>. Acesso em: 07 de set. de 2020.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus nº: 172.136 SP – São Paulo*, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. Data de Julgamento: 01 de jul. de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC172136liminar.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 566.471*. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília-DF. Data de Julgamento: 01 de set. de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 12 de set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal – STF. *Recurso Extraordinário nº 669955 RN*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília-DF. Data de Julgamento: 07 de ago. de 2012, Data de Publicação: DJe-162 17 de ago. de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22295286/recurso-extraordinario-re-669955-rn-stf?ref=serp>. Acesso em: 17 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Apelação Cível nº 10024110666567002 MG*. Relator: Desemb. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 03 de out. de /2013, Câmaras Cíveis / 8ª Câmara Cível. Data de Publicação: 14 de out. de 2013. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117714182/ap-civel-reex-necessario-ac-10024110666567002-mg?ref=serp>. Acesso em: 15 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Apelação Cível nº 10073180031244001 MG*. Relator: Desemb. Carlos Henrique Perpétuo Braga, Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 17 de out. de 2019. Data de Publicação: 24 de out. de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773063692/apelacao-civel-ac-10073180031244001-mg/inteiro-teor-773063895?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 de set. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - *Agravo de Instrumento-Cv*: AI 10000191287606001 MG. Relator: Audebert Delage, Data de Julgamento: 27/04/0020, Data de Publicação: 08/05/2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842857035/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000191287606001-mg/inteiro-teor-842857083?ref=juris-tabs&s=paid>. Acesso em: 09 de set. de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Agravo de Instrumento n° 10000191347954001 MG*. Relator: Desemb. Bitencourt Marcondes, Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 30 de jan. de 2020. Data de Publicação: 06 de fev. de 2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/807471456/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000191347954001-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 de set. de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento n° 10000204863526001 MG*. Relator: Bitencourt Marcondes. Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 01 de set. de 2020. Data de Publicação: 10 de set. de 2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924406057/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000204863526001-mg?ref=serp>. Acesso em: 11 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Agravo Regimental n° 100000951037350011 na Cautelar Inominada n° 1.0000.09.510373-5/001(1)*. Relator: Desemb. Silas Vieira, Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 21 de jan. de 2010, Data de Publicação: 16 de mar. de 2010. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8449300/100000951037350011-mg-1000009510373-5-001-1/inteiro-teor-13589017?ref=serp>. Acesso em: 22 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Mandado de Segurança n° 104080801975640011 MG 1.0408.08.019756-4/001(1)*. Relator: Desemb. Wander Marotta. Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 09 de fev. de 2010. Data de Publicação: 26 de mar. de 2010. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8449683/104080801975640011-mg-1040808019756-4-001-1?ref=serp>. Acesso em: 15 de set. 2020.

BRASI. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. *Mandado de Segurança n° 106990808635160041 MG 1.0699.08.086351-6/004(1)*. Relator: Desemb. Edilson Fernandes, Belo Horizonte, MG. Data de Julgamento: 12 de jan. de 2010. Data de Publicação: 26 de fev. de 2010. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7405328/106990808635160041-mg-1069908086351-6-004-1/inteiro-teor-13063398?ref=serp>. Acesso em: 22 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJ-MG. *Embargos de Declaração n° 10439180036436003 MG*. Relator: Sandra Fonseca. Data de Julgamento: 18 de jun. de 2019. Data de Publicação: 28 de jun. de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729340377/embargos-de-declaracao-cv-ed-10439180036436003-mg/inteiro-teor-729340459?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 de set. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF-1. *Apelação Cível n° 00031070220154013803*. Relator: Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa. Brasília, DF. Data de Julgamento: 11 de dez. De 2019, Quinta Turma. Data de Publicação: 24 de jan, de 2020. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886129649/apelacao-civel-ac-ac-31070220154013803?ref=serp>. Acesso em: 11 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 00495065720124010000*. Relator: Desemb. José Amilcar Machado, Brasília, DF. Data de Julgamento: 15 de out. de 2012, Sexta Turma. Data de Publicação: 05 de nov. de 2012. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/911661713/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-aga-aga-495065720124010000?ref=serp>. Acesso em: 16 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1. *Apelação Cível n° 00026264020084013300*. Relator: Desemb. Souza Prudente, Brasília, DF. Data de Julgamento: 18 de set. de 2013, Quinta Turma. Data de Publicação: 26 de set. de 2013. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/913056732/apelacao-civel-ac-ac-26264020084013300?ref=serp>. Acesso em: 16 de set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1. *Remessa Ex Officio n° 00164333820144013100*. Relator: Desemb. Néviton Guedes, Brasília, DF. Data de Julgamento: 30 de nov. de 2016, Quinta Turma. Data de Publicação: 14 de mar. de 2017. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894773925/remessa-ex-officio-reo-reo-164333820144013100?ref=serp>. Acesso em: 16 de set. 2020.

BVerfGE 33, 303 – *numerus clausus I*. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html#Rn002>. Acesso em: 30 de jul. de 2020

CALABRESI, Guido e Bobbit, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CANOTILHO. J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodología «Fuzzi» y «Camaleones Normativos» em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

CARBONELL, Miguel. Eficácia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios constitucionales*, Santiago: v. 6, n. 2, p. 43-71, 2008. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 12 de maio de 2020.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov. 2004. <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 01 de set. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle da Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 24 de setembro de 2019.

COSTA, Débora Laís dos Santos. *Fundamentar ou não fundamentar? Eis a questão: um debate a partir da Chain Novel de Dworkin sobre o artigo 489, §1º e sua aplicabilidade no Brasil contemporâneo*. 2018. 184f. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

COSTA, Nilson do Rosário. Inovação Política, Distributivismo e Crise: A Política de Saúde nos Anos 80 e 90. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 3, 1996. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581996000300007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581996000300007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 de jul. de 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 3, nov.2008/fev.2009, p. 9-34. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em: 18 de jul. 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, Fev. 1988. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso). Acesso em 30 Jun. 2020.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2005.

DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

DWORKIN, Ronald. *A virtude da soberania: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Justice in the distribution of health care. *McGill Law Journal*, v. 38, n. 4, p. 883-898, 1993. Disponível em: [https://commentary.canlii.org/w/canlii/1993CanLIIDocs58#!fragment/zoupio-\\_Toc3Page5/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zgGYAFMAc0ICsASgA0ybKUIQAiokK4AntADkykREJhcCWfKWr1m7SADKeUgCEIAJQC iAGVsA1AIIA5AMK2RpMACNoUnYhISA](https://commentary.canlii.org/w/canlii/1993CanLIIDocs58#!fragment/zoupio-_Toc3Page5/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zgGYAFMAc0ICsASgA0ybKUIQAiokK4AntADkykREJhcCWfKWr1m7SADKeUgCEIAJQC iAGVsA1AIIA5AMK2RpMACNoUnYhISA). Acesso em: 02 de jul. de 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

ELSTER, Jon. *Local Justice – How Institutions allocate scarce goods and necessary burdens*. New York: Russel Sage Foundation, 1992.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas: 1994.

GILBERT, Martin. *A Segunda Guerra Mundial: os 2.174 dias que mudaram o mundo*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. 2. ed. rev. e .atual. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. Um direito sem Estado. A noção de autonomia como fundamento da Constituição Jurídica Medieval. Tradução de Felipe Pante Leme de Campos. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 21 n. 123 Fev./Maio 2019. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1902/1264>. Acesso em: 04 de março de 2020.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Hesse, Konrad. *Constituição e Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In: Hesse, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução de Inocêncio Martires Coelho. In: Hesse, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.



FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más debil*. Madrid: Trotta, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LIMA, Nisia Trindade. O Brasil e a Organização Pan-Americana da Saúde: uma História em três dimensões. In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

LIMA, Rita de Cássia Gabirelli Souza; SEVERO, Denise Osório; VERDI; Marta Inez Machado; DA ROS, Marco – Aurélio. A construção do direito à saúde na Itália e no Brasil na perspectiva da bioética cotidiana. *Saúde Soc.*, p. São Paulo, v.18, n.1, p.118-130, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte 2. ed. Barcelona: Ariel, 1975.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1974.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. *O Estado Plurinacional na América Latina*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MARIN, Jeferson Dytz. Hermenêutica constitucional e realização dos direitos fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido. *Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 65, p. 103-123, Dez. 2012 . Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552012000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200006&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 19 de set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronuncia de Nulidade no Direito Brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, n.191, p.40-66, já./mar. 1993

MENEZES, Vitor Hugo de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

MERCADANTE, Otávio Azevedo. Evolução das políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: In: FINKELMAN, J. (Org.). *Caminhos da saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p.250.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 4. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis*. Brasília: UnB, 1982. Livro XI.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. 1995, 369f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

OECD. *Health at a Glance 2019: OECD Indicators*. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/4dd50c09-en/1/3/7/5/index.html?itemId=/content/publication/4dd50c09-en&mimeType=text/html&\\_csp\\_=82587932df7c06a6a3f9dab95304095d&itemIGO=oecd&itemContentType=book](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/4dd50c09-en/1/3/7/5/index.html?itemId=/content/publication/4dd50c09-en&mimeType=text/html&_csp_=82587932df7c06a6a3f9dab95304095d&itemIGO=oecd&itemContentType=book). Acesso em: 18 de jul. 2020.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, *backlash* e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011.

OMS. *Carta de Ottawa*. Ottawa, 1986. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta\\_ottawa.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf). Acesso em: 01 de jul. de 2020.

OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova York, 1946. Disponível em: [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf?ua=1](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1). Acesso em: 29 de jun. de 2020.

OMS. *Declaração de Alma Ata sobre Cuidados Primários*. União Soviética, 1978. Disponível em: [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 30 de jun. de 2020.

ONU. Assembléia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (217 [III] A). Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 de jun. de 2020.

PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho. *Derechos y Libertades*, n.14, v.II, pp. 151-178, jan.2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23422.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las Geraciones de Derechos Humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 163-196, ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/10183>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2013.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. Centro de Estudos. Janeiro/Dezembro/1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PISÓN, José Martínez de. Los derechos sociales: retórica y realidad. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Vol.41, n.170, p.51-78, 1997. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcpys/article/view/49299/44352>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*, nº. 21, vol. II, 1998.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima, Palestra Editores, 2018.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REGONINI, Gloria. Verbete Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto et al (Org). *Dicionário de Política*, Brasília: UnB, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a sociedade e as políticas sociais: o caso das políticas de saúde. *Revista crítica de Ciências Sociais*, n. 23, set. de 1987. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado\\_Sociedade\\_Políticas\\_Sociais\\_RC\\_CS23.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Sociedade_Políticas_Sociais_RC_CS23.PDF). Acesso em: 26 de março de 2020.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Direito e Democracia*, Canoas, v.3, n.1, jan./jun. 2002, p.333-104. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433/1659>. Acesso em: 02 de jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil Art.6º. In: MENDES, Gilmar Ferreria; Sarlet, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo

Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. LEONCY. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-Americano. *Revista TST*, Brasília, vol.75, nº 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em:  
[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007\\_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y). Acesso em 19 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 1, p. 10-11, abr. 2001. Disponível em: [https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588?\\_ga=2.59801637.906466716.1589665293-1528584698.1589665293](https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/revista-dialogo-juridico-4588?_ga=2.59801637.906466716.1589665293-1528584698.1589665293). Acesso em: 16 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre - Belo Horizonte, 2008. Disponível em:  
[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf). Acesso em 16 de maio de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, a.1, n.1, p. 171-213, out./dez. 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e *compliance* na área da saúde. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v.18, n.1, p.257-282, jan./abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v.8, n.4 (2016), p. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/1402>. Acesso em: 18 de maio de 2020

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

SCHNEIDER, Han-Peter. Peculiaridad y funcion de los derechos fundamentales em el Estado Democrático. *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, p. 23. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1427304.pdf>. Acesso em: 11 de abr. de 2020.

SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: interconexões dos sistemas jurídicos e econômico. *Boletim da Saúde*. Porto Alegre, v.24, n.2, p.99-106, jul./dez. 2010.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17 (1), p.29-41, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 02 Mai. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, 2012

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v.5, n.1, p. 203-218, 2010. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/4756/3658>. Acesso em: 14 de ago. De 2020.

STRECK, Lenio Luiz. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em *Terrae Brasilis. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 83-108, dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p83/28384>. Acesso em: 29 maio 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição ou Barbárie: a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. In: *Anuário Ibero – Americano de Direitos Humanos*, 2001/2002, ed. Lumem Juris, RJ, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, n. 4, jan-jun. p. 9-27.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Joaçaba, v.17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 65-77, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137>. Acesso em: 09 de abril de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, n.52 p. 127-162, jan./jun. 2008. Disponível em:

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/67/63>. Acesso em: 03 de abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet*. n. 1, 2009. Disponível em: [http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf).

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidade de concretização dos Direitos Fundamentais – Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídico*, v.8, n.2, p.257-301, mai./ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto? - O Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27-41, out. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em: 25 mar. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. *Pensar*: Fortaleza, v.18, n.3, p. 737-758, set./dez. 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The expansion of judicial power*. New York University Press, 1995.



TAVARES, Ana Lucia de Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 28, n. 109, p.71-108, jan./mar. 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, Dez. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 12 de set. de 2020.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 07 de set. de 2020.

VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: A Judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v.01, n.04, out./nov. 2009. Disponível em: <https://portaladm.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>. Acesso em: 01 de set. de 2020.

VILLALON, Pedro Cruz. Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, n. 25, Enero-Abril 1989, p. 35-62, p.41. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79388.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades. *Revista de Informação Legislativa*, a.31, n.122, mai./jul. 1994, p. 275-280. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176211/000487565.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 10. ed., Madrid: Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.