

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA

JULIA ROCHA CHAVES DE QUEIROZ E SILVA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: a Teoria da Justiça de John
Rawls como justificadora da intervenção do Poder Judiciário em prol da
efetivação de um direito fundamental

PARANAÍBA-MS
2017

JULIA ROCHA CHAVES DE QUEIROZ E SILVA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: a Teoria da Justiça de John Rawls como justificadora da intervenção do Poder Judiciário em prol da efetivação de um direito fundamental

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, como exigência parcial para obter o título de bacharelado em Direito, sob a orientação do Professor Mestre Rodrigo Cogo.

PARANAÍBA – MS

2017

JULIA ROCHA CHAVES DE QUEIROZ E SILVA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: a Teoria da Justiça de John Rawls como justificadora da intervenção do Poder Judiciário em prol da efetivação de um direito fundamental

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovada em, ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Prof. Me. Rodrigo Cogo

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Profa. Dra. Claudia Karina Ladeia Batista

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Profa. Dra. Sidinea Candida Faria

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Dedico este trabalho...

Ao tempo, que faz amadurecer, frutificar e vivificar todas as coisas. E, que tanto me fez aprender, no decorrer destes cinco anos de graduação. Que o passar dos dias, faça cumprir com as promessas de Deus na minha vida e me permita envelhecer com o mesmo ânimo de eterna aprendiz.

AGRADECIMENTOS

Início meus agradecimentos, rendendo minha gratidão eterna a Deus, que me amparou e sustentou por toda a trilha percorrida até aqui. Gostaria de agradecer também, imensamente, aos meus pais James e Hebe, que desde o meu nascimento, quiçá de outras vidas, me amaram sem medidas, e deram o seu melhor para transmitir para mim todos os valores que são necessários para fazer-me uma pessoa de bem, tal qual eles. Gostaria de agradecer por todo o zelo, todo o carinho, por terem aceitado juntos a missão, de nesta reencarnação, contribuir com a minha evolução espiritual, tenho certeza que nossos laços de amor e afeto, ecoarão e seguirão vividos por toda a eternidade.

Agradeço também ao meu irmão Pedro Henrique, pelas memórias doces de uma infância de amizade e companheirismo. Por ter sempre cuidado de mim e se preocupado comigo. Você, pipiqui, conseguiu me ensinar muito sobre amor fraternal. O homem íntegro e de bem que você se tornou, me enche de orgulho e me serve de exemplo, todos os dias. Na pessoa do Pedro, agradeço também à Rafaela, minha cunhada, que, com pouco tempo de convivência já me ensinou muito sobre a frase que diz que família não é só laço sanguíneo, é laço de amor. Cunha, você também é minha família agora.

Queria agradecer infinitamente ao meu amor, Bruno Catolino, que me faz entender o real significado do amar, todos os dias. Nossa convivência diária me engrandece, me floresce a alma e preenche todos os meus dias do mais puro e sincero sentimento. Queria dizer que me orgulho de ser sua namorada e farei sempre de tudo pela nossa felicidade.

A todos os amigos que passaram pela minha vida durante a graduação, eu rendo a minha gratidão. Por oportuno, queria também agradecer a Luana Queiroz que esteve comigo por todo esse tempo. Por dividir tantas alegrias, trabalhos, vivências, por ter me dado um lugar pra dormir nos sábados de aula de manhã e por ter me dado a sua verdadeira amizade. Como nós sempre dissemos durante a faculdade, a nossa paz era saber que uma sempre estava ali pela outra, que continue assim pelo resto da vida.

Nesta oportunidade, ainda quero agradecer e lembrar o nome de alguns grandes amigos que se fizeram importantes nestes últimos cinco anos: Mariana, Rudiere, Dieimi, Gabriel, Ednilson, Gisele, Maranhão, Joceli, Janaina, Karina, Ricardo Ramire e Ronair; vocês também fizeram com que esses anos fossem mais leves e divertidos. Obrigada por tudo!

Na pessoa da Marília, grande professora e amiga, presto agradecimentos e homenagens a todos os professores que passaram pela nossa sala de aula.

Gostaria de agradecer todos os funcionários da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, direta ou indiretamente, vocês contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Às minhas amigas da época do colegial, que mesmo durante a graduação, continuaram me motivando, me apoiando, dividindo tristezas e alegrias: Koba, Aila e Nat, a distância e a correria do dia à dia podem nos afastar um pouco, mas a certeza da amizade é isso, nós sabemos que no fundo, tudo permanece perfeitamente igual. Nós prometemos que nunca nos separaríamos não é? Muito obrigada por tudo! Amo vocês!

Agradeço também à Lúcia da cantina, que ao longo desses anos, sempre teve um café forte e uma palavra amiga para me confortar. Obrigada!

Faz-se necessário citar aqui a minha imensa gratidão ao professor e orientador Rodrigo Cogo, que embarcou e apoiou todas as minhas loucuras e devaneios filosóficos acerca da temática deste trabalho, sempre me acalmando, auxiliando e agregando seu conhecimento ao meu. Mesmo quando, no meio do caminho, eu resolvi mudar o foco da minha discussão, para poder analisar o tema de um modo que mais compactua com o que eu acredito e sinto. Tenho orgulho de dizer que este trabalho não é só uma exigência para a graduação, como dito em algumas folhas acima, mas sim uma expressão simplória e verdadeira da minha intenção de sempre pensar o direito com vistas à proteção dos menos protegidos socialmente.

A todas as minorias, eu presto aqui homenagem, e digo que espero que a minha geração consiga mudar a realidade do direito, tentando alcançar realmente uma isonomia de tratamento e a efetivação de todos os direitos e garantias constitucionalmente tutelados.

Ainda assim, quero agradecer na pessoa da Excelentíssima Doutora Mariel Cavalin, todo o conhecimento compartilhado durante os meus dois anos de estágio no fórum da comarca de Aparecida do Taboado, dizendo que, com você doutora, aprendi que não é necessário que um juiz somente diga o direito, ele deve praticar a sua atividade judicial com toda leveza, cordialidade e urbanidade, tratando sempre todos os partícipes do processo com elevado respeito e responsabilidade. Além de todo o seu conhecimento jurídico, a senhora é um grande exemplo de ser humano e de mulher forte! Obrigada por tudo!

Nesse mesmo diapasão, rendo agradecimentos, à toda a “família” do Ministério Público de Aparecida do Taboado, na pessoa do Doutor Oscar Bessa, que durante os meus dois anos de estágio nunca mediu esforços para ensinar, tanto à mim quanto aos outros estagiários um pouco mais sobre o direito. Posso dizer que lá, aprendi a escrever e atuar, na defesa das pessoas e da sociedade, angariando conhecimento prático e tão válido que somente a realidade do labor jurídico poderia proporcionar. Sempre tomarei, por exemplo, Doutor, a

grandeza do seu intelecto e o seu trabalho incansável pela construção de uma sociedade melhor e mais justa.

Mesmo sabendo que já rendi minhas gratidões à minha família, quero aqui, fazer um adendo, acrescentando justo e merecido agradecimento ao meu pai James, como profissional. Quero agradecer pai, pelo senhor ter me incentivado tanto à leitura, desde pequena, por ter sempre me levado a discussões interessantíssimas e me dado a chance de opinar e crescer com as mesmas, agradeço pelo senhor ter aberto meus olhos ao mundo jurídico. A sua atuação profissional, a sua eloquência e oratória, a verdade pela qual você luta, a responsabilidade com a qual você exerce lindamente a sua função de múnus público, sempre me fizeram te admirar sem medida, e, com certeza influenciaram na minha escolha de carreira. Acho que no fundo eu sempre quis seguir seus passos. Ao meu mestre e meu querido pai, gratidões eternas!

Derradeiramente, mas não menos importante, quero agradecer à espiritualidade amiga que sempre se fez presente na minha vida, me intuindo, iluminando meus passos e me guiando pela luz e pelo caminho do bem. A certeza da vida eterna me faz ter paz de espírito, fé nos desígnios divinos, nas promessas de Deus para a minha vida e esperança na humanidade.

Durante a faculdade, iniciei meus estudos na doutrina espírita com o auxílio de todos os irmãos do Centro Espírita Joana D'arc, os quais eu desejo infinitamente agradecer, no momento em que eu aprendi com vocês a ajudar o outro, eu, indistintamente fui ajudada. Vocês são a minha família por afinidade! Entre as coisas que aprendi com vocês, uma das mais importantes e que, inclusive influi no meu futuro profissional é que o ser humano está fadado à perfeição, a evolução é inevitável e cada um ao seu tempo irá se assemelhar ao Pai Celestial. Que assim seja!

Desculpo-me aqui, se algum nome deixou de ser citado, se eu aqui falasse de todos que participaram da minha caminhada nesse últimos anos, o texto ficaria por deveras alongado, mas, quero agradecer infinitamente todos que de forma ou outra me ajudaram a chegar até aqui. Os louros também são de vocês, obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo apresentar a temática envolvendo a judicialização da saúde sob uma ótica filosófica, pautando sua análise na Teoria da Justiça elaborada por John Rawls. Inicialmente, o estudo abrange a evolução histórica dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, com a ratificação do entendimento de que no Estado Democrático de Direito brasileiro a saúde encontra-se no rol dos fundamentais direitos recepcionados pelo texto constitucional. Em um segundo momento da pesquisa, introduz-se o tema da judicialização da saúde como forma de implementação de um direito previsto constitucionalmente, trazendo à tona discussões sobre a origem desta prática e acerca da legitimidade do Poder Judiciário para atuar quando o Legislativo e o Executivo, que deveriam salvaguardar direitos fundamentais, não se mostram suficientes para tanto. E, por derradeiro, traz-se à baila o contributo teórico de John Rawls para que a pesquisa, de cunho bibliográfico, utilizando-se do método indutivo-dedutivo, conclua que a judicialização da saúde, ultrapassando a separação de poderes, pode ser justificada, por sua teleologia garantista da Constituição, para a construção de uma sociedade mais justa e bem-ordenada.

Palavras-Chave: Direito Fundamental à Saúde. Judicialização. Teoria da Justiça de John Rawls.

ABSTRACT

This work has as a scope to present the thematic involving the judicialization of health under a philosophical perspective, guiding its analysis on the Theory of Justice elaborated by John Rawls. Initially, the study covers the historical evolution of fundamental rights and constitutionalism, with the ratification of the understanding that in the Brazilian Democratic State of Law health is in the list of the fundamental rights received by the constitutional text. In a second moment of the research, the theme of the judicialization of health is introduced as a form of implementation of a constitutionally established right, bringing to the fore discussions about the origin of this practice and the legitimacy of the Judiciary to act when the Legislative and the Executive, which should safeguard fundamental rights, are not enough to do so. And, lastly, the theoretical contribution of John Rawls is brought to the fore, so that the bibliographical research, using the inductive-deductive method, concludes that the judicialization of health, beyond the separation of powers, can be justified, for its guaranteeing teleology of the Constitution, for the construction of a more just and well-ordered society.

Keywords: Fundamental right to health. Judicialization. Theory of Justice by John Rawls.

Quem foi que fez o sol tão vivificador?
E sua luz resplandecente cheia de fulgor?
Os trilhões de estrelas que cintilam nos céus?
E as nuvens vaporosas como densos véus?
A mecânica celeste, o arcano profundo
da eterna ciência que equilibra os mundos?
Os microorganismos em desenvolvimento
e os orbes gigantes em deferecimento?
O átomo e a nebulosa, a ameba e o Serafim,
e as origens das coisas que nunca terão fim?
A virtude impoluta que não se modifica,
e a possante energia que a tudo vivifica?
Quem foi que fez o vento, a chuva, o raio e o
trovão?
A primavera, o outono e também o verão?
O perfume das flores, o som, a luz, o ar?
Os campos, as florestas, a terra, o céu e o mar?
Quem foi que fez o infravermelho e o
ultravioleta?
E fez da lagarta surgir uma bela borboleta?
O esperto gafanhoto e o formoso rouxinol?
Surgindo a alvorada, os clarões da luz do sol?
Quem foi que fez as feras bravas, os ternos
passarinhos,
a asa dos insetos e a beleza de um ninho?
Deu agilidade incrível à pulga saltitante,
e fez o passo lerdo e tardo do elefante?
Quem foi que fez o colibri com linda sutileza,
sugando o mel das flores com tal delicadeza?
O tatu escavando a cova em que se abriga,
e a faina inesgotável da minúscula formiga?
O inquieto macaco, o feroso corcel,
e a abelha trabalhando na construção do mel?
Quem foi que fez a ostra, o golfinho, o tubarão,
a
baleia?
E a engenhosa aranha tecendo a sua teia?

E o instinto de conservação,
como bússola infalível de orientação,
guiando com acertos os irracionais,
sem nunca transgredir as regras naturais?
As maravilhas do reino mineral,
o leito onde repousa o reino vegetal,
os prodígios da animalidade,
e um elo mais acima, a nossa humanidade?
E tantos outros reinos que nós desconhecemos,
sistema de mundos que nem nos apercebemos?
Os gênios tutelares arqui-angelicais,
imersos nos segredos dos planos siderais?
Que maravilha é esta que eu não posso
descrever,
com todo dramatismo que eu pudesse ter?
Artista inimitável, sublime e ilimitável.
Me ponho de joelhos e contemplo abismado.
E pergunto a mim mesma com estupefação.
Quem criou isso com tanta perfeição até o
perdão?
Quem dá sem pedir nada, e paga sem dever
nada?
E a tudo movimenta sem nunca se mover?
Formando e transformando.
Criando e dirigindo.
Governando e agindo.
Quem tem tamanho poder?
Pergunto a outras vozes.
Quem que podeis dizer?
Eu vos peço queridos irmãos, amigos meus.
E as vozes me respondem:
Foi Deus
Foi Deus
Foi Deus.

Poesia de João de Deus Limeira

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	14
1.1 O Estado Democrático de Direito	14
1.2 Anotações Históricas	15
1.3 Direitos Fundamentais	18
1.3.1 Conceito e Dimensões	18
1.4 Direitos Fundamentais e Constitucionalismo	21
1.5 A Posição dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito Brasileiro	23
1.6 O Direito à Saúde	25
2 A JUDICIALIZAÇÃO COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	28
2.1 Re(visitando) a Separação dos Poderes	28
2.2 A Judicialização	29
2.2.1 Origens Históricas	30
2.3 A Judicialização da Saúde no Brasil	33
2.4 O Caráter Não Programático do Direito à Saúde	35
3 O CONTRIBUTO TEÓRICO DE JOHN RAWLS	38
3.1 Anotações sobre a Teoria da Justiça	38
3.1.2 Da posição original	40
3.1.3 Uma justiça equitativa	42
3.1.4 Uma justiça distributiva	43
3.2 Os acréscimos de Norman Daniels e Amartya Sen	45
3.3 A Confirmação do Pensamento de Rawls como Justificador da Judicialização da Saúde	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é consagrado constitucionalmente como um direito social, de caráter não-programático e de aplicação imediata, fundamental à dignidade da pessoa humana, que deve ser implementado pelo Estado a todos os cidadãos.

Ocorre que a implementação e manutenção de políticas públicas na área da saúde, hodiernamente, se mostra ineficaz ao objetivo a que se propõe, razão que leva os particulares a demandarem judicialmente a efetivação do seu direito à saúde, quando se puder provar a ineficácia do serviço público ofertado a ele, no tratamento de suas enfermidades ou aquisição de medicamentos.

À atividade judiciária que busca a efetivação de direitos fundamentais, dentre eles o da saúde, convencionou-se denominar judicialização. Esta sofre com diversos entraves doutrinários, acerca da legitimidade da sua atuação, colocando em cheque quesitos econômicos, para tirar o crédito do vanguardismo judiciário na luta pela justiça.

O presente trabalho, nesta senda, nasce com a finalidade de trazer à baila o entendimento de John Rawls acerca do que é justiça, e das prestações positivas devidas pelo Estado dentro da relação contratualista com cada indivíduo, para tornar cognoscível o que já é unânime nos tribunais pátrios: a obrigação do Judiciário intervir para salvaguardar o direito constitucional à saúde, quando o Executivo e o Legislativo, *per si*, não puderem garantir a sua efetivação.

Destarte, a objetivação do trabalho é ofertar uma justificação filosófica da judicialização da saúde demonstrando que, além das jurisprudências usadas nos processos judiciais envolvendo o tema, existe todo um arcabouço teórico suficiente para comprovar que a atuação judicial em prol da efetivação de direitos fundamentais é o único meio de garantir que uma sociedade se construa de maneira justa, quando o Estado cumpre com seu dever de agir positivamente.

No primeiro capítulo, para a introdução do tema, breves considerações históricas foram feitas, acerca da gênese do constitucionalismo como fomentador de Estados de Direitos ao redor do mundo. Passando depois ao estudo detido dos direitos fundamentais (inclusive sua conceituação e caráter dimensional), sua conexão lógica com a tendência constitucionalista crescente até então e seu papel em um Estado Democrático de Direito. Após isso, o direito à saúde foi estudado, abarcando toda sua previsão constitucional.

No segundo capítulo, foi explicado o fenômeno da judicialização como mecanismo moderno de efetivação de direitos fundamentais, passando pela contextualização do assunto

no Brasil e no mundo, e com detida explicação sobre sua implementação na seara da saúde, como ferramenta essencial para a garantia deste direito.

Já no terceiro capítulo foi apresentada toda a contribuição filosófica de John Rawls como justificação para a judicialização da saúde, partindo-se da apresentação da conhecida Teoria da Justiça (2000), analisando-a sob um prisma geral, e, posteriormente, foi conceituada a situação hipotética da posição original criada por Rawls e explicada a sua aproximação com o estado de natureza da Teoria do Contrato Social e, ainda assim, com o imperativo categórico Kantiano.

Nesse mesmo diapasão, a Teoria da Justiça foi esmiuçada, em tópicos explicativos sobre como se daria uma justiça distributiva e uma justiça equitativa, na visão de Rawls.

Por conseguinte foram trazidas ao corpo do texto as considerações dos teóricos Norman Daniels e Amartya Sen acerca da Teoria da Justiça de Rawls, com as consequentes alterações propostas por eles.

E, por fim, a Teoria Rawlsiana foi refletida na prática, como fundamento para a judicialização da saúde, afastando ideologias e filosofias de cunho utilitarista, que empregam a premissa do bem coletivo, para fazer sofrer o corpo individual.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

1.1 O Estado Democrático de Direito

O conhecimento acerca do modelo de Estado ao qual o Brasil se filia é matéria primordial para que se possa realizar um estudo mais detido sobre os direitos fundamentais sociais, com destaque para o direito à saúde, que deságua na apuração da responsabilidade que cumpre ou não ao Estado em garantir o acesso eficiente ao direito subjetivo à saúde, quando este não ainda tiver sido promovido e o Estado for demandado judicialmente, mormente, às pessoas consideradas hipossuficientes, tema central desta pesquisa científica.

Nesta direção, como passo inicial deste estudo, cabe trazer à tona o que dispõe o art. 1º da Constituição Federal de 1988, identificando o Brasil como um Estado Democrático de Direito, preconiza que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana [...] (grifo nosso)

Em uma primeira compreensão do que significa ser um Estado Democrático de Direito, esta investigação se utiliza da lição de Canotilho (1993, p. 43), para quem o Estado Democrático de Direito não existe sem que esteja fincado em uma lei base, uma Constituição. Para o doutrinador português, é esta Constituição que irá atuar balizando e definindo direitos e deveres, em consonância com a vontade do povo, sendo, por este motivo, dotado de legitimidade.

Cumprir advertir que o Estado Democrático de Direito possui princípios próprios, alinhados do seguinte modo por Streck e Moraes (2006, p. 98 e 99): a constitucionalidade, a organização democrática da sociedade, os sistemas de direitos fundamentais individuais e coletivos, a justiça social, a igualdade, as divisões de poderes ou de funções, a legalidade, a segurança e certeza jurídicas.

Além disso, este paradigma estatal é visto como instrumento capaz de transformar a sociedade sob a qual se erige, com a introdução de um conteúdo de garantias das condições mínimas de vida digna à igualdade formal, como efeito dos princípios do Estado Social e do Estado Democrático (STRECK e MORAIS, 2006, p. 98).

Ao se tomar os ensinamentos de Canotilho (1993), apresentados em linhas pretéritas, como linha de raciocínio inicial, tem-se que o movimento constitucionalista e toda sua ideologia garantista e limitadora do poderes estatais está essencialmente ligada ao modelo de Estado Democrático de Direito, que atua através da efetivação de direitos fundamentais previamente assegurados exatamente por um texto constitucional.

E, portanto, o estudo sobre o Estado Democrático de Direito terá como plano de fundo o mesmo contexto histórico em que se deu o desenvolvimento do constitucionalismo, tema que será elucidado nas linhas a seguir.

1.2 Anotações Históricas

O marco inicial do que se convencionou nomear de constitucionalismo não é exato, apresentando-se como um ponto de divergência doutrinária em razão do caráter *erga omnes* das constituições.

À *priori*, no que tange à divergência quanto a quem se dirigia a primeira constituição, a doutrina tradicional acredita que mesmo não tendo sido dirigida a uma coletividade de pessoas, com aplicação somente aos barões de terra da época feudal, a Magna Carta (Inglaterra, 1215) - do Rei João Sem Terra, pode ser considerada a primeira constituição, especialmente pelo fato de que se atreveu a limitar o poder estatal delineando direitos ao homem. (FILHO, 2016, p. 01)

Por sua vez, o jurista alemão Carl Schmitt, sustenta que exatamente por não ter sido feita para o povo, a *Magna Charta Libertatum*, supracitada, não pode ser considerada como sendo a primeira constituição. Motivo esse que o leva a sustentar que teria sido o *Bill of Rights* (Inglaterra, 1688/1689) a primeira constituição. Para ele, somente a limitação ao poder estatal e a previsão de direitos fundamentais ao homem não seriam suficientes para formar uma constituição, sendo, portanto, o conceito de constituição intrinsecamente ligado ao povo, em sua totalidade. (FILHO, 2016, p. 01)

Insta salientar que foi o *Bill of Rights* que instituiu poderes ao Parlamento. Com a sua criação o poder antes absoluto e indivisível pertencente à coroa inglesa foi dividido com os parlamentares, passo importantíssimo à evolução da democracia, vez que diminuiu e cerceou o que antes era conferido a uma só pessoa frente a uma nação inteira, em um regime monárquico, passível de qualquer tipo de arbitrariedade. (FILHO, 2016, p. 03)

Em sentido diametralmente oposto ao trazido nas linhas acima, Karl Loewenstein asseverou que a primeira constituição remeteria ao estado Hebraico, via do famoso *Torah*,

velho testamento ou pentateuco, que compreende os primeiros cinco livros da Bíblia. Segundo ele, seria a primeira limitação ao poder estatal, bem como seria o primeiro “ordenamento” a conter os direitos e deveres do homem, dentro da sociedade. (FILHO, 2016, p. 01 e 02)

Entretanto, dado o caráter científico-jurídico do estudo em tela, é preciso que seja realizada breve reflexão quanto à crença de Loewenstein. O *Torah* sendo um livro religioso, não pode ser considerado como Constituição, muito menos a primeira, vez que ali se encontram inseridos códigos de conduta relacionados a crenças religiosas. Destarte, o poder estatal podendo até mesmo ser limitado pelo citado livro, se limitava em razão do respeito que se erguia em relação às entidades religiosas superiores, e, não em respeito ao Estado, à justiça e ao homem. (FILHO, 2016, p. 01 e 02)

Faz-se interessante citar nessa linha de construção lógico-temporal, o Pacto de *Mayflower* (New Plymouth, 1620), firmado ainda em alto-mar, à bordo do navio que recebia o nome dado ao acordo, pelos que se direcionavam aos Estados Unidos da América com intenção colonizatória. Tal pacto mencionava a salvaguarda a vários direitos básicos dos cidadãos que posteriormente viriam a ser parte de uma sociedade nas terras a serem colonizadas. (FILHO, 2016, p. 03)

O posicionamento derradeiro acerca de qual teria sido a primeira Constituição reveste-se do lastro dado pela posição da doutrina positivista, segundo a qual o posto só pode ser preenchido pela Constituição Americana (Estados Unidos da América, 1787), uma vez que foi a mesma, a única que preencheu todos os requisitos que hoje se pautam como básicos e primordiais a uma Constituição, dentre os quais se destacam o fato de ser ela oponível *erga omnes*, além de ser escrita e conter mandamentos acerca de direitos e deveres dos cidadãos dentro de uma sociedade. (FILHO, 2016, p. 03)

Em relação à Constituição Americana, merece destaque o fato de ter nascido de forma simplificada, e, no entanto, as várias emendas feitas ao seu bojo acabaram por lhe garantir uma tutela interessante a respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Sabe-se que tais Emendas Constitucionais aproveitaram a matéria organizada na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e Independência das 13 Colônias (1776) para complementar o que depois seria conhecido como sendo a primeira Constituição da história mundial. (FILHO, 2016, p. 03)

A temática acerca do nascimento dos Estados Democráticos de Direito não pode se furtar aos dividendos colhidos após a Revolução Francesa. E, sobre o assunto, cumpre inicialmente esclarecer que sendo ainda monárquica estruturalmente, a França passou por um período turbulento e violento conhecido como Época do Terror, no qual, por meio de luta

armada o povo se voltou contra a coroa francesa, e o regime absolutista como um todo buscando uma sociedade mais justa para todos. (FILHO, 2016, p. 03)

Nos dizeres de Cogo (2011, p. 40 e 41):

A explicação oficial para a eclosão da Revolução Francesa se pauta no enorme descontentamento da burguesia francesa, grande mantenedora da monarquia àquele momento, com o parasitismo da nobreza que drenava as riquezas do Estado, mantendo a população em um estado de penúria inadmissível, o que seria uma grande afronta à dignidade humana.

No ambiente de instabilidade inegável mencionado acima, tomando por inspiração os ideais iluministas/maçônicos *Liberté, égalité e fraternité*, a Revolução Francesa, no advento da histórica Queda da Bastilha, significou o fim do Absolutismo na França dando um passo enorme rumo à modernidade e à democracia.

Os frutos deste movimento ímpar podem ser vistos na história notadamente através do que mais tarde incitaria e culminaria na Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, documento formal, escrito na França, em 1789, que assegurou a tutela fundamental dos direitos dos homens, singularmente falando, e dos cidadãos, ou seja, do homem no seu contexto social. (SARLET, 2012, p. 43 e 44)

Nota-se que as anotações históricas trazidas até aqui inauguram uma trajetória em prol da concretização dos direitos essenciais dos cidadãos dentro de seus próprios Estados, afastando paradigmas absolutistas sob a necessidade do reconhecimento de tais prerrogativas por conjuntos normativos que oferecessem garantias aos cidadãos – as Constituições.

Nesta linha de pensamento, grifa-se que muito embora inúmeros avanços tenham ocorrido, o maior marco de mudança de paradigma somente ocorre no ano de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), emanada da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro, via de sua Resolução nº 217. (COGO, 2011, p. 59)

A supramencionada declaração universalizou a tutela fundamental e humanista do homem, ao passo que reuniu representantes de uma gama de países, regiões e etnias, para que por meio desse documento se consolidasse o ideário acerca do que é um direito intrínseco ao homem, devido à sua condição hominal, não importando sua cultura, credo ou país em que esteja inserido.

Os ensinamentos de Comparato *apud* Cogo (2011, p. 59) são essenciais à compreensão do momento histórico vivido com a DUDH, ao sublinhar que:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de

pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Ante o exposto, é possível compreender o papel das Declarações acima elencadas na formulação do que pode ser considerado o embrião do conjunto de valores essenciais aos seres humanos pautados na dignidade de pessoa humana, os chamados direitos fundamentais, que serão visitados no próximo tópico deste estudo.

1.3 Direitos Fundamentais

Em uma abordagem preliminar, cumpre esclarecer que os direitos fundamentais tiveram seu nascimento ao longo da história, gradativamente, de forma que seria difícil apontar uma data para tal marco inicial. Fazendo uma analogia para tornar mais didático o entendimento deste surgimento gradativo dos direitos fundamentais, pode-se utilizar da definição de Carnelutti *apud* Marques (2000, p. 2) que explica a lide processual como sendo um “conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida”. Da mesma forma que a lide, pode-se dizer que os direitos fundamentais nasceram da resistência a uma pretensão, dentro de um conflito de interesses, que de alguma forma ferisse e afastasse o povo soberano, de uma vida digna e plena.

Desta feita, cada vez que o desrespeito aos bens jurídicos relevantes se robustecia, crescia também o espaço para a percepção de que os direitos fundamentais do homem e o absoluto respeito a tais preceitos careciam de maior lastro para a construção de um Estado justo e seguro.

A fundamentalidade de algumas garantias, trazendo em seu cerne um caráter essencial, inafastável e inalienável, vistas como necessidades básicas a uma vida plena e digna, talvez sempre tenham existido, no entanto, de acordo com o explanado acima, circunstâncias sociais, políticas e históricas foram determinantes para que se tornasse importante fazer com que a eficácia de tais garantias fossem estendidas, ao ponto de se tornarem, talvez, a égide de todo um Estado.

1.3.1 Conceito e Dimensões

Com a intenção de limitar conceitualmente os direitos fundamentais, Robles (2005, p. 7) leciona:

Quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser *direitos fundamentais* em um determinado ordenamento jurídico. [...] A questão de quais sejam tais direitos fundamentais é resolvida de modo particular por cada ordenamento jurídico. Normalmente é a Constituição que especifica os direitos fundamentais e prevê um tratamento especial para eles. Assim, portanto, a determinação dos direitos fundamentais no âmbito de um ordenamento jurídico não é tarefa que deva permitir a especulação livre.

Em complemento ao trazido acima, Marmelstein (2008, p. 20) aduz que:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Dos ensinamentos de Robles e Marmelstein retira-se a certeza de que a edificação de direitos fundamentais somente encontra amparo em um Estado que se revista de determinadas especificidades, perfilando-se ao modelo democrático de Direito, com fulcro em uma Lei Maior que o discipline, nos moldes do que já fora elucidado em linhas anteriores.

Encontra respaldo na obra de Sarlet, nesse mesmo diapasão, a evolução dos citados direitos fundamentais, em sua totalidade, compreendendo a temática do que veio a se nomear dimensões dos direitos fundamentais. Segundo o jurista, os direitos fundamentais dividiram-se, pois, passada sua fase de reconhecimento nas Constituições, mundo afora, seu modo de titularidade, eficácia e efetivação se modificaram, fazendo com que se torne possível falar em pelo menos três dimensões de direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 45).

A começar do reconhecimento da florescência dos direitos fundamentais em fases diferentes entre si, iniciou-se uma discussão doutrinária cosmopolita acerca de qual o termo exato para se compreender tais fases de direito. Prioristicamente, chamou atenção o termo “geração”, por ele aludir a algo que se modifica no tempo, que evolui, tal qual os direitos fundamentais faziam, aprimorando-se a cada nova fase (SARLET, 2012, p. 45).

Entretanto, a denominação “geração” ficou obsoleta, por ter sido alvo de críticas doutrinárias ferrenhas, que, pautando-se na semântica, afirmavam que a palavra “geração” remetia algo que fosse substituído com o passar do tempo, o que obviamente não ocorre com os direitos fundamentais. Nestes trilhos, achou a doutrina moderna o termo “dimensão” mais apropriado para designar os direitos fundamentais, sem deixar para trás nenhum degrau galgado na luta pelos direitos inerentes ao homem, dentro de um Estado Constitucional (SARLET, 2012, p. 45).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, como o nome já antecipa, são os primeiros direitos fundamentais a serem reconhecidos e tratam da relação do homem com o

Estado no qual está inserido. Tal dimensão reveste-se de caráter importantíssimo, em razão de ter sido ela a égide de todo o Constitucionalismo, ao passo que visava a limitar os poderes Estatais e garantir ao homem, o “básico”, o “mínimo”, para se encontrar em um Estado de Direitos (SARLET, 2012, p. 46 e 47).

Os direitos que vieram nesta senda foram os que se convém denominar direitos civis e políticos, quais sejam: os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à isonomia, à liberdade de expressão, à participação política e às garantias processuais (*due process of law, habeas corpus*, direito petitório).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão nasceram como consequência e efeito da reação social aos ditames da industrialização, que se alastrava pelo mundo, deixando para trás um passado de uma economia simplista baseada na manufatura. Tais direitos econômicos, sociais e culturais visavam com sua efetivação fazer com que o Estado assumisse papel de promotor da justiça social (SARLET, 2012, p. 46 e 47).

Por sua vez, os direitos que vieram na terceira dimensão, ou direitos de solidariedade e fraternidade, deixam de se preocupar momentaneamente com o direito da individualidade do homem, de seus direitos por si só para agregarem relevância às garantias do homem dentro de uma coletividade.

Corroborando o acima explicitado, Sarlet (2012, p.49) acrescenta que:

Compreende-se, portanto, porque os direitos de 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.

Assim, afirmam-se de terceira dimensão, os direitos: à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação do patrimônio histórico/cultural, à utilização do patrimônio histórico/cultural e à comunicação. (SARLET, 2012, p. 48 e 49).

A doutrina fundamental, em sua esfera cosmopolita e pátria, guarda certo receio quanto à existência e ao reconhecimento de uma quarta e talvez até quinta dimensão de direitos fundamentais. A posição dos que acreditam na tripártide conceitual fundamental, afirma serem todos os direitos do homem resumidos nas três dimensões de direitos fundamentais, enquanto os que acreditam na existência de mais dimensões, apoiam-se na ideia do surgimento de novos direitos a serem efetivados, direitos esses influenciados pela globalização dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 51).

No mesmo sentido, prelecionou Norberto Bobbio, em seu festejado livro *A Era dos Direitos* (1992):

As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável (apud Sarlet, 2012, p. 53).

Considerando que a vertente utilizada pelas três primeiras dimensões desdobra-se na garantia de infindáveis direitos, uma vez que quase tudo que se faz inerente à boa vivência do homem no meio social se pode resumir nos direitos à liberdade, à igualdade e à solidariedade, torna-se difícil encontrar um direito do homem, a ser efetivado, que não possua relação direta com os institutos acima mencionados.

Após breve digressão conceitual, influenciada pela visão constitucionalista de Sarlet acerca dos direitos fundamentais, é possível concluir que:

A despeito deste e de todos os demais aspectos que aqui poderiam ser versados e por mais que se possa aderir a boa parte das críticas colacionadas no que diz especialmente com a supervalorização da classificação histórica (dimensional) dos direitos fundamentais, cremos que o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural [...]. (2012, p. 57)

Elucidado o entendimento dos direitos fundamentais, no que tange ao seu conceito e às suas subdivisões dimensionais, será realizada adiante breve incursão acerca do papel galgado por tais direitos no âmbito constitucionalista.

1.4 Direitos Fundamentais e Constitucionalismo

Realizar exposição que aborde o momento exato em que prioridades da vida humana se tornaram direitos fundamentais constitucionalmente tutelados é discorrer necessariamente sobre o nascimento do que se convencionou nomear Estado Constitucional de Direito. Nesta linha de raciocínio ensinam Streck e Moraes apud Sarlet (2012, p. 36 e 37):

Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito).

Primordialmente, avulta de importância esclarecer o entendimento acerca do que seria o constitucionalismo, *per si*. Tal movimento pode ser considerado como aquele que por meio

de uma *Lex Mater*, ou seja, a lei mãe do Estado em que se encontra, traz à baila a securidade social, por meio de controle ao poder do próprio Estado e de princípios que devem fundamentalmente ordenar e direcionar todo o ordenamento jurídico sob a égide. (MASCARENHAS, 2010, p. 18 e 19)

Nessa linha de raciocínio, Canotilho (2003, p. 51) explicou o chamado “movimento constitucional”, nome dado por ele ao constitucionalismo como sendo uma:

[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação ao poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Na conceituação de Barroso (2009), o constitucionalismo se delinea de maneira mais exata, ao passo em que é trazido à baila o contexto no qual se deu o movimento, com requintes filosóficos:

No plano das ideias e da filosofia, o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que o acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, cuja existência e validade independem de outorga por parte do Estado. (2009, p. 76)

Nesta mesma senda, entende-se a razão pela qual se aproxima o constitucionalismo dos direitos fundamentais. Conforme exposição acima, o movimento constitucional, trouxe em seu cerne, como sua protagonista, a Constituição; um avanço sem precedentes nos direitos inerentes ao homem, em razão de sua condição puramente hominal.

Por conseguinte, a tutela dos direitos fundamentais é indissociável do conceito de constitucionalismo, uma vez que tal proteção se apresenta como pilar de sustentação e escopo finalístico das constituições. Tal entendimento é confirmado pelo que assevera o artigo 16, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), *in verbis*: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

E, continuando tal construção lógica, torna-se inteligível a valoração dada aos direitos fundamentais e sua aproximação com o Estado de Direito, tanto para sua efetivação quanto para sua eficácia. É o que se pode extrair dos ensinamentos de Pérez Luno (1995, apud Sarlet, 2012, p. 60), para quem:

[...] existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Deste modo, o Estado de Direito, nos termos do que já fora edificado no tópico 1.1 deste estudo pela lição de Canotilho, somente assim é chamado e reconhecido, com vistas à percepção do que se vislumbra nele, especialmente pela existência da tutela positiva, em sua *lex mater*, de certos direitos que por sua natureza são tidos como fundamentais.

1.5 A Posição dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito Brasileiro

A partir da compreensão de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, conforme se informou no início deste estudo, e sabendo que neste modelo de Estado a Constituição Federal é a lei fundamental, tema também já elucidado em linhas pretéritas desta pesquisa, cabe neste momento destacar a função balizadora da Lei Maior brasileira.

De tal modo, dentre outras funções, pertence à Carta Magna Brasileira, delimitar os direitos e deveres individuais e coletivos, nos termos de seu artigo 5º, e os direitos sociais, em conformidade com o seu artigo 6º.

No entanto, as conquistas constantes do corpo dos dispositivos constitucionais não ocorreram facilmente, mas sim, nasceram de forma paulatina e foram resultantes do processo de redemocratização pós período ditatorial militar, que durou cerca de vinte anos (SARLET, 2012, p. 63).

Com toda a democracia e o seu povo em situação de flagelo, decorrentes das barbáries e atentados contra os direitos humanos ocorridos durante a ditadura militar, fomentou-se a instalação da Assembleia Nacional Constituinte que, mais tarde, daria a luz ao que hoje se conhece como Constituição Cidadã (SARLET, 2012, p. 63).

Tendo por escopo garantir a tutela dos direitos fundamentais, tão esquecidos pelo povo brasileiro em tempos de escuridão democrática e supressão de direitos, a Constituição de 1988 veio para fazer esquecer o período ditatorial e provar que os cidadãos poderiam acreditar em um Estado justo e solidário.

Neste contexto, ressaltam-se três características da Constituição de 1988, que são consideradas responsáveis pela extensão dos chamados direitos fundamentais, quais sejam: seu caráter analítico, seu pluralismo e seu caráter programático e dirigente (SARLET, 2012, p. 64).

Esmiuçando as características acima mencionadas, primeiramente, o caráter analítico da Constituição pode ser explicado como a sua intenção de tutelar e salvaguardar a maior

parte possível dos direitos imagináveis do homem, para tal fazendo-se utilizar de 250 artigos e 96 disposições transitórias (SARLET, 2012, p. 64).

Tal preocupação de proteger a maior quantidade possível e imaginável de direitos mostra claramente o “trauma” existente, no período pós-ditatorial, na consciência dos constituintes, dos juristas e do povo brasileiro em si, tornando a Constituição Cidadã um amontoado de leis, que tinha por escopo finalístico não deixar passar nada, longe dos olhos da legalidade e da justiça, para que nenhum outro golpe contra a democracia pudesse ser aplicado novamente nas terras brasileiras. Demonstrava, nas palavras de Sarlet (2012, p. 65), “[...] a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos”.

Em segundo plano, o pluralismo da Constituição de 1988 se deu, basicamente, pela intenção do Constituinte de inserir em seu bojo diversas posições e reivindicações, mesmo que estas não fossem convergentes, resultando tal aceitação de divergências, no que mais tarde se conheceria por pluralismo, inclusive no âmbito fundamental, ao passo que os direitos clássicos do homem, conviveriam com os novos direitos nascidos do contexto brasileiro de redemocratização, tais quais, o direito à liberdade e os direitos políticos, entre outros (SARLET, 2012, p. 65).

Por fim, faz-se mister explicar a característica programática da Constituição Cidadã que, nas palavras de Sarlet:

[...] resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, imposições legiferantes e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos (2012, p. 65).

Conclui-se, pois, que a Constituição de 1988 apresentou-se como reação ao período da ditadura e, que a supressão de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos sofrida neste lamentável período serviu para dar especial relevância à tutela dos direitos fundamentais no texto da *lex mater* a ser constituída (SARLET, 2012, p. 65 e 66).

A previsão constitucional pátria dos direitos fundamentais pode ser encontrada em seu título II, sob o nome: “Dos direitos e garantias fundamentais”, compreendendo a existência de dezessete artigos, número elevado que revela a amplitude e abrangência da previsão constitucional dos direitos recepcionados como fundamentais no Brasil.

Tomando por fulcro o pensamento do legislador constituinte, pode-se inferir a seguinte sistemática utilizada: o artigo 5º traz à baila os direitos e deveres individuais e coletivos, do artigo 6º até o artigo 11º abordam-se os chamados direitos sociais, os artigos 12º e 13º versam

sobre os direitos atinentes à nacionalidade, dos artigos 14º ao 16º inicia-se o tema dos direitos políticos, e, por fim, no artigo 17º explana-se acerca dos partidos políticos.

Nas palavras de Moraes (2006), a divisão dos direitos e garantias fundamentais na Constituição, segue uma linha lógica e dimensional ao efetivar a inserção total dos mais diversos temas atinentes a direitos e garantias possíveis e, nesta direção, o autor exprime que:

[...] direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...]; [...] direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, como preleciona o art. 1º, IV. [...]. A constituição consagra os direitos sociais a partir do art. 6º. [...] direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-se ao cumprimento de deveres impostos; [...] direitos políticos - conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14; [...] direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo (MORAES, 2006, p. 43 e 44).

Após a indicação da sistemática sobre a qual os direitos fundamentais são recepcionados e organizados na Constituição Brasileira, o tópico que se segue realizará uma exposição mais detida acerca de um dos direitos fundamentais chamados de sociais, o direito à saúde, objeto central do presente estudo.

1.6 O Direito à Saúde

O festejado direito à saúde, presente no capítulo II da Constituição, foi inserido corretamente no rol dos direitos sociais, direitos esses que nasceram da intensa movimentação social mundial pelos direitos do homem, culminantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos diversos pactos que hodiernamente vem auxiliando o direito a evoluir junto com as necessidades novas do homem moderno, a exemplo disso, o pacto de San José da Costa Rica.

Expõe o artigo 6º da Constituição de 1988 que: “São direitos sociais a educação, a **saúde**, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (grifo nosso).

A Lei Maior trata especificamente do direito à saúde como direito social, no corpo do seu artigo 196, ao proclamar que “[...] o direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado”.

Os direitos sociais, nos dizeres de José Afonso da Silva (2002, p.285-286), são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos 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.

Da análise dos dispositivos constitucionais citados e, em consonância com a lição de José Afonso da Silva (2002), o direito à saúde no Brasil é um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia e efetividade, sob pena de ineficácia de tal direito fundamental.

O cânono constitucional das prestações atinentes à saúde, complementa-se pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que em seu parágrafo 2º ratifica a responsabilidade estatal previamente delineada no texto da *lex mater*, com a efetivação do direito à saúde, asseverando que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

A inegável insistência do legislador em corroborar a importância da efetividade do direito à saúde funda-se na consciência da relevância de se ofertar instrumentos capazes de materializar esta prerrogativa social para que deste modo o cidadão tenha seus outros direitos fundamentais garantidos.

Nesta linha de raciocínio, Humenhuk (2002) expõe que:

A saúde também é uma construção através de procedimentos. [...] A definição de saúde está vinculada diretamente a sua promoção e qualidade de vida. [...] O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios.

Neste ínterim, o direito público subjetivo à saúde se consolida como sendo um direito que serve como porta de entrada para outros direitos, consubstanciando-se em elemento de extrema valia para a edificação de um Estado de Direito, não podendo ser tomado ou manipulado como ferramenta de mera especulação legal ou promessa constitucional.

Aqui, em raciocínio metafórico, no concernente à saúde, poder-se-ia argumentar com a conhecida lei da praxe comercial, traduzida pela oferta e pela procura. Tal binômio faz com que o direito à saúde tenha relevância exacerbada no texto constitucional, com o reconhecimento da existência da oferta que se faz presente no artigo 6º da Carta, gerando a procura justificada por meio da grande quantidade de pessoas sem condições de arcar com os gastos referentes a tal oferta.

Por derradeiro, para a compreensão do papel desempenhado pelo direito à saúde, vale trazer à baila a lição de Zanobini *apud* Cretella Júnior (1993, p. 4331), que em sua renomada obra *Comentários à Constituição de 1988*, aludiu que:

[...] nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social, a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político.

Ante o exposto nas linhas pretéritas do presente estudo, com a inequívoca certeza da posição do direito à saúde e de sua relevância no Estado Democrático Brasileiro, no capítulo seguinte se analisará a tendência da judicialização como ferramenta de auxílio à garantia do direito de saúde, galgando além de uma efetividade real, a construção de um Estado mais justo e realmente de Direitos.

2 A JUDICIALIZAÇÃO COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 Re(visitando) a Separação dos Poderes

De forma prioritária, antes de ingressar na temática da judicialização, avulta de importância perpassar também à questão envolvendo a separação dos poderes, explicando como esta se apresenta e demonstrando porque a mudança trazida pela judicialização é necessária para a efetivação do direito à saúde.

A idealização da separação dos poderes, na forma tripartite em que ela se dá, nos dias atuais, é arrogada ao cientista político Charles-Louis de Secon-Damt, Barão de la Brède e de Montesquieu (2005, p. 167 e 168), que balizou em sua obra, *O Espírito das Leis*, que:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente de poder executivo do Estado.

Vê-se que ao tratar do Poder Executivo das “querelas dos particulares”, como colacionado acima, o autor explica o que hoje convencionou chamar-se de Poder Judiciário.

A conceituação de Montesquieu, supracitada, pauta-se na convivência e coexistência dos três poderes, numa realidade em que exista parcimônia entre suas áreas de atuação, ou seja, que nenhum poder exceda as suas prerrogativas interferindo na atuação dos outros. À coexistência harmônica dos poderes, deu-se o nome “*system of checks and balances*”, que no direito pátrio se traduz como sistema de freios e contrapesos (MENDES, 2014, p. 165).

Na atual divisão dos poderes, responsabiliza-se o Poder Legislativo, pela ação de proferir, criar e modificar a legislação, atividade legiferante. Enquanto o Poder Executivo tem por função controlar a administração do Estado. Por fim, ao Judiciário cabe a função de dizer o direito, aplicadamente aos casos concretos, das lides que são levadas à apreciação judiciária (BRANDT, 2016, p. 04).

Verifica-se, entretanto, que a distinção entre as funções não é definitiva e que, em dadas ocasiões, as funções de um poder tem de ser exercidas por outro. Desta feita, para Brandt (2016, 2016, p. 04):

[...] esta ligação entre funções, não é rígida, ou seja, a possibilidade da ingerência de um poder exercer a função do outro é possível. Desta forma, não existe uma separação absoluta entre os poderes, sendo que todos legislam, administram e julgam. Nota-se que cada poder possui funções típicas e atípicas. Portanto, o Órgão Legislativo (Poder Legislativo) tem como função típica legislar e exercer a

fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Ao mesmo tempo, tem como função atípica, por exemplo, o julgamento do impeachment do Presidente da República pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade (natureza jurisdicional). Quanto ao Órgão Executivo tem como função típica a prática de atos de chefia de Estado, chefia de Governo e atos de administração. Todavia, como função atípica, legisla através de medida provisória com força de lei pelo Presidente da República (natureza legislativa). Já o Poder Judiciário exerce a sua função típica ao aplicar o direito no caso concreto, dirimindo os conflitos que lhe são levados, ao aplicar as leis. Tendo como função atípica, legislativa, quando os Tribunais elaboram seus regimentos internos (natureza legislativa), e administrativa, quando nomeiam servidores.

No direito pátrio a divisão tripartite de Montesquieu (2005) é regra. Porém, ocorre que, dada a atual insuficiência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos ao povo, por vezes, o Poder Judiciário ultrapassa as barreiras de sua competência, para arrogar para si a possibilidade de atuar diretamente na efetivação de tais direitos, gerando um fenômeno que restou nomeado de judicialização, que será objeto da presente investigação nos tópicos que se seguem.

2.2 A Judicialização

Nos dias hodiernos há uma tendência Judiciária à interceptação de responsabilidade pela efetivação dos direitos e garantias constitucionais, por meio de sua atividade jurisdicional, com o escopo teleológico de garantir a efetividade máxima a direitos (mormente os de cidadania) que, erroneamente, não alcançaram sua maior efetividade pela (in)ação dos Poderes Legislativo e Executivo.

A transferência de atuação apresentada no parágrafo anterior significa, na visão de Barroso *apud* Nobre (2011, p. 356):

[...] que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico [...].

Conforme explicitado no texto colacionado acima, a alteração de paradigma muda drasticamente a realidade jurídica, ao passo em que confere à Constituição verdadeiramente o papel de lei maior de um Estado Democrático de Direito, ao lutar por sua real efetividade. O fenômeno da judicialização prima, pois, por tirar do papel e dar um valor maior aos direitos e garantias fundamentais, por não considerá-los como sendo normas programáticas - tema que será esmiuçado em momento mais oportuno deste estudo.

Tal qual visto, a judicialização pode ser definida como a tendência da atual intensificação do protagonismo Judiciário na efetivação de direitos, que não puderam ser garantidos pela atuação única dos Poderes que originariamente teriam o condão de lutar por sua efetividade. O Poder Judiciário, destarte, se ressignifica na atualidade como um bastião de justiça, uma luz no fim do túnel dos direitos fundamentais que ainda estão à margem das necessidades do povo (BRASIL, 2015).

Realizando um exame mais detido sobre a conceituação do termo, nos moldes em que ela tem ocorrido no Brasil, Nobre (2011, p. 357) aduz:

Mais especificamente, porém, emprega-se judicialização para designar a notória generalização social do uso do vocábulo jurídico nas democracias modernas, nas quais passou a ser comum, no dia a dia das relações sociais, e fora do contexto jurídico, judicial ou não [...]. Em amplitude semelhante, o termo judicialização é usado para referir a, cada vez mais comum, ampliação dos métodos ou modelos judiciais de solução de controvérsias para resolver questões empresariais ou não, em ambiente extrajudicial, e, inclusive, no âmbito administrativo por autoridades independentes cujas decisões vinculam o próprio Estado, conforme ocorre, no nosso país, no exercício das atividades de controle e de fiscalização das agências reguladoras. Usa-se também judicialização para designar a notória prevalência que nas décadas do século passado e nesta primeira, em vias de encerramento, do atual, o Judiciário vem ganhando na solução dos mais diversos problemas que, direta ou indiretamente, dizem respeito aos direitos fundamentais, inclusive àquelas decorrentes do desenvolvimento e da concretização de políticas públicas que objetivam assegurar a amplitude desses direitos.

Ressalta-se que a judicialização é tratada neste estudo como uma prática garantidora de direitos fundamentais constitucionalmente afiançados. Não obstante, o fenômeno também se apresenta em alta na seara política e em diversas outras áreas, por ter se percebido a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na resolução de questões e temáticas que antes não recebiam a devida atenção do Estado, ou, recebendo a atenção necessária, esta não se revelava suficiente à efetivação da pretensão almejada.

Para entender o contexto histórico-social no qual foi desenvolvido, as linhas que se seguem conterão breves considerações acerca das raízes deste instituto no Brasil e também sob o prisma global.

2.2.1 Origens Históricas

O florescer do movimento de intensa intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais, que se convencionou chamar de judicialização, em nível mundial, coincide, não por acaso, com o advento da revolução industrial do século XIX, mormente com o fortalecimento dos Estados liberais burgueses (NUNES, 2009, p. 313).

Segundo Dallari (2017, p. 01), a situação acima se deve ao fato de a supramencionada revolução ter mudado os paradigmas das fábricas, ao ampliar e aperfeiçoar a mecanização do meio fabril com o escopo de produzir e lucrar mais, unicamente. Entretanto, a Revolução Industrial não gerou somente modificações na fabricação de produtos, mas também mudou a perspectiva das relações trabalhistas, inclusive, imbuindo nos possuidores dos meios de produção uma falsa preocupação com a qualidade de vida dos trabalhadores, os quais deveriam estar saudáveis para que pudessem produzir mais.

Ainda conforme Dallari (2017, p. 01):

Existia uma certa especialização que gerou no mundo industrial a preocupação com a manutenção da saúde dos operários: o industrial não queria ver sua linha de produção parada ou retardada pela falta do trabalho especializado. Além disso, as epidemias que atingiam o proletariado também atingiam dono do capital, embora em menor número. Sabe-se que um trabalhador mal nutrido vai ficar doente com muito mais facilidade que seu colega bem alimentado, que a mesma doença tem outra característica num trabalhador mal nutrido, diferente da do seu patrão, que é bem alimentado, que descansa que tem lazer e cuja alimentação é adequada. [...] O Estado passa a ser responsável porque o empresário não quer que o trabalhador falte, não quer perder o trabalho especializado. Também não quer ficar doente e por isso o trabalhador não pode ter epidemias que possam atingi-lo e ele tem muita força no Estado. Era o Estado liberal do século XIX. O empresário não queria investir sozinho, pagar pela saúde do trabalhador, mas ele podia fazer com que o Estado pagasse pela saúde do trabalhador, pela manutenção de sua mão-de-obra. Além disso, o próprio trabalhador estava reivindicando a garantia de sua saúde. Convencionou-se que o Estado seria o órgão, a instituição adequada para garantir a saúde do trabalhador. É interessante observarmos que o liberalismo deixou de ser liberal pela intervenção dos próprios liberais. Isto é, os próprios interessados na manutenção da filosofia liberal, no tratamento liberal da economia, advogaram a presença do Estado, pediram que o Estado garantisse a saúde dos seus empregados. Eles abriram caminhos para a intervenção do Estado que começou a participar diretamente da vida social.

No Brasil, a judicialização também surgiu da motivação que a fez ser aceita em diversos países ao redor do mundo, qual seja, as modificações fabris e sociais, carreadas com as Revoluções Industriais e, especialmente, a tendência neoconstitucionalista que adquiria defensores na seara jurídica.

Um olhar mais atento começou a ser destinado aos direitos do homem, em seu caráter individual e fundamental, motivo pelo qual, para os estudiosos Leal e Mass (2014, p. 26), a judicialização:

[...] consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...]. Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário, resultante de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a esse Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados.

Pelo vanguardismo do direito pátrio na escolha pela luta à saúde do povo, o primeiro caso, no qual o Poder Judiciário atuou efetivamente para dar vida ao direito constitucional subjetivo à saúde, o caso da AIDS/SIDA (Síndrome da imunodeficiência adquirida), tornou-se emblemático.

É sabido que em meados dos anos 1990 a AIDS teve um crescimento considerável em nível mundial, questão que preocupou não só a seara da saúde pública, mas começou também a preocupar a seara jurídica.

O Judiciário foi abarrotado de ações judiciais, tendo o Estado como polo passivo, onde o polo ativo intentava conseguir pelo apreçamento judiciário que ocorresse a obrigatoriedade no fornecimento estatal gratuito de medicamentos às pessoas que, à época, portavam a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (FERREIRA, 2004).

Devido à característica da citada doença, de em pouco tempo tornar o seu portador imune à medicação tomada, os remédios constantes da lista do SUS (Sistema Único de Saúde) e direcionados ao tratamento da citada patologia, logo se tornaram obsoletos. Para que o tratamento fosse adequado, novos remédios e novas formas de tratar a doença deveriam ser receitados, sendo sempre modificados quando o corpo do paciente estivesse se acostumando à medicação.

Destarte, pelas peculiaridades da AIDS e pela sua rápida imunização aos tratamentos ofertados, vários portadores da doença se viram obrigados a requerer a tutela judiciária para conseguir medicamentos diversos àqueles que eram disponibilizados pelo SUS (SCHEFFER, 2005, p. 92).

A pergunta que se fazia à época era: conseguiriam os portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida os medicamentos e tratamentos médicos que lhes eram indispensáveis de maneira gratuita, solidificando o acesso à saúde que lhes era garantido constitucionalmente?

Após intensa discussão acerca desse novo instituto - judicialização da saúde -, nos casos dos portadores da Síndrome da Imunodeficiência adquirida restou pacificado em ações judiciais para a obtenção de medicamentos para o tratamento do HIV/AIDS, a responsabilidade do Estado no fornecimento gratuito do tratamento de fármacos que melhor se adequar a tratar a doença.

Acerca do tema, Scheffer (2005, p. 94) leciona que:

As convenções, instituídas com o propósito de melhor organizar, viabilizar e garantir o acesso contínuo dos portadores de HIV/AIDS aos medicamentos necessários para seu tratamento, não alteram a responsabilidade do Poder Público. Isso quer dizer que a divisão de tarefas pactuada pelos entes governamentais não tem

o condão de isentá-los, nem mesmo parcialmente, do dever de garantir o fornecimento gratuito dos medicamentos para HIV/AIDS – quaisquer que sejam eles e independente das peculiaridades de cada caso. **Considerando toda a legislação até aqui exposta e comentada, pode-se concluir que a responsabilidade – pelo fornecimento de toda e qualquer medicação para o tratamento dos portadores de HIV/aids – é solidária, ou seja, dos três entes governamentais: União, estados e municípios.** (grifo e negrito nosso)

A acalorada discussão acerca do direito à saúde dos portadores da AIDS, fez despertar uma nova ótica, onde as pessoas se aperceberam de seu direito à saúde, à dignidade e tantos outros direitos e garantias fundamentais, ao passo que também fez com que o Judiciário galgasse uma posição mais vanguardista referente à saúde da população, ultrapassando as barreiras da separação dos poderes, para se apresentar, na linha de frente, em prol da formação de um Estado efetivamente de Direitos.

Após a breve incursão histórica realizada, o tópico abaixo versará sobre a questão da judicialização da saúde e a compreensão do caráter essencial desta intervenção em face das demandas crescentes nesta seara.

2.3 A Judicialização da Saúde no Brasil

Em face de todo o exposto no capítulo inicial deste estudo, resta edificada a importância da efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil.

Sabe-se, em igual sentido, que no país, até os dias de hoje, não se conseguiu a oferta de tal bem jurídico a todos os cidadãos de forma à priorização de suas dignidades humanas.

Em 1990, a lei nº 8.080, conhecida como “Lei do SUS”, a Lei Orgânica da Saúde, considerada por muitos como um diploma bastante moderno, intentou erigir o direito fundamental à saúde ao patamar mais apropriado, com a previsão em seu bojo de um sistema de saúde pública de qualidade para todos os brasileiros.

Entretanto, na prática, a realidade vivenciada pela grande maioria dos cidadãos se distancia do preconizado pela norma, gerando descontentamento, que aliado à atuação cada vez mais crescente das Defensorias Públicas e Ministério Público vem guiando os que necessitam da saúde ao Judiciário na busca pela materialização deste direito.

É de extrema relevância ressaltar que o movimento da Judicialização somente teve seu marco inicial em razão de uma nova hermenêutica constitucional, segundo a qual as normas jurídicas necessitam passar por um processo de concretização, que somente ocorreria, de maneira legislativa, judicial ou administrativa (CANOTILHO, 2003, p. 1221).

O que, no caso, se aduz é que a atuação do judiciário em prol da efetivação do direito fundamental à saúde seria a concretização de uma norma jurídica constitucional, dentro da nova interpretação neoconstitucionalista de normas, onde o juiz atuaria, na visão de Barroso, (2006, p. 26) como:

[...] coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis [...].

Frisa-se, no entanto, que a ocorrência da Judicialização não decorre simplesmente da vontade do magistrado, mas sim, surge como uma alternativa à necessidade latente da população de se ver tutelada sob a égide de um Estado de Direito que prima por sua saúde e bem estar. Na visão de Barroso (2012, p. 31), “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”.

O fenômeno em debate apresenta-se, portanto, como a alternativa suplementar ao Sistema Único de Saúde, devendo atuar em prol dos direitos fundamentais quando tal sistema não puder efetivar o acesso à saúde de determinada pessoa.

Sabidamente, alega Diniz (2015, p. 59) que:

[...] a judicialização da saúde tem cobrado dos magistrados uma postura cada vez mais arrojada, pois as decisões sobre prestações em saúde implicam na própria redefinição do papel do Poder Judiciário e dos limites dos demais Poderes, na medida em que interferem na redefinição da alocação de recursos públicos e no controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais.

É de amplo conhecimento que, hodiernamente, o Poder Judiciário está repleto de processos judiciais envolvendo questões atinentes ao acesso à saúde. A Judicialização permite, pois, que o Poder Judiciário, desta feita, atue nas demandas de saúde e possua o condão de suprir a insuficiência do Estado na tutela da saúde, utilizando-se de suas prerrogativas para disponibilizar àqueles que solicitam o custeamento de medicamentos e/ou tratamentos médicos.

E, neste universo, crescem os questionamentos acerca da possibilidade de se buscar a concretude do direito à saúde por meio da atuação do Poder Judiciário, no sentido de se salvaguardar o que as políticas públicas não conseguem ofertar, em direção à efetivação de um direito humano. Tal procedimento, nos termos do que prevê a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV se dá com o chamado direito de petição para a apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito.

Passando brevemente aos dados colhidos quanto à posição do Judiciário frente à tendência da judicialização da saúde no Brasil, foi possível constatar que na Comarca da

Capital do Estado do Rio de Janeiro, na data compreendida entre julho de 2007 e junho de 2008, havia em trâmite, 1.263 processos referentes ao direito à saúde, ou seja, requerendo prestações positivas do Estado neste âmbito (compreendendo medicamentos, tratamentos, cirurgias, entre outros). Insta ressaltar que em 100% dos citados casos, o pedido feito liminarmente foi concedido (VENTURA, 2010, p. 01).

Consta que, no Estado de Minas Gerais, entre janeiro de 2003 e agosto de 2005, percebeu-se o maior volume de demandas judiciais de fármacos no país. Tendo, entre 2005 e 2006, aumentado a demanda por fármacos, chegando ao número de 1.777 processos em andamento (MACHADO, 2011, p. 01).

Por sua vez, em Santa Catarina, no período compreendido entre 2003 e 2004, foram endereçados ao Poder Judiciário 1.163 processos solicitando medicamentos (PEREIRA, 2010, p. 01).

Dos dados judiciários apresentados acima, é possível notar que a crescente demanda de processos relativos ao acesso à saúde tem encontrado respaldo legal para chegar a uma sentença favorável ao pleiteante, corroborando o entendimento de que no Brasil tal direito, garantido pela *lex mater*, não possui caráter programático, como será pontuado a seguir.

2.4 O Caráter Não Programático do Direito à Saúde

Após a exposição da importância das intervenções judiciais no sentido da segurança do direito à saúde, emerge a necessidade de se tocar em um ponto crucial para que tal direito alcance a sua efetividade. A grande divergência de opinião nesta seara reside em sua caracterização como um direito de eficácia plena e de aplicação imediata, ou, apenas uma norma programática.

Para elucidar o entendimento do que se convencionou como normas programáticas, vale colacionar a visão do então consultor da Bancada Paulista, na Assembleia Nacional Constituinte de 1988, o ex-ministro Eros Roberto Grau (1988) que explicou as normas programáticas, como aquelas que:

[...] ao invés de se definirem em fins concretos a serem alcançados, contém princípios e programas (tanto de conduta, quanto de organização), bem como, princípios relativos a fins a cumprir [...] existem apenas na esfera constitucional.

Entretanto, no que se refere ao direito social à saúde, por se tratar de um direito fundamental, não há que se falar em caráter programático, eis que no próprio texto da *lex*

mater, o Constituinte teve a diligência de explicitar acerca do seu grau de eficácia e aplicabilidade. Vejamos:

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

[...]

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

Com a elaboração do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição, acima colacionado, o Constituinte não deixa margem à discussão sobre o caráter programático das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais asseverando que estas têm aplicação imediata. Como é sabido, o direito à saúde é continente desta temática, motivo pelo qual se faz infrutífero também discutir se o direito à saúde é norma programática ou não.

Pode-se, deste modo, entender a razão pela qual, dada a necessidade de efetivação e aplicação imediata do direito à saúde, o Poder Judiciário atua de forma legítima objetivando salvaguardar o que preleciona o §1º, do artigo 5º da Carta de 1988.

Nos dizeres de Grau (1988):

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consome a sua efetividade. [...]. Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

O discurso de Grau (1988) faz remontar à temática da separação dos poderes, ao dizer que na insuficiência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos e garantias fundamentais o Poder Judiciário se vincula a esta responsabilidade, para que a letra da lei constitucional que aduz a pronta efetivação e aplicação imediata destas normas passe a valer no direito vivido.

Pertinentemente ao caráter não programático do direito à saúde, o catedrático Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 57-58), acrescenta que:

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos [...] Todas as normas constitucionais referentes à Justiça Social [...] geram imediatamente direitos subjetivos para os cidadãos. Os conceitos vagos ou imprecisos dessas normas não impedem o reconhecimento do Judiciário, missão realizada habitualmente pelo juiz, sobretudo no direito privado.

A explanação do autor retro citada, se faz relevante nesta discussão por aclarar o entendimento do papel do judiciário na retirada do preceito constitucional referente à saúde de um “simples ideário”. O constitucionalismo, *per si*, se apresentou desde sua criação como um movimento que busca implementar direitos e não somente dizê-los, por essa razão os direitos que são consagrados constitucionalmente além de serem “comandos”, como Mello (1981, p. 57-58) ressalta acima, são “comandos” que vinculam os três poderes constantes da organização do Estado, qual sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nesta mesma esteira, José Afonso da Silva (1998, p. 150), afirma com veemência que, não se pode considerar o direito à saúde e o direito à educação sob a ótica programática, em razão de que:

[...] em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: O Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito e, se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.

Conforme demonstrado, pautando-se pelo entendimento doutrinário majoritário, o direito subjetivo à saúde, não tem caráter programático, razão que torna cognoscível considerá-lo como um direito de eficácia plena e aplicação imediata razão suficiente para aduzir que o Estado deve fornecer a saúde de seu povo espontaneamente, sob pena de ter de fazê-lo sob ordem judicial (MELLO, 1981, p. 150).

Feitos os esclarecimentos necessários sobre a necessidade de dotar de eficácia plena e aplicação imediata aos direitos fundamentais, o capítulo vindouro será dedicado à exposição de um arcabouço teórico justificador da atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação do direito à saúde, tomando por fulcro a Teoria da Justiça elaborada por John Rawls.

3 O CONTRIBUTO TEÓRICO DE JOHN RAWLS

3.1 Anotações sobre a Teoria da Justiça

O professor John Rawls, da Universidade de Harvard, em seus estudos no âmbito filosófico e sócio-político, atuou na busca de um meio termo entre a igualdade almejada e o cerceamento da liberdade. Tal antagonismo de garantias, fez com que o autor usasse de seu brilhantismo para elaborar a sua obra, “Uma teoria da justiça” (2000).

Inicialmente, cumpre salientar que para Rawls (2000, p. 15-16):

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser revisada ou rejeitada, se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser rejeitadas ou abolidas se injustas.

Os ensinamentos de Rawls (2000, p. 167), tiveram por alicerce a estabilidade de seu conceito de justiça, motivo que o levou a considerar que:

Uma característica importante de uma concepção de justiça é que ela deve gerar sua própria sustentação. Seus princípios devem ser tais que, quando integrados à estrutura básica da sociedade, os homens sintam-se inclinados a adquirir o senso de justiça correspondente e passem a ter vontade de agir segundo seus princípios. Nesse caso, a concepção de justiça é estável.

A criação da Teoria da Justiça de Rawls, na concepção de Soares (2014), adveio da preocupação em estabelecer uma concepção moral prévia que, adequando-se a uma sociedade democrática e “bem-ordenada”, seria suficiente para frear o desenvolvimento exacerbado do capitalismo e efetivar direitos sociais e fundamentais e ainda assim, nortear o entendimento daqueles conceitos que deveriam ser as vigas mestras de um Estado de Direitos, quais sejam, a justiça e a equidade.

Para Rawls (2000, p. 7-8),

[...] o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Por instituições mais importantes entendo a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes.

Os traços fundamentais da Teoria da Justiça de Rawls residiam na existência de uma correta concepção política de justiça inserida em uma sociedade democrática e bem ordenada, onde imperasse um sistema eficiente e equitativo de cooperação social, estabelecido sob a égide de uma concepção moral (SOARES, 2014).

Desta feita, Rawls (2003, p. 8-9) preleciona que o supramencionado sistema equitativo de cooperação social indica que na medida em que as pessoas componentes dessa cooperação

a aceitam, estas são inseridas em um contexto de reciprocidade ou mutualidade pelo qual são merecedoras de contraprestações advindas do Estado, dentro do que foi preestabelecido.

As contraprestações devidas pelo Estado recebem também o nome de prestações positivas, que nada mais são do que a atitude estatal de tentar eufemizar a desigualdade gritante que afasta parcela da população de direitos que lhe são garantidos constitucionalmente. Em linhas semelhantes, Sarlet (2012, p. 209) pontua que:

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.

Voltando à temática da cooperação social, esta, na visão de Rawls (2000, p. 15-16) é o que justifica a perda de parte da liberdade individual para que a sociedade alcance benefícios em sua totalidade. Nesse mesmo sentido, o autor pontua que a formulação de leis que não contribuam com o mais verdadeiro sentido de justiça devem ser rejeitadas de plano, reformadas ou abolidas do ordenamento jurídico e, dentro da conceituação dada por ele às sociedades democráticas e bem-ordenadas, encontra-se ainda a afirmação da necessidade do garantismo em suas leis, efetivando princípios básicos e fundamentais para a vida do cidadão dentro de um Estado de Direito.

Ainda segundo Rawls (2000), os citados direitos, exemplificados no nome de “liberdade de cidadania” deverão ser invioláveis, sendo dever do Estado salvaguardá-los e retirá-los do âmbito dos negócios políticos.

Esmiuçando a cooperatividade proposta pela Teoria da Justiça de Rawls (2000), é possível chegar à cognição de que a sociedade equitativa de cooperação social se sustenta no raciocínio de que este formato efetiva benefícios à coletividade que não seriam possíveis de se angariar se esta não trabalhasse em conjunto para tal finalidade.

Na explicação de Soares (2014, p. 239):

[...] a teoria da justiça de Rawls está assentada na ideia de uma sociedade em que um conjunto de princípios atribui a seus integrantes, pessoas racionais e livres, direitos e deveres básicos, bem como especifica um sistema de cooperação, com encargos e benefícios, para que obtenham, afinal de contas, vantagens mútuas.

No quesito contratual, Rawls (2000, p. 12-18) observa uma correlação de sua teoria com os estudos dos filósofos *Locke, Rousseau e Kant*.

Dentre as influências citadas acima, *Jean Jacques Rousseau* se despontou como maior influenciador de Rawls, que utilizou da teoria do contrato social daquele, para a construção ideológica que o permitiu dar vida à sua Teoria da Justiça. No tocante a tal influência, Rawls

(2000, p. 12) comentou que: “meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social.”

A diferença crucial que mais tarde pode ser percebida entre a Teoria da Justiça e a Teoria do Contrato Social é encontrada na intenção da teoria de Rawls de galgar uma consensualidade entre os contraentes do contrato, o que não era motivo de preocupação da Teoria do Contrato Social.

Ainda no tocante ao viés contratual, segundo Rabelo Junior (2011):

A proposta de Rawls começa com a suposição de um contrato social hipotético e a-histórico, no qual as pessoas seriam reunidas numa situação inicial – por ele chamada de **posição original** – a fim de deliberar uma série de princípios que seriam responsáveis por embasar as regras do **justo** – os **princípios da justiça** - nas instituições, uma vez que seriam as instituições as intermediadoras entre as pessoas no convívio social. (grifos do autor).

Do exposto, pode-se inferir que a teoria de Rawls não buscava um patamar de justiça pré-existente, mas almejava a edificação de um conceito que adviesse da vontade das pessoas.

A consensualidade, bem citada, remete à noção de equidade, um dos quesitos necessários e indispensáveis da justiça na visão do autor, motivo relevante e suficiente de nomear outro respeitável estudo publicado por ele, que será mais bem pontuado no tópico 3.1.3.

3.1.2 Da posição original

A concepção de justiça Rawlsiana utiliza-se de uma situação hipotética, denominada por ele de posição original, para alcançar o grau mais puro, mais imaculado da justiça. O estudioso compara tal posição original com o estado de natureza da teoria do contrato social (RAWLS, 2000, p. 13).

Neste mesmo íterim, Rawls (2000, p. 13) ainda confronta a situação hipotética da posição original criada por ele, com o imperativo categórico, presente no estudo Kantiano. A semelhança dos institutos reside no fato do imperativo categórico ser explicado por Kant (1974, p. 59), por meio do postulado: “Age como se a máxima de tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”.

É de fácil compreensão que o imperativo categórico Kantiano, trazido acima, apresenta em seu cerne grande semelhança com a posição original Rawlsiana, e isso se deve ao fato de, nas duas situações hipotéticas, os autores buscarem que o homem conceba a justiça, por meio de suas atitudes, de forma imotivada, de um modo que esta seja aplicável ao todo em que ele está inserido. Tal intenção vai do micro ao macro, elevando a importância da

atitude isolada do ser social à uma coletividade com a intenção de encontrar o ideal de justiça para o todo à sua volta.

Acerca da inegável aproximação dos institutos do imperativo categórico Kantiano e da posição original, John Rawls (2000, p. 166) pontua que a situação hipotética criada por ele:

[...] é uma condição tão natural que já deve ter ocorrido algo parecido a muitas pessoas. A formulação apresentada no texto está implícita, julgo eu, na doutrina kantiana do imperativo categórico, tanto no modo como esse critério procedimental é definido quanto no seu uso que Kant faz dele. Assim, quando nos sugere testar nossa máxima ponderando como as coisas se passariam se ela fosse uma lei universal da natureza, Kant tem de supor que não conhecemos nosso lugar dentro desse sistema natural imaginado.

Retornando à explanação da posição original de Rawls (2000, p. 13), ele descreve um quadro em que:

[...] entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas semelhantes.

A posição original idealizada por Rawls (2000) serve para garantir que as pessoas integrantes de uma sociedade lutem por sua justiça sem levar em consideração questões pessoais, sem intentar benefícios próprios ou priorizar interesses próprios, hipoteticamente.

Neste sentido:

Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios de justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. (RAWLS, 2000, p. 13)

Desta feita, em uma sociedade hipotética, na qual imperasse o princípio da posição original, os integrantes desta, sem conhecer sua posição social lutariam por uma sociedade que beneficiasse todas as pessoas, que independente de fatores externos, fosse justa realmente a todos, uma sociedade pautada pela justiça equitativa.

Corroborando tal posicionamento ideológico, o autor considera diretamente interligados os conceitos de posição original e de justiça equitativa. Assim, Rawls (2000, p. 14) aduz que:

A posição original é, poderíamos dizer, o status quo inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são equitativos. Isso explica a propriedade da frase “justiça como equidade”: ela transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. [...] A justiça como equidade começa, como já disse, com uma das mais genéricas dentre todas as escolhas que as pessoas podem fazer em conjunto, especificamente, a escolha dos primeiros princípios de uma concepção de justiça que deve regular todas as subsequentes críticas e reformas das instituições.

Portanto, entender a posição original Rawlsiana se faz imprescindível para entender a sua Teoria da Justiça e, ainda assim, ingressar no conceito de justiça equitativa, que será discorrido abaixo.

3.1.3 Uma justiça equitativa

A justiça equitativa de John Rawls é continente de sua Teoria da Justiça, entretanto, difere-se dela no ponto em que se perfaz de um modo não-exclusivo contratual, tendo a sua atenção central voltada não para a questão contratualista, mas sim, para a virtuosidade de um sistema ético-moral. Deste modo, a justiça tem intrínseca em si, direitos e deveres que são devidos de forma equitativa e cooperativa pelos componentes de uma sociedade, com o escopo finalístico de garantir as liberdades básicas, ao passo que tenta eufemizar desigualdades sociais e econômicas (SOARES, 2014, p. 240).

Sob a ótica de Rawls, o tema atinente às liberdades básicas e desigualdades sociais e econômicas deve evidenciar que:

- (a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença). (2003, p. 60)

O exposto acima é corroborado pela explicação de Soares (2014, p. 241) para quem:

[...] observa-se que, por essa concepção filosófica e política, **lidar com questões relacionadas com a justiça social** (o que ocorre principalmente no segundo princípio, o da Igualdade Equitativa das oportunidades) **equivale a tratar de questões como igualdade/desigualdade entre pessoas**; grupos em diferentes dimensões; distribuição de recursos materiais; e **acesso à educação, à saúde, principalmente para os menos favorecidos** (grifo nosso).

Destarte, firma-se entendimento no qual se faz indispensável o exame da questão envolvendo a justiça pautada na equidade como elemento capaz de gerar ou confirmar a justiça social, evitando possíveis conflitos neste campo.

E, a respeito da eliminação de conflitos, a lição de Rabelo Junior (2011) aponta que:

Rawls imagina uma sociedade caracterizada por uma situação de **igualdade democrática**, em que, por meio da justiça contida nas suas instituições sociais, esteja garantido o direito de todas as pessoas se favorecerem dos benefícios da cooperação social. Rawls desenvolve a sua alegoria do contrato social a fim de alcançar este objetivo. Para tanto, imagina as pessoas todas reunidas no que ele chama de **posição original**. Nesta posição original as pessoas estão cobertas pelo

véu de ignorância e em função disso não sabem qual a posição social de cada uma delas, mais precisamente o seu *status* social, da mesma forma também não sabem como os dotes pessoais (físicos e mentais) estão distribuídos entre elas. Assim, a escolha dos princípios de justiça é feita de modo que as pessoas não são capazes de propor supostos princípios de justiça que favoreçam mais a umas que a outras. (grifos do autor)

E, no aspecto de distribuição, evidenciado acima, pode-se afirmar que o pensamento Rawlsiano idealiza que através das instituições sociais possa se garantir que não venham a ocorrer distinções arbitrárias entre os cidadãos, especialmente na esfera da distribuição de seus direitos e deveres sociais básicos, de modo a se afiançarem as regras que proporcionem equilíbrio social.

No que se relaciona de forma específica ao direito à saúde, a retro mencionada Lei do SUS, determina em seu artigo 7º, o atendimento universal, equitativo e integral.

Posto isto, de posse da preocupação Rawlsiana com a justa distribuição de direitos, pautadas na equidade, as linhas a seguir serão destinadas à exposição, no recorte teórico de Rawls, do que se convencionou chamar “justiça distributiva”.

3.1.4 Uma justiça distributiva

A análise que se inicia neste momento do presente estudo tem por ponto de partida a preocupação em oferecer elementos teóricos que possam subsidiar a compreensão de uma das perguntas chave desta pesquisa.

Nesta direção, o início da exposição tomará por suporte a lição de Santa Helena (2008, p. 337), para quem:

O dilema da escolha dos melhores mecanismos de alocação dos recursos públicos pelos Poderes constituídos vincula-se à justiça distributiva e ao permanente conflito subjacente à vida em sociedade, em que os recursos escassos são diuturnamente requisitados para fazer frente às inegotáveis necessidades individuais e coletivas. A busca da composição racional desse conflito mostra-se imanente ao Estado democrático de direito.

Montoro (apud Santa Helena, 2008, p. 338) afirma que:

[...] a justiça distributiva impõe às autoridades um dever rigoroso, *debitum legale*, de dar a todos os membros da comunidade uma participação equitativa no bem comum, conferindo a esses o direito de exigir essa participação. O Estado, no exercício da função social, tem sua ação regulada pelos princípios da justiça distributiva.

A partir do revelado nas linhas acima, o termo “justiça distributiva” passa a ser o cerne deste trabalho, com a finalidade de aproximar o pensamento de Rawls e a realidade vivenciada nos contornos do tema que deságua na concretização do direito à saúde no Brasil.

Deste modo, aprofundando o estudo do direito à saúde, na visão de John Rawls (2002, p. 24-25) é possível encontrar em sua Teoria da Justiça Distributiva um apoio teórico no sentido de responsabilizar o Estado pela efetivação do direito à saúde, seja esta conseguida pela implementação de políticas públicas, ou, na ineficácia destas, pela efetivação do direito individual à saúde.

Rawls ao entrar nessa seara de discussão afasta-se do ideário utilitarista, por bem saber que, ao tratar de saúde, não se deve somente atentar à ótica do “maior bem coletivo” possível, pois deste modo, esquecer-se-ia a individualidade e a importância de cada pessoa integrante do povo.

Conforme supramencionado, John Rawls (2002, p. 24-25) promoveu:

[...] crítica à tese utilitarista, em virtude desta ignorar o fato de cada membro da sociedade possuir inviolabilidade própria fundada na justiça, ou seja, não considerar as diferenças entre as pessoas.

Rawls (2000), não compactuava com a tese utilitarista que lutava pelo alcance do bem comum, mesmo que isso custasse o bem individual do povo, por acreditar na isonomia, na singularidade e no valor de cada integrante do povo. Portanto, para o autor:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade a justiça são indisponíveis. (RAWLS, 2000, p. 16)

Assim, o autor solidificou seu entendimento de que o utilitarismo seria um afastamento da justiça individual que cada um merece receber do Estado em troca de integrar-se no Contrato Social.

Em uma sociedade idealizada por Rawls, onde se atente aos princípios garantidores da efetiva justiça, seriam invioláveis as liberdades de cidadania, ainda mais quando estas estivessem correndo perigo, em razão de questões políticas e negociações de cunho econômico (MARTINS, 2015, p.319).

Neste ínterim, é nítido que, para Rawls (2002, p. 30):

[...] a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma pessoa só fica excluído.

O Estado, portanto, na visão da justiça distributiva de Rawls (2002), não pode se eximir de garantir direitos e liberdades de cidadania ao seu povo, de maneira individual, sob o pretexto de utilizar de seus fundos econômicos para tomar atitudes políticas que alcancem uma ilusória maioria.

A sábia posição anti-utilitarista de Rawls no que tange à destinação de verba pública para o custeamento do direito subjetivo à saúde, também é defendida por Urá Lobato Martins (2015, p. 320) ao prelecionar que:

[...] a corrente que defende a não interferência do Poder Judiciário no que tange à efetivação do direito à saúde no plano individual, privilegia a soma de vantagens que o Estado pratica ao efetuar previsões orçamentárias, ou seja, segue a linha de raciocínio traçada pela corrente utilitarista. A título de exemplo, o pensamento utilitarista poderia defender que não caberia a concessão de um direito individual à saúde, pois tal concessão inviabilizaria o direito de outros cidadãos, uma vez que implicaria na utilização de considerável valor monetário. Sobre a questão, não há como negar os impactos orçamentários, contudo, o Estado tem o dever, e não a faculdade, de garantir o direito à saúde. Logo, se suas políticas não atendem à necessidade de todos os cidadãos, caberá ao que estiver em situação de necessidade (princípio da diferença), exigir judicialmente a aplicação de seu direito fundamental.

Ante o trazido até aqui, resta evidenciado que de acordo com o estudo da Teoria da Justiça de Rawls em seus aspectos de equidade e de distribuição, pode-se encontrar aporte teórico suficiente para justificar a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação de um “bem maior”, qual seja a saúde dos cidadãos.

Todavia, na concepção de alguns teóricos, uma alteração deveria ser feita para melhor se aplicar a teoria rawlsiana à questão envolvendo o direito à saúde, no que tange à conceituação dos bens primários. De tal modo, com visões vanguardistas do que seria a justiça, *per si*, os estudiosos Norman Daniels e Amartya Sen interpretam sob nova ótica o estudo de Rawls, para que este, melhor se adeque à justificação do fornecimento de saúde, demandado em ações judiciais, como será visto no tópico seguinte.

3.2 Os acréscimos de Norman Daniels e Amartya Sen

Neste momento do presente estudo, mesmo tendo como entendimento já sedimentado que a Teoria Rawlsiana está coligada com a judicialização da saúde, o estudioso Norman Daniels (2003) ressalta que um ponto crucial da citada teoria deveria ser modificado para que, à partir daí, esta pudesse ser utilizada sem ressalvas para justificar a responsabilização estatal no custeamento da saúde subjetiva do povo.

Para Norman Daniels (2003, p. 242):

[...] as desigualdades são medidas por um índice de bens sociais primários. Ele inclui direitos e liberdades, os poderes e oportunidades, renda e riqueza e as bases

sociais do auto-respeito. Os bens primários podem ser considerados como as “necessidades” dos cidadãos.

Contudo, Norman Daniels (2003) ressalta que o teórico John Rawls (2002) não se atenta às desigualdades encontradas no povo, provenientes de enfermidades, na confecção de sua teoria da justiça, analisando apenas desigualdades relacionadas a recursos de cunho financeiro. A crítica de Daniels (2003) reside no fato de que, os bens primários para Rawls (2002) relacionam-se a questões pecuniárias e não às questões pessoais dos sujeitos de direito. A revisão na teoria Rawlsiana proposta por este autor consideraria como desigualdade, tanto as questões externas, quanto às mais intrínsecas à pessoa.

Destarte, na alteração ofertada por Daniels (2003, p. 242):

O índice de bens primários sociais se concentra em recursos, mas as pessoas que estão doentes ou deficientes, por exemplo, não podem converter esses recursos em capacidades da mesma forma que outros podem. Centra-se sobre o “espaço” errado, isto é, sobre os recursos ao invés de capacidades (ou liberdades positivas) para fazer ou ser o que se escolhe [...] para simplificar o problema de medir necessidades dos cidadãos na construção inicial de sua teoria, Rawls assume que todas as pessoas são totalmente funcionais ao longo da vida inteira. Por hipótese, ele, portanto, elimina a doença, incapacidade e morte prematura como fontes de desigualdade.

O economista Amartya Kumar Sen (1979, p. 215) também entra na discussão da Teoria de Rawls, por acreditar que:

[...] as pessoas parecem ter necessidades muito diferentes que variam com a saúde, longevidade, condições climáticas, localização, condições de trabalho, temperamento, e até mesmo o tamanho do corpo (que afetam as necessidades alimentares e de vestuário). Então, o que está em causa não é simplesmente ignorar alguns casos difíceis, mas ter vista para diferenças muito amplas e reais. Julgar vantagens apenas em termos de bens primários leva a uma moralidade parcialmente cega.

As considerações de Amartya Sen sobre as alterações que este considerava que deveriam ser feitas no pensamento rawlsiano são corroboradas por Daniels no trecho abaixo colacionado:

Desigualdades no estado de saúde entre indivíduos são abordadas através da concepção de instituições que visam, de forma razoável e justa, proteger o funcionamento normal para toda a população. Esta extensão da teoria de Rawls acomoda os exemplos centrais que Sen (e outros) têm usado para sugerir que o alvo da justiça opera em um espaço diferente (capacidades, não os recursos) dos bens sociais primários. (2003, p. 259)

O caminho proposto por Daniels (2003) para a aplicação mais adequada da teoria de Rawls (2002) seria entender os bens primários partindo do princípio de funcionamento normal e oportunidade, que levariam à conclusão de que enfermidades de todo tipo, prejudicariam, e reduziriam o “leque de oportunidades” que uma pessoa obteria em vida.

A necessidade de alteração, na visão de Norman Daniels (2003) e Amartya Sen (1979), reside no fato de Rawls, ao consagrar sua Teoria da Justiça, considerar que somente questões de cunho financeiro criam desigualdades sociais, deixando de lado, questões primordiais, como as doenças pré-existentes e as moléstias em geral.

Segundo Daniels, seria simples modificar a teoria rawlsiana, tirando seu foco das desigualdades sociais para aumentar o seu espectro de alcance:

Há, no entanto, um caminho natural para modificar bens primários de Rawls para que sua teoria possa ser estendida para incluir a doença e a deficiência: expandir o poder da teoria à luz do recente trabalho sobre os determinantes sociais da saúde. (2003, p. 242)

Após a breve explanação acerca das alterações propostas por Daniels (2003) e Sen (1979) surge a necessidade de perquirir se, de acordo com a teoria rawlsiana, o Poder Judiciário teria o condão de atuar, no caso da insuficiência da atuação estatal – tema a ser desenvolvido nas linhas que se seguem.

3.3 A Confirmação do Pensamento de Rawls como Justificador da Judicialização da Saúde

A partir das lições de John Rawls apresentadas acima, restou evidenciado que o tema central de seu estudo e de sua obra circunda a matéria das desigualdades sociais e do quanto as mazelas sofridas por uma parcela da sociedade, afastam a sociedade, como um todo, do conceito puro de justiça. A partir do momento em que o Estado não é capaz de efetivar uma distribuição de renda mais igualitária, ele permite que uma parte marginalizada da sociedade sofra com a injustiça do cerceamento de suas liberdades individuais e ainda assim, de seus direitos fundamentais e de sua dignidade.

Segundo Mário, a Teoria da Justiça de Rawls é justificativa para que o Judiciário aja positivamente nas demandas por fornecimento de medicamentos, porque efetivar o direito à saúde:

[...] é fundamental para garantir a plena participação das pessoas em sociedade e para que estas sejam capazes de realizar suas expectativas ao longo de suas vidas; portanto, uma sociedade que não garante aos seus cidadãos condições de saúde, será invariavelmente injusta, pois não assegurará a todos as mesmas condições e oportunidades para realizarem de suas vidas algo valioso, e nem de desenvolverem as condições necessárias para se tornarem cidadãos plenos e cooperativos. (2013, p. 12)

Na visão rawlsiana, a situação citada acima impede que o povo obtenha um acesso igualitário aos seus direitos, afastando essa sociedade do que seria na sua concepção própria,

uma sociedade justa, criada sob a égide de uma concepção moral sólida, onde todos teriam suas liberdades individuais garantidas, independentemente de sua posição social.

É sabido que se o esforço estatal fosse eficaz na garantia da saúde da população em sua totalidade, por meio da efetivação de políticas públicas de conscientização acerca de doenças, prevenção e tratamento com médicos e medicamentos, seria desnecessário socorrer-se do Poder Judiciário para a efetivação do direito individual à saúde, isto porque em se tratando da tutela em estudo - uma norma constitucional não-programática e de aplicação imediata, conforme já demonstrado nesta pesquisa, o Judiciário não precisaria entrar na discussão acerca de sua concretização.

Contudo, é de conhecimento geral que mesmo com a aparente boa intenção do Sistema Único de Saúde (SUS) de aumentar o acesso à saúde, vê-se que tal se mostra insuficiente para atender à grande demanda de casos clínicos, principalmente os que requerem maior urgência, em razão de especificidades patológicas. Nesta senda, em meio à insuficiência do serviço de saúde ofertado pelo Estado à população em geral, surge a figura do Judiciário como aquele que realmente no uso de suas atribuições e com fulcro legal deve dizer o direito a todos, lutando pela concretização do texto constitucional com atitudes efetivas na implementação de um direito à saúde mais eficiente.

Conforme visto, o Judiciário deve atuar nos processos que envolvem demandas de saúde na intenção de galgar uma fruição deste direito fundamental.

Ocorre, no entanto, que a judicialização da saúde engendra intensas e acaloradas discussões no seio jurídico, momento em que alguns argumentos de cunho pecuniário passam a ser levantados - argumentos esses que devem ser afastados com justificação na Teoria da Justiça de John Rawls.

Indo um passo adiante do que a esfera filosófica da teoria visitada neste capítulo preconizou, surge a indagação acerca do modo pelo qual a equidade e distributividade tão bem citadas pelo autor, se dariam de forma prática e efetiva, de modo a transformar a realidade social.

Como supramencionado, o afastamento de Rawls das teses orçamentárias, de cunho utilitarista, usadas pelo Estado como estratégia de defesa frente à ausência de políticas públicas eficientes na área da saúde, mostram um descabido desrespeito a uma norma que se consolidou como sendo fundamental à dignidade da pessoa humana.

À priori, o direito à saúde deveria ser consolidado por meio de políticas públicas, mas, não obstante a tentativa de o Estado fazer valer tal direito com embasamento constitucional, seu modo de operação mostra-se ineficaz e insuficiente às necessidades do povo, mormente

no caso de pessoas hipossuficientes, que não se vêem amparadas por tratamentos médicos privados e muito menos por um SUS com sobrecarga de pacientes e com estrutura de atendimento precária em não raras localidades.

A judicialização da saúde, ante todo o exposto, mostra-se condizente com postulados defendidos por Rawls em sua Teoria da Justiça, ao passo em que ao disponibilizar medicamentos e tratamentos médicos custeados pelo Estado às pessoas que não conseguiram obter a satisfação de sua demanda médica no Sistema Único de Saúde e não possuem capacidade econômica para custear o tratamento de suas enfermidades sem prejudicar seu próprio sustento ou de seus familiares, o Judiciário promove, por meio de sua intervenção, a equidade e a distributividade do acesso à saúde, utilizando de sua prerrogativa de atuação para alcançar a efetivação de direito fundamental como medida de justiça social.

CONCLUSÃO

O direito à saúde é garantido pela Constituição de 1988 que consolida o entendimento do direito à saúde ser um direito que deve ser garantido a todos, sendo tal, um dever do Estado. Ainda no texto constitucional é possível encontrar a definição do supramencionado direito, como um direito social, uma norma de caráter não programático e de aplicação imediata.

É sabido que a realização do direito à saúde no Brasil ainda é falha, motivo que leva uma gama de pessoas à procura da via judicial para a sua concretização, enchendo as fileiras dos fóruns de processos com demandas nesta seara, o que desperta a atenção para o instituto da Judicialização da Saúde.

O trabalho desenvolvido objetivou afastar da compreensão dos leitores teorias que tratam o direito à saúde sob o prisma financeiro, como a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”, trazendo por oportuna, uma discussão teórico-filosófica que confirma a necessidade da atuação judiciária em prol da efetivação de um direito fundamental. Para tanto, optou-se por uma análise dos estudos de John Rawls acerca da Justiça, com o importante acréscimo de conhecimento trazido pelos estudiosos Norman Daniels e Amartya Sen.

Neste sentido, demonstrou-se que o Estado não pode se esquivar de sua responsabilidade na efetivação do direito, em razão de questões de cunho financeiro ou utilitarista, pois o direito social à saúde engendra uma obrigação do Estado fornecê-la por meio de prestações positivas.

Igualmente, em episódios de insuficiência da atuação dos poderes que originariamente deveriam efetivar tal direito, a separação dos Poderes deve ser deixada de lado, momentaneamente, para que o Judiciário possa contribuir para a fruição desse direito.

De todo o colacionado no decorrer da investigação foi possível chegar à conclusão de que o direito à saúde deve ser garantido à totalidade de pessoas partícipes do Estado, indiscutivelmente, e que tal responsabilidade deve ser solidária entre os entes estatais que integram os três poderes, fazendo com que a inatividade ou insuficiência de um abra margem à atuação mais incisiva do outro. O importante, na realidade é o escopo teleológico de chegar a real efetivação do direito à saúde a todos.

A contribuição de John Rawls e sua Teoria da Justiça servem à justificação da atuação do Poder Judiciário nos casos de judicialização da saúde, com os conceitos advindos de tal pensamento, sobretudo pelo conceito de justiça distributiva e justiça equitativa, que, por seu

cunho anti-utilitarista explicam os motivos pelos quais o coletivo nem sempre deve ser colocado à frente da individualidade, em uma sociedade.

Em sentido semelhante foi possível aclarar o entendimento acerca do contrato social, teoria citada por Rawls, a qual, acredita que a relação contratualista existente entre cada pessoa partícipe do povo e o Estado, impede que este, pautando-se em discursos utilitaristas, não garanta os direitos individuais do povo, sob a desculpa de beneficiar uma coletividade. Neste ínterim, pode-se dizer que o contrato social cria obrigações individuais e mútuas entre o Estado e cada particular.

A individualidade da relação contratual, acima citada, afasta as desculpas dadas pelo Estado, frente à insuficiência de sua atuação e justificam a atividade judiciária complementar.

Concluiu-se, pelo estudo realizado na presente investigação, que a necessidade de garantia da saúde para que o cidadão possua uma vida digna e repleta de possibilidades, torna necessário e indispensável o reposicionamento do Poder Judiciário, que deve, para tanto, atuar como um baluarte da preservação e efetivação dos direitos protegidos constitucionalmente, considerados fundamentais, que, por sua natureza, não podem ser negados a qualquer cidadão, principalmente em razão de teorias utilitaristas ou de cunho econômico, num Estado que se organiza sob a égide de uma Constituição e se auto-intitula Democrático e de Direito.

REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Revista de Direito Público, 1981.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011 apud NOBRE, Milton Augusto de Brito. **Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 01 set. 2017.

BRANDT, Laís Michele; BRANDT, Lauro Junior. **Princípio da separação dos poderes: uma análise crítica de precedentes jurisprudências com foco no poder de coercibilidade do Poder Judiciário**. XII Seminário Nacional das demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea da UNISC, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14705/3539>>. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015.

_____. **Lei nº 8.080 de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 08 ago. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COGO, Rodrigo. **(I)legitimidade do Direito de Ingerência**: uma análise a partir da Teoria Crítica dos Direitos Humanos. 2011. 177f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

DALLARI, Suelli Gandoli. **Direito à saúde**. Red Brasileira de Educação em Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm>>. Acesso em: 18 de out. de 2017.

DANIELS, Norman. **Democratic Equality: Rawls's Complex Egalitarianism**. In: FREEMAN, S. R. (Ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 2003.

DINIZ, Isadora Moraes. **Direito à saúde e judicialização**: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no aprimoramento da prestação jurisdicional nas demandas de saúde. 2015. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2015.

FERREIRA, Camila Duran. **O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil**: o caso AIDS. IPEA; CAIXA (orgs.). Prêmio IPEA 40 (2004).

FRANÇA. **A Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1789)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 13 ago. 2017.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 06 jun. 2016.

GRAU, E. R. **Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

HUMENHUK, Hewerstton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais/2>>. Acesso em 31 mar. de 2017.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coleção Os Pensadores, XXV. São Paulo: Abril, 1974.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal**: fundamentos teóricos e análise crítica. Curitiba: Multideia, 2014.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. **Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil**. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. Disponível em:
<http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 out. 2017.

MARIO, Camila Gonçalves de. **Saúde e Justiça Social: uma análise do SUS a partir das teorias da justiça**. In: Encontro Internacional de Participação, Democracia e Políticas Públicas, aproximando agendas e agentes, da UNESP. Araraquara, 23 a 25 de abr. 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed.rev. e atual. São Paulo: Millennium, 2000.

MARTINS, Urá Lobato. **A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. 1 ed. Salvador, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra**. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Martins Fontes, São Paulo, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Luciana Gonçalves. **A judicialização da saúde no Brasil: tentativas para reduzir (conter) o fenômeno.** Revista do CAAP (2), Belo Horizonte, jul-dez. 2009.

ORG, Declaração Universal dos Direitos Humanos. **O que são direitos Humanos?** Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/definicao/>>. Acesso em 08 jun. 2017.

PEREIRA, Januária Ramos et al . **Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004.** Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 15, supl. 3, p. 3551-3560, Nov. 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000900030&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 out. 2017.

RABELO JUNIOR, Luis Augusto. **A justiça como equidade em John Rawls.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10755>. Acesso em 07 ago. 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta, Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROBLES, Gregorio. **Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual.** Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SANTA HELENA, Eber Zoehler. **Justiça distributiva na Teoria da Justiça como equidade de John Rawls.** In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45 n. 178 abr./jun. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176536/000842803.pdf?sequence=3>>. Acesso em 07 Ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 11. ed. Porto Alegre, 2012.

SCHEFFER, Mário. **O remédio via Justiça:** Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. In: Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf>. Acesso em 01 set. 2017.

SEN, Amartya. **Equality of what? Tanner Lecture on Human Values.** In: Tanner Lectures, Stanford University, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 3ª ed, Editora Malheiros: São Paulo, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 21ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Os Direitos Sociais e a Teoria da Justiça de John Rawls.** **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 203, jul./set. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507415/001017703.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01 jun. 2017.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 5ª ed, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2006.

VENTURA, Miriam et al . **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** *Physis*, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 out. 2017.