

O DEVER DE ATUAR DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL DA SAÚDE

DUTY TO ACT THE JUDICIARY IN THE FACE OF LAW JUSTICIABILITY SOCIAL HEALTH

Sílvio Dagoberto Orsatto¹

RESUMO

O artigo foi elaborado com o objetivo de explicitar acerca da plausibilidade jurídica de reconhecimento da justiciabilidade dos direitos sociais de saúde proclamados na Constituição da República Federativa do Brasil. Parte-se da importância dos direitos fundamentais como propulsores de uma nova sociedade e fundamento para uma redefinição do papel do Estado contemporâneo. A ineficiência do Estado-administração em cumprir com as promessas enseja a intervenção do Poder Judiciário. Surge - para dar efetividade às políticas públicas - um novo fenômeno decorrente da atuação dos Tribunais caracterizado pela judicialização da política. O direito como instrumento de coexistência deve ser o garantidor da exigibilidade de prestações sociais *lato sensu* do Estado, para assegurar que as políticas públicas de saúde se concretizem. Adotou-se o método indutivo e empregaram-se as técnicas do Referente, da Categoria e da pesquisa bibliográfica. Os resultados apontam o reconhecimento da justiciabilidade do direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais; Judicialização da Saúde; Justiciabilidade; Políticas Públicas; Saúde Pública.

ABSTRACT

*The article was prepared with the aim of clarifying about the plausibility of legal recognition of the justiciability of social rights to health proclaimed the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Part is the importance of fundamental rights as drivers of a new society and a foundation for a redefinition of the role of the contemporary State. The inefficiency of the State administration to fulfill the promises entails the intervention of the Judiciary. Appears - to give effect to public policy - a new phenomenon coming from the action of the courts characterized by the legalization of politics. The law as an instrument of coexistence should be the guarantor of the liability *sensu lato* benefit of the State, to ensure that public health policies materialize. We adopted the inductive method and employed the techniques of the Referent, and the category of literature. The results indicate recognition of the justiciability of the right to health .*

KEYWORDS: Social Rights; Judicialization of Health; Justiciability; Health Public; Public

¹ Mestre em Direito pela UNIVALI (2004). Juiz de direito titular da Vara da Fazenda Pública, Acidente de Trabalho, Executivos Fiscais e Registros Públicos da Comarca de Lages - Estado de Santa Catarina. *Email:* <silvio.orsatto@uol.com.br>.

Policy.

INTRODUÇÃO

Uma verdadeira revolução social se apresenta em curso - deflagrada pelo Movimento das Diretas Já² e pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil - em decorrência da busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, impondo novos papéis ao Poder Judiciário, tanto em relação ao que se denomina de ativismo judicial como na necessidade de uma ação legitimadora deste poder em face do povo brasileiro.

A partir da última década no Brasil e coincidentemente com o alvorecer de um novo milênio na civilização ocidental, um crescente número de novas e originais demandas judiciais tendo por objeto a prestação de serviços de saúde³ desaguou no Poder Judiciário⁴ reclamando a tutela do Estado-juiz em face da Administração Pública.

Este fenômeno decorre de outro - a judicialização da política⁵ - e se denominou de judicialização do direito à saúde ou mais comumente nominado como judicialização da saúde por levar aos Tribunais demandas sociais tendo por causa de pedir agravo à saúde⁶ do cidadão⁷, Noutra dimensão, se imputa que a interferência⁸ provocada pelas decisões judiciais oriundas da expressiva massividade de processos judiciais que cotidianamente aportam nos

² Movimento de origem popular ocorrido no Brasil, em 1984, que exigia eleições diretas para presidente da república e que culminou – pacificamente –, embora ainda por meio de eleições indiretas e da fortuita posse do vice-presidente José Sarney com o fim da ditadura militar de três décadas.

³ Compreende-se na conceito de serviço de saúde a assistência terapêutica integral referente a dispensação de medicamentos; produtos de interesse para a saúde, como órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos; e a oferta de procedimentos terapêuticos (conceito operacional formulado a partir do art. 19-M e 19-N da Lei 8.080/1990).

⁴ Dados de 2010 do CNJ revelavam a existência de - pelo menos - 240 mil processos judiciais em trâmite na Justiça no Brasil, sendo certo que o número de ações objeto do relatório está bastante aquém dos dados reais, porque, além de alguns Tribunais não terem encaminhado as informações, o sistema apresenta dificuldades para extrair os dados corretos por erros de cadastramento de classe de processos e assuntos, ressaltando que as primeiras tabelas foram implantadas muito recentemente, conforme notas do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório atualizado da Resolução CNJ 107/2010**. 201_.

⁵ A expressão traduz questões de larga repercussão política e social decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo, conforme anota: Jabour (2012. p. 67).

⁶ Para fins deste artigo, compõe-se o conceito operacional para a categoria agravo à saúde como enfermidade, doença ou qualquer mal ou prejuízo à saúde de um ou mais indivíduos, de uma coletividade ou população.

⁷ Cidadão neste trabalho é conceituado como “uma pessoa humana como membro de uma comunidade política, perante a qual se vincula com direitos e deveres”, segundo registro de: Mello (2000, p. 20).

⁸ Por analogia ao direito administrativo, compõe-se o COP como legítima atuação do juiz na determinação de uma obrigação prestacional pelo Estado-administração.

fóruns com requerimentos de liminares, impõe prestações cujos valores financeiros⁹ alcançam cifras expressivas¹⁰, causando - sob a ótica da Administração Pública - um desarranjo no já caótico sistema público de saúde.

A pesquisa teve por objeto investigar a justiciabilidade dos direitos sociais de saúde positivados na Constituição, e foi desenvolvida para a composição deste artigo científico observando a metodologia da pesquisa jurídica, sendo que na investigação procedeu-se mediante o método indutivo com acionamento das técnicas da Categoria, do Conceito Operacional e da pesquisa bibliográfica; na fase de tratamento dos dados optou-se pelo método cartesiano¹¹, e, em face do resultado das análises, empregou-se o método indutivo no relato da pesquisa.

O estudo promove uma análise da função social do Estado contemporâneo como instrumento de promoção do bem estar social com a finalidade de situar na nova ordem constitucional os direitos sociais, particularmente a relevância do cumprimento da promessa do direito à saúde, para examinar a sua justiciabilidade como elemento.

1 A FUNÇÃO SOCIAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A vontade de suprir as necessidades primárias dos indivíduos para sua sobrevivência proporcionou ao homem a experiência da convivência social caracterizada pela união gregária

⁹ Levantamento da AGU registra que “de fato, conquanto ainda não estejam plenamente consolidados os dados relativos à intervenção judicial em saúde no país (...)” pode-se afirmar que “(...) os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, somam a quantia de **R\$ 949.230.598,54** (...) quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gérias, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios).” (negrito constante do original). Conclui o relatório com um dado estarrecedor: (...) os gastos federais com medicamentos no ano de 2010, para atendimento de todos os usuários do SUS, foram da ordem de R\$ 6,9 bilhões, o que significa que, no mesmo período, os gastos com ações judiciais, apenas daqueles 8 entes, corresponderam à quase 1/7 desse orçamento”, de acordo com: ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção judicial na saúde pública:** panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais, Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/panorama.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2013, p. 18.

¹⁰ A evolução da despesa pública da SES/SC entre 2001-2010 cresceu de R\$ 17.897,20 para R\$ 93.406.294,52, os gastos em decorrência de decisão judicial em processos de prestação de assistência à saúde do Estado de Santa Catarina. Registra-se que tais valores referem-se à aquisição de medicamentos, próteses e órteses e insumos; porém, deduz-se que também devem se referir ao pagamento direito à parte para aquisição; sequestro de valores e multas por descumprimento de decisão judicial, embora não haja tal detalhamento no levantamento da AGU: ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção judicial na saúde pública:** panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais, p. 14.

¹¹ “(...) pode ser sintetizada em quatro regras: 1. Duvidar; 2. Decompor; 3. Ordenar; 4. Classificar e revisar. Em seguida, realizar Juízo de Valor”, consoante Pasold (2011, p. 204).

em comunidades as quais remontam os primórdios da organização social.

A experiência humana de sociedade - definida por Dallari (2013, p. 31) como um agrupamento humano qualificado por uma finalidade ou valor social que apresenta manifestações de conjunto ordenadas e um poder social -, precede ao Estado¹², instituição esta que se caracteriza por uma ordem social e jurídica¹³ com a finalidade primordial de estruturar os meios para obtenção das necessidades do homem.

Como conceito finalístico da instituição Estado, na lição de Pasold (2003, p. 54), tem-se aquele como “(...) instrumento da Sociedade para a realização do Bem Comum (...)”, ressaltando-se a advertência de que este “(...) não é a soma dos bens individuais ou dos desejos isolados” (PASOLD, 2003, p. 47), conceituando-se o bem comum a partir de Mello (2000, p. 15) como “(...) fatores propiciados pelo Estado com vista ao *bem estar social*” sendo este o “sentimento de conforto (prazer, felicidade) experimentado pela coletividade por metas de desenvolvimento sócio-econômico”(MELLO, 2000, p. 16).

Registra Dallari (2013, p. 299) que “a aspiração ao Estado Democrático vai-se definindo, até se transformar, já no século XX, num ideal político de toda a Humanidade (...)” e, por subsecutivo, ressalta Cesar Luiz Pasold que o Estado Contemporâneo¹⁴ “(...) deve possuir uma característica peculiar que é a sua Função Social, expressa no compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de **toda a Sociedade**” (PASOLD, 2003, p. 21, grifo no original).

Não se olvide que o Brasil adotou a forma republicana¹⁵ de governo e constituiu-se em um Estado democrático de direito, conforme dispõe o *caput* do art. 1º da Constituição (BRASIL, 1988). Este compromisso, segundo Barroso (2010, p. 88-89), exprime “(...) a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de

¹² Dallari (2013, p. 60) assevera que para uma ampla maioria de autores “a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período não houvesse concomitância na formação do Estado em diferentes lugares, uma vez que este foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar”.

¹³ Cruz (2001, p. 74) registra que “o Estado é a mais recente forma de organização política, que hoje tornou-se universal. Nascido na Europa, na transição entre o feudalismo e a idade moderna, no século XVI, instaurando-se como forma de organização da Sociedade (...)”.

¹⁴ De acordo com Pasold (2003, p. 34) o período que se sucede ao Estado Moderno surgido a partir da Constituição Mexicana de 1917.

¹⁵ Dallari (2013, p. 226), informa que “(...) se opõe à monarquia, tem um sentido muito próximo do significado democracia, uma vez que indica a possibilidade de participação do povo no governo (...) Modernamente, é com Maquiavel que aparece o termo república, em oposição a monarquia”.

constitucionalismo e de democracia”, alertando pela eventual necessidade de conformação entre ambos pela possibilidade de surgir pontos de tensão oriundos de confronto entre a vontade da maioria com determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição, eis que o constitucionalismo relaciona-se com a limitação poder e supremacia da lei (Estado de direito), enquanto a categoria democracia denota em soberania popular e governo da maioria.

A expressão ‘democrático’ inserida entre ‘Estado de direito’ reforça os valores traduzidos nas diversas dimensões que a ‘função social’ do Estado se caracteriza. Para Pasold (2003 , p. 93) a função social - em concreto - “(...) haverá de consolidar-se conforme cada Sociedade e seu Estado, de acordo com a realidade, e através de ações que cumpram a sua destinação”.

Na visão de Pasold (2003, p. 112) o valor máximo a ser concretizado pelo Estado Contemporâneo “(...) para que a Humanidade tenha Paz segura e viva em Democracia, com um desenvolvimento social e econômico (...)” é - ao seu sentir - a “(...) mais elevada qualidade de vida dos Seres Humanos” (PASOLD, 2003, p. 112). E qual é o bem da vida a ser constitucionalmente assegurado para alcançar tal desiderato? A resposta é dada em uma crítica expressa na década de 80 por Pasold (1986, n. 12, p. 92) enfatizando que “(...) a Saúde como Direito Fundamental do Cidadão não é respeitada neste país na dimensão mínima desejável”, contextualizada com a realidade daquele momento da história brasileira pré-constituente, prognosticando ainda em 1986 que “(...) a Função Social tem pelo menos um segmento definido, qual seja e justamente, o da Saúde Pública” (PASOLD, 1986, n. 12, p. 93), preconizando, ademais, que a “Saúde é Direito do Cidadão e Dever do Estado”:

Esta relação bimodal precisa ser estabelecida com urgência, sob pena das seqüelas sociais aumentarem, alcançando patamares insustentáveis” - “(...) O Estado, como máquina e como conjunto de atividades, necessita articular-se, estruturar-se e mobilizar-se, com competência e eficiência, para cumprir o seu dever pertinente” - “(...) **discurso constitucional (...) contribuirá para a realização do necessário (...)**” - “(...) **deve receber, no processo constituinte e no seu produto, uma posição de destaque, definitiva e definidora**” - “(...) torna-se imprescindível (...) estabelecer os mecanismos básico de consecução do princípio” - “(...) a necessidade do equacionamento constitucional da grave, urgente e nacional questão da Saúde Pública” (PASOLD, 1986, p. 93, grifo meu).

Antevendo, outra não foi a opção do Congresso constituinte ao estabelecer: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”(BRASIL, 1988). A constitucionalização do direito social da saúde ocorrida em 1988 denota a pertinência da análise elaborada por Pasold (1987, p. 54) quanto a necessidade dupla dimensão deste novo

direito:

(...) a Saúde é um valor essencial à condição humana? É, obviamente. E, por isso, o Direito à Saúde é um dos Direitos Fundamentais do Homem” – “(...) uma tentativa de enquadramento preciso sob o ângulo jurídico-político: - o Direito à Saúde é um dos Direitos Fundamentais cujo reconhecimento a nível de norma positivada (alçando, no caso a condição de Direito Individual) nem sempre se faz.

Não obstante, o caminho para sua concretização revela-se árduo, seja pela escassez de recursos, seja pela indeterminação do que consiste este novo direito à saúde ou, ainda, o sentido de felicidade dado por Mello (2000, p. 15) ao aduzir ao estado de bem estar ou, mesmo ainda, a quem compete definir o que será (com)partilhado socialmente, especialmente ante a crítica de ingerência feita ao Poder Judiciário em face do fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil.

Ao situar o debate do tema judicialização em uma análise econômica do direito, Barroso (2008, p. 893) anota que nesta área “costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos fossem investidos em outras políticas de saúde pública”, ressaltando um comparativo de maior ou menor efetividade de políticas no que tocam à promoção da saúde, inclusive constata um déficit de análise das manifestações do Poder Judiciário ao não considerar outros aspectos que circundam o problema, como a gestão pública:

(...) a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concedida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios. (BARROSO, 2008, p. 893)

Acrescenta, ademais, que atualmente é recorrente a objeção quanto às decisões judiciais em matéria de medicamentos por provocar um caos na já precária gestão da saúde pública, pois “tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, cometendo a eficiência administrativa no atendimento de cada cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública” (BARROSO, 2008, p. 894).

Outra defesa aventada para classificar de ingerência e invalidar a atuação do Poder Judiciário no exame do fenômeno da judicialização diz respeito a desigualdade de acesso à justiça. Souza Neto (2008, p. 534) anota que o dado em si é verdadeiro, porém é falacioso,

pois “o argumento da desigualdade de acesso à justiça incorre em uma falácia: utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres”. Acrescenta-se, como fundamento de refutação, o dogma que assegura o direito de ação como corolário do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, compreendendo-se a corrente que se opõe a intervenção do Poder Judiciário por possuir raízes históricas.

Nos últimos dois séculos - especialmente, embora a temática remonte às cidades-estados gregas - alguns pensadores enfrentaram o problema das funções do Estado e da separação dos poderes, tendo Nietzsche (2007, p. 40), observado que “nenhum colegiado de juízes tem o direito de conceder graça perante sua consciência: cabe somente ao soberano, *como indivíduo*, essa prerrogativa”(NIETZSCHE, 2007, p. 40), advertindo que:

Como membros de certos agrupamentos sociais, cremos não ter o direito de exercer certas virtudes que, como cidadãos privados, nos dão a maior honra e um prazer evidente, por exemplo, a graça da indulgência contra os perdidos de toda espécie. – Em geral, toda maneira de agir em que a vantagem da sociedade sofreria com nossa virtude (...) Nós nos alegramos quando ele faz uso dela para provar realmente que gostaríamos realmente de conceder, mas não enquanto sociedade. A sociedade não reconhece, pois, senão as virtudes que lhe são vantajosas ou que pelo menos não lhe causem prejuízo (aqueles que podem ser praticadas sem danos ou mesmo com usura, por exemplo, a justiça). Essas virtudes do prejuízo não podem, portanto, ter nascido na *sociedade*, porquanto ainda agora, no seio da menor aglomeração social que se constitui, a oposição se eleva contra elas. São, pois, virtudes que ocorrem entre os homens que não são iguais, virtudes inventadas pelo indivíduo superior, virtudes próprias do *dominador* com esta segunda intenção: “Sou bastante poderoso para assumir um prejuízo visível, é uma prova de meu poder” – Por conseguinte, virtudes aparentadas do orgulho.

Para Barroso (2010, p. 82) “(...) sempre foi da essência da Constituição a separação dos poderes e a garantia dos direitos”, anotando, ainda, que:

Expressão da ideologia liberal, o constitucionalismo surge como uma doutrina de limitação do poder do Estado (...) Ao longo dos séculos, o elenco de direitos tidos como fundamentais ampliou-se significadamente, para incluir, além dos direitos políticos e individuais, também direitos sociais e coletivos. Ademais, as Constituições passaram a abrigar princípios fundamentais e fins públicos relevantes (programas de ação política). (BARROSO, 2010, p. 83)

Nesta abordagem, buscou-se reconstruir em uma perspectiva histórica os compromissos do Estado democrático de direito situando-se o Brasil e os desafios da Administração Pública.

Na próxima sessão passa-se a examinar a natureza jurídica das normas que preconizam os direitos sociais em razão da perspectiva constitucional a que alçaram os novos direitos, especialmente aqueles de cunho prestacional relacionados com o direito à saúde.

2 OS DIREITOS SOCIAIS NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Estabelece o art. 6º da CRFB/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010, que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Esses direitos revelam interesses primários que levaram os homens a se agregarem. Sarmiento (2012, p. 26) defende que a garantia de determinados direitos tornam possível à participação dos cidadãos no espaço público, sendo que “(...) é necessário que figure a satisfação das necessidades materiais básicas das pessoas mais carentes, sem o que restaria comprometida a sua capacidade real de participar das deliberações adotadas na sociedade”.

E, as necessidades materiais básicas ou primárias caracterizam o mínimo existencial, ressaltando-se que tal conceito é construído historicamente. Barcellos (2008, p. 821) acrescenta que o patamar mínimo varia de acordo com as circunstâncias e possibilidades da sociedade “(...) tanto financeiras e econômicas quanto culturais, tomando o termo em sentido abrangente”.

Algumas questões devem ser respondidas, como a perquirição acerca da densidade normativa suficiente para impor ao poder público a realização de seus preceitos, pois discute-se também a respeito da natureza programática dos direitos fundamentais, essencialmente dos direitos sociais.

A partir de uma nova hermenêutica constitucional que reconhece a força normativa de toda e qualquer disposição constitucional, a vincular juridicamente os demais poderes à respectiva implementação e, pontualmente, com relação aos direitos fundamentais constitucionais, construiu-se inclusive uma doutrina brasileira da efetividade¹⁶, de conformidade com Barroso (2008, p. 878, nota 3) “para realizar seus propósitos, o movimento da efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do

¹⁶ Registre-se que “o ‘constitucionalismo brasileiro da efetividade’ permitiu que se procedesse por aqui uma abertura de horizontes científicos na filosofia jurídica brasileira pela incorporação de elementos teóricos da Tópica, da Nova Retórica, da perspectiva da filosofia da linguagem e das Teorias argumentativas do Direito, com destaque na obra de Alexy. Autores como Viana nomeiam essa corrente do constitucionalismo pátrio de substancialismo, Bonavides de constitucionalismo dirigente, enquanto Oliveira, Carvalho Netto e Cittadino preferem a designação de comunitarismo, reconhecendo influência decisiva nessa forma de pensar o Direito em estudos científicos oriundos de Portugal e Espanha”, informa; Cruz (2008, p. 7).

direito constitucional no país”, destacando:

(...) No plano jurídico, atribuiu normatividade à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto autônomo, estremando-o do discurso puramente político e sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores constitucionais.

A CRFB/1988, em seu art. 1º, inc. III, inscreve textualmente a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988) como fundamento do Estado democrático de direito confere-o como princípio fundamental orientador, na ótica de Sarlet (2011, p. 123), eis que insere no Título I unidade aos direitos fundamentais, compreendidos estes os individuais e os direitos sociais.

Professa Piovesan (2004, v. 1, n. 1, p. 29) que tradicionalmente “(...) a agenda de direitos humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos” – “(...) atualmente, a ampliação dessa agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais”, com relevância o direito social à saúde, pela proteção ao bem da vida mais caro ao ser humano.

Por ter *status* de sobreprincípio, a dignidade da pessoa humana é princípio absoluto, materializando e se instrumentalizando por meio dos direitos fundamentais. Contempladas as necessidades humanas primárias o homem pode condignamente viver, porém, com a sobrevivência de um agravo de saúde se requer instar o Sistema Único de Saúde¹⁷, responsável pela implementação de políticas públicas de saúde no Brasil.

Estabelecido como um direito social, a deficiência da execução das políticas de saúde importam em violação do direito no âmbito do indivíduo cuja inefetividade reclama intervenção do Poder Judiciário que reconhece nos direitos sociais prestacionais qualificados como justiciáveis ante as manifestações do Supremo Tribunal Federal e, portanto, configurando um direito fundamental subjetivo por encerrar pretensões positivas cuja exigibilidade dar-se-á ante o Estado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Min. Celso de Melo, no Recurso Extraordinário nº 509.569, proclama a existência de direito subjetivo e afasta a

¹⁷ O SUS foi instituído pelo art. 198 da Constituição e regulamentado pelo art. 4º e ss. da Lei 8.080/1990 que dispôs sobre a Lei Orgânica da Saúde, sendo “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

reserva do possível¹⁸, decisão assim vazada:

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Decisão precedente foi tomada pelo Min. Celso Melo no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, na Pet 1.246/SC, no mesmo sentido, verbera:

(...) a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) (...) imperativo de solidariedade humana (...) Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

A democracia, no entendimento de Souza Neto (2008, p. 523) "(...) incrementa a racionalidade das decisões públicas" e corrobora com a legitimidade da atuação do Poder Judiciário para consolidação da processo político:

(...) a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente. Tais condições envolvem as liberdades básicas, mas também os direitos sociais fundamentais. (...) ao garanti-los, o Judiciário capacita o cidadão para uma participação pública efetiva e, com isso, qualifica o debate público. (SOUZA NETO, 2008, p. 523)

Com a análise destes elementos é possível inferir como fundamento dos direitos sociais a partir do texto constitucional o princípio da igualdade material derivado do princípio republicano e dos valores assumidos pelo Estado contemporâneo. A proclamação dos direitos sociais - portanto - torna-se imprescindível para assegurar o mínimo existencial.

¹⁸ Sarlet e Figueiredo (2008, p. 37), defendem que objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer quando são exigíveis providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, impondo "(...) o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos".

3 A DEMOCRACIA SUBSTANTIVA COMO EXPRESSÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A soberania popular representa o valor mais relevante da democracia constitucional e o poder da sociedade para a conformação do Estado na realização do bem comum mediante a sua função social.

Acrescenta-se, conforme dispõe o inc. III do art. 1º da Constituição (BRASIL, 1988), com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana como orientação de atuação do Estado democrático de direito. Segundo Piovesan (2007, p. 16) “daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido”.

Ferrajoli (2011, p. 47) cunhou a expressão esfera do indecidível para resguardar os direitos fundamentais pois estes representam limites substanciais ao poder público pelo qual “nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir”, funcionando como impeditivo da atuação do Poder Legislativo, o qual encontra limitações substanciais quanto ao objeto de sua atuação legiferante.

Por consequência, havendo afronta à esfera do indecidível, ou seja, aos direitos fundamentais, ainda que de forma parcial caracteriza-se a inconstitucionalidade e a reprovabilidade do ato em um juízo de validade.

O garantismo de Ferrajoli (1995, p. 854) representa um marco em termos de desenvolvimento de uma hermenêutica constitucionalista baseado em critérios de legitimação em face dos direitos fundamentais e não apenas para o direito penal:

(...) es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad – derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral – estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas – jurídicas y políticas – que permiten poner de manifiesto. (FERRAJOLI, 1995, p. 854, tradução nossa)¹⁹

¹⁹ “(...) É possível se preparar para eles, com referência a outros direitos fundamentais e outras técnicas ou critérios de legitimidade, os modelos de justiça e modelos oferecem garantias de legalidade - civis, administrativos, constitucionais, internacionais, de direito do trabalho - estruturalmente análogos ao penal aqui

Ressalta Cademartori (1999, p. 72) a dimensão ideal do Estado de direito dada pela teoria de Ferrajoli observando que:

Esta teoria **embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir** (...) Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. **Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.** (grifo meu)

Para resguardar e alcançar tais valores, é fundamental considerar qual o paradigma de justiça para o Estado de direito assegurar a democracia substantiva e seus corolários. Neves (2008, p. XIX) observa que, para tal fim:

Nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar a sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna.

Especificamente, no caso do Estado brasileiro, quanto aos obstáculos a serem superados para a concretização da igualdade substantiva, Neves (2008, p. 244) registra:

A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, desde que a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional **não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania.** Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito.

Uma das inequívocas demonstrações da não realização destes valores esta na ineficiência do Estado na execução de políticas públicas exige a correção dos meios.

Para tal mister, o Poder Judiciário tem sido instado por meio de demandas judiciais a examinar questões que envolvem relações sociais. Muitos criticam a ingerência do juiz cognominando o fenômeno de judicialização das relações sociais e a ação judicial em ativismo judicial. Outros, como Dworkin (1999, p. 451-452) apresentam uma crítica em função em de que a prestação jurisdicional deve ser pautada pela racionalidade e não com

desenvolvidos. E para eles as categorias acima mencionadas, onde a abordagem garantista expressas representam ferramentas essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das contradições e lacunas - jurídicos e políticos - que permitem colocar manifesto”: (tradução livre).

base em preferência pessoal do juiz:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para **impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige**. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (grifo meu)

Em lado oposto, situam-se aqueles que admitem, ainda que sob condições, que o déficit de democracia apresentado no Brasil reclama uma atuação positiva do Poder Judiciário. Mello Filho (2012) defende a intervenção em hipóteses específicas:

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, **sempre tão** ilegítimas **quão** profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, **notadamente** a desta Corte Suprema, **para suprir incompreensíveis** situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro.

Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam esse comportamento afirmativo** do Poder Judiciário, **de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora** da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** vulnerada e desrespeitada **por inadmissível omissão** dos poderes públicos.

(...) *práticas de ativismo judicial*, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema *em momentos excepcionais*, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se tiver presente* que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade. (grifo no original)

Em momento anterior, Mello Filho (2008) afirmara com maior ênfase: “**Nem se censure eventual ativismo judicial** exercido por esta Suprema Corte” e, após, passa a referir-se as causas que justificam a atuação ativa do Poder Judiciário “(...) **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”. (grifo no original)

Reserva-se, assim, uma atuação para resguardar valores supremos de uma sociedade mediante o controle judicial da própria atividade do Estado. Barroso (2006, p. 2) anota que:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos

fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados de injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a reflexão de juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição (...).

Os direitos fundamentais positivados na Constituição são reconhecidos mediante expressa qualificação como tal caracterizados pela relevância do momento histórico e refletem valores universais, havendo relação direta com a existência humana e representam produto de uma construção histórica²⁰ cuja concepção de fundamentalidade revela os valores de sua época, sua cultura e seu espaço.

Acerca da perspectiva histórica do marco civilizatório na evolução da sociedade, Bobbio (2004, p. 9) anota que:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, **nascidos em certas circunstâncias**, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, **e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas** (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (grifo meu)

Examinado o Estado no enfoque da promoção do fim social para consecução de seu princípio basilar - a dignidade da pessoa humana - como valor para dar efetividade à democracia impõe-se analisar a história do Brasil para que se construía uma conexão entre os nativos habitantes da terra de Pindorama, a qual Cabral nominou de Ilha de Vera Cruz, os colonizadores e os escravos, na formação do Estado brasileiro para buscar o elo que nos liga ao futuro do Brasil, pela mensagem insculpida pela positivação constitucional dos direitos fundamentais.

Na próxima sessão será analisada a dimensão da subjetividade, da eficácia e da aplicabilidade imediata e efetiva das normas constitucionais²¹ que asseguram o direito social à saúde como garantia do cumprimento pelo Estado-administrador da promessa constitucional da função social do Estado democrático.

²⁰ Alguns documentos contribuíram como antecedentes das declarações positivas de direitos, do período feudal, nos quais o rei comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassalos. Não afirmavam direitos humanos, mas direitos de estamentos, de acordo com Comparato (2005, p. 40).

²¹ Especialmente os arts. 6º, 196 e 198, todos da Constituição.

4 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

A existência de um direito subjetivo há uma pretensão social de natureza prestacional decorrente de uma política pública de saúde caracteriza o maior ou menor coeficiente de justiciabilidade de tais direitos para torná-los judicialmente exigíveis, ou seja, justiciáveis.

Desde o reconhecimento da força normativa da Constituição a partir da doutrina de Hesse (1991, p. 10), constitucionalistas brasileiros como Bonavides (2011, p. 602) e Barroso (2013, p. 161) sustentam que se os preceitos constitucionais são normas, então é imperativo o seu cumprimento decorrendo daí uma normatividade constitucional mediante “(...) aplicação direta e imediata, na extensão máxima de sua densidade normativa” e, por consequência:

(...) em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via de ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico” – “O Poder Judiciário (...) passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição” (BARROSO, 2013, p. 162).

A fundamentação está em os direitos fundamentais terem a mesma natureza e, conceitualmente, não diferem dos direitos humanos, pois tanto este como aqueles são direitos e liberdades básicas às pessoas que lhes assegurem um patamar mínimo para uma existência humana com dignidade. Enquanto categorias diferenciam-se por estarem os direitos fundamentais positivados na Constituição, reconhecidos mediante expressa qualificação como tal caracterizados pela relevância do momento histórico, enquanto os Direitos Humanos²² se caracterizam por estarem expressos em documentos internacionais e refletirem valores universais.

Daí conclui-se sua relação direta com a existência humana e produto se uma construção histórica, cuja concepção de fundamentalidade revela os valores de sua época, sua cultura e seu espaço, tendo Comparato (2005, p. 40) observado que alguns documentos contribuíram como antecedentes das declarações positivas de direitos, do período feudal, nos quais o rei comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassallos, não afirmavam direitos humanos, mas direitos de estamentos. Bobbio (2004, p. 5) anota que:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em

²² Reconhecidos também pela abreviatura: DDHH.

outras culturas.

Ratifica a posição Canotilho (2004, p. 9) ao predizer que é no terreno da história política que o problema do destino da razão republicana em torno dos direitos fundamentais se localiza “(...) no *locus* globalizante onde se procuram captar as idéias, as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política”.

É da tradição do constitucionalismo democrático que as necessidades e interesses²³ sejam expressos em forma de direitos fundamentais, pois historicamente²⁴ foram inicialmente reivindicados e, posteriormente, reconhecidos e tutelados mediante assegurar aos indivíduos expectativa, pretensões ou faculdades concebidos como direitos subjetivos. Ferrajoli (2011, p. 47) cunhou a expressão esfera do indecidível para resguardar os direitos fundamentais, pois estes representam limites substanciais ao poder público pelo qual “nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir”, funcionando como impeditivo da atuação do Poder Legislativo, o qual encontra limitações substanciais quanto ao objeto de sua atuação legiferante. Por consequência, havendo afronta à esfera do indecidível, ou seja, aos direitos fundamentais, ainda que de forma parcial caracteriza-se a inconstitucionalidade e a reprovabilidade do ato em um juízo de validade.

A afirmação dos direitos fundamentais é essencial para a sua tutela, seja na Constituição, seja em documentos internacionais, não obstante há manifesta dúvida se a sua declaração é também suficiente para garantir adequadamente as necessidades coletivas, no sentido da expressão garantias dos direitos fundamentais, como assevera Schäfer (1999, p. 208) para significar os mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo, não obstante, quanto a defesa de interesses individuais é assegurada mediante a caracterização de direitos subjetivos, no âmbito da jurisdição.

Assim, o estudo demonstra que o Estado de direito constitucional perpassado pela legalidade estrita, eis que primado pela democracia substancial orienta-se a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a ser assegurado concretamente pelos direitos

²³ Apenas aquelas necessidades e interesses qualificados por sua relevância e importância sendo por isso merecedores de tutela.

²⁴ O realismo jurídico norte-americano considera que os direitos fundamentais são aqueles conquistados historicamente pela humanidade, conforme Tavares (2010, p. 527).

coletivos prestacionais, no caso, o direito à saúde, em suas múltiplas e complementares dimensões, cuja efetividade dar-se-á mediante a declaração de sua justiciabilidade por meio do reconhecimento de direitos subjetivos em face da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável que a civilização ocidental da qual o Brasil se insere culturalmente, seja pela sua origem, seja em decorrência dos valores que incorporou na Constituição de 1988, ressalta a função social do Estado Contemporâneo como instrumento para erradicação da pobreza e construção de uma justiça social.

A percepção da realidade atual do Estado constitucional deve ser construída a partir da percepção do mundo ocidental. E, sendo as circunstâncias locais diversas e peculiares daquelas que ensejaram a origem do Estado em seu berço europeu – especialmente – impõe-se convergir a experiência daquela com a cultura da sociedade do Brasil colonial para compreender as nuances da formação e da evolução do Estado brasileiro.

Fruto deste compromisso, e orientados pela dignidade da pessoa humana, outorgou-se direitos fundamentais sociais para assegurar a efetividade dos ideais de democracia e da igualdade substancial.

Na Europa, a primeira guerra mundial impõe uma dura realidade. O Estado passa a buscar a concretização dos direitos sociais, mediante a assunção de uma função social.

As constituições passam a proclamar os direitos fundamentais. Promessas exigem um novo modelo de Estado. O Estado de direito revela-se incapaz de superar a igualdade formal. A democracia passa a impor a necessidade de assegurar a igualdade material.

A partir deste ponto, a pesquisa passa a investigar a atuação do Poder Judiciário. É no Estado Contemporâneo com a necessidade de efetivar as promessas constitucionais e resgatar a natureza histórica dos direitos que o papel da intervenção do Poder Judiciário passa a examinar questões de natureza social.

Com a proclamação pelo STF da justiciabilidade dos direitos sociais legitima-se a intervenção do Poder Judiciário e o processo se instrumentaliza como mecanismo para garantir a proteção suficiente dos direitos fundamentais sociais.

A investigação perquiriu acerca da controvérsia da natureza dos direitos sociais, com ênfase especial ao direito à saúde previsto expressamente no art. 6º da Constituição (BRASIL, 1988), com intuito de aferir sua força normativa ante ao espectro de possibilidades, desde sua possível caracterização como normas programáticas até sua aplicabilidade imediata ante serem dotados de densidade normativa suficiente para assegurar judicialmente sua exigibilidade.

A par desta controvérsia, se impôs o exame das assertivas de que consequências incongruentes se apresentam da própria judicialização das políticas públicas de saúde. Não obstante, a alegação de suposta ingerência²⁵ - ou mesmo intromissão - de um poder sobre outro, com violação do princípio da separação dos poderes, ou ainda, por afrontar o caráter coletivo do direito à saúde, pois os processos tratam de decisões individuais proferidas em tutelas de urgência por magistrados em favor de pessoas nomináveis, restaram superadas pois ciente de que as políticas públicas de saúde em sua execução poderiam resultar ineficientes, ineficazes ou inefetivas, o Supremo Tribunal Federal na esteira da teoria brasileira da efetividade reconheceu a existência de direitos subjetivos afirmando a justiciabilidade do direito à saúde.

A judicialização dos direitos sociais expande para o âmbito do Poder Judiciário a fronteira da correção das políticas públicas e passa a definir um novo espaço de atuação do juiz no processo de transformação social, não como um poder, porém um dever em face do direito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Assim, o examine dos fundamentos pelo viés da nova hermenêutica constitucional revela ampla plausibilidade jurídica dos direitos sociais serem objeto de direitos subjetivos e, portanto, exigíveis pela via judicial, isto é, justiciáveis²⁶,

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das justiças estaduais**, 2012. Disponível

²⁵ Conceitua-se para fins deste trabalho na ilegítima atuação do Poder Judiciário sobre a esfera de atuação exclusiva do Poder Executivo como Administração Pública gestora do SUS.

²⁶ Consoante definição dada por: Jabour (2012, p. 67) é “a característica do que pode ser objeto de apreciação judicial.” - “(...) é a possibilidade de concretização dos direitos face ao Poder Judiciário; a possibilidade de efetiva aplicação dos direitos por meios de mecanismos jurídicos de exigibilidade”.

em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/panorama.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 159-187.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 883-895.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de: Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7 reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Título original: *L'età di Diritti*).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. atual. em apêndice texto da Constituição Federal de 1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 1246 MC**. Decisão Proferida pelo Ministro Celso de Mello. Julgado em: 31 jan, 1997. Publicado em: DJ 13 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listajulgados>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 509569**, Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgado em: 01 fev. 2007. Publicado em: DJ 14 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/recextr509569>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra:

Coimbra Editora, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório atualizado da Resolução CNJ 107/2010**. 201_. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumda_saude/relatorioatualizado_da_resolucao107.pdf>. Acesso em: 06/11/2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Lúmen Juris, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Coleção Estado e Constituição.

JABOUR, Ana Maria Lammoglia. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde**. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora, a. 2, n. 2, Belo Horizonte, jan./dez. 2012, p. 67-77.

MELLO FILHO, José Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2014.

MELLO FILHO, José Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres de Brito, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19.04.2012. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

MELLO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. Prefácio. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Direito à saúde**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, n. 15. Florianópolis: EdUFSC, dez. 1987, p. 51-55.

- PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Diploma Legal: OAB/SC Editora, 2003.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito, 2011.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Saúde pública como tema constitucional**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, n. 12. Florianópolis: EdUFSC, jun. 1986, p. 91-95.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1, p. 15-30.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In: **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 1, n. 1. São Paulo, 2004, p. 20-47.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. NOBRE, Milton A. de Brito e SILVA, Ricardo A. D. da (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.117-147.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. 2012. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22755799/644576516/name/A+Protecao+Judicial+dos+direitos+ Sociais+-+sarmiento.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2014.
- SCHÄFER, Jairo Gilberto. **As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul**. Revista de Informação Legislativa, a. 36 n. 142. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1999, p. 207-219.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.