

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA: ACESSO À
JUSTIÇA, DIREITO À SAÚDE E ESPECIALIZAÇÃO DE UNIDADES
JURISDICIONAIS BRASILEIRAS, UM APORTE AO SISTEMA
PORTUGUÊS**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Marcelo Velasco Nascimento Albernaz

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do candidato: 20151571

Junho de 2018

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa Millena Albernaz e às minhas filhas Ana Beatriz, Maria Carolina e Maria Eduarda, pelo apoio, suporte familiar e compreensão, os quais me permitiram ter forças para enfrentar esta difícil, mas extremamente gratificante, jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Marcos e Iralde, pelo exemplo e pela formação que me deram.

Agradeço à minha esposa Millena e às minhas filhas Ana Beatriz, Maria Carolina e Maria Eduarda pelo apoio, compreensão e suporte familiar.

Agradeço aos professores da Universidade Autónoma de Lisboa, na pessoa do meu orientador, Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires, pela orientação e partilha de conhecimentos tão relevantes nesta jornada académica.

Agradeço ao Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira pelas luzes que nossas conversas, suas obras e suas decisões trouxeram à minha reflexão.

Agradeço aos colegas de mestrado, na pessoa da minha esposa Millena Albernaz, pela troca de ideias, pelos debates e pela reflexão coletiva, bem como pela prazerosa e alegre convivência durante nossa permanência em Portugal.

Muito obrigado!

EPÍGRAFE

“Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo” (Bobbio)¹.

¹ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 1.

RESUMO

A judicialização da política de saúde pública é objeto de debates e controvérsias, notadamente porque, em muitos casos, pode haver intervenção do Poder Judiciário em questões que se encontram na zona limítrofe entre a discricionariedade administrativa/legislativa e a vinculação do administrador público/legislador na efetivação do direito social à saúde e no cumprimento do dever estatal correspondente. Além de envolver a temática da separação de poderes, há nítida relação com direitos de suma relevância, como o acesso à justiça e à saúde, devendo-se também mencionar a possibilidade de tensão relativamente a questões como o mínimo existencial e a reserva do possível. Assim, diante da importância do tema, este trabalho propõe-se a discutir a judicialização da política de saúde pública, sob o enfoque dos aludidos direitos de acesso à justiça e à saúde, dando especial atenção à especialização de unidades jurisdicionais brasileiras para a análise da matéria. Essencialmente, investigou-se se essa especialização constitui medida de aprimoramento do acesso à justiça e de tratamento adequado da judicialização da política de saúde pública.

Palavras-Chave: Direitos humanos e fundamentais, acesso à justiça, direito à saúde, especialização de órgãos judiciais.

ABSTRACT

The judicialization of public health policy is the subject of debates and controversy, especially in many cases, therefore since the Judiciary might intervene in some issues or matters that lie between the administrative / legislative discretion and the involvement of the public administrator / legislator in the border area effectiveness to the social human rights and the health that conduct into the fulfillment of the corresponding state responsibility. In addition to involving the issue of separation of powers, there is a clear relationship with rights of extreme relevance, such as access to justice and health, and mention should be made of the possibility of tension regarding issues such as the existential minimum and the reserve of the possible. Thus, in view of the importance of the topic, this work proposes to discuss the judicialization of public health policy, focusing on the aforementioned rights of access to justice and health, with special attention to the specialization of Brazilian jurisdictional units for the analysis of the matter. Essentially, it was investigated whether this specialization constitutes a measure of improvement of access to justice and adequate treatment of the judicialization of public health policy.

Key words: Human and fundamental rights, access to justice, right to health, specialization of judicial organs.

SUMÁRIO

Introdução	10
1. Direitos humanos e direitos fundamentais	12
1.1 Breve histórico dos direitos humanos e fundamentais	12
1.1.1 Fase pré-histórica dos direitos fundamentais	13
1.1.2 Fase intermediária dos direitos fundamentais	15
1.1.3 Fase da constitucionalização dos direitos fundamentais	17
1.1.4 Internacionalização dos direitos fundamentais: qualificação como direitos humanos	22
1.2 Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito e distinção	26
1.3 Fundamentos e natureza dos direitos humanos e dos direitos fundamentais	31
1.4 Gerações dos direitos humanos e fundamentais	33
1.4.1 Primeira geração de direitos humanos e fundamentais	34
1.4.2 Segunda geração de direitos humanos e fundamentais	36
1.4.3 Terceira geração de direitos humanos e fundamentais	37
1.4.4 Novas gerações de direitos humanos e fundamentais	38
1.5 – Relatividade e ponderação	40
2. Direito de acesso à justiça	43
2.1 Considerações gerais	43
2.2 Principais obstáculos de acesso à justiça	46
2.3 As ondas de soluções para o acesso efetivo à justiça	50
2.3.1 Primeira onda	50
2.3.2 Segunda onda	51
2.3.3 Terceira onda	52
2.4 Separação de poderes e judicialização de políticas públicas	54
2.4.1 Separação de poderes segundo Montesquieu	54
2.4.2 Separação de poderes e funções públicas fundamentais na atualidade	56
2.4.3 Funções do Poder Judiciário	59
2.4.4 Agigantamento do Poder Judiciário e criatividade judicial	62
2.4.5 Judicialização de políticas públicas	67
3. Direito à saúde	72
3.1 Considerações gerais	72
3.2 Conceito	75
3.3 Diretrizes básicas do direito à saúde no ordenamento interno brasileiro	77

3.4 Diretrizes básicas do direito à saúde no ordenamento interno português	81
3.5 A reserva do possível e o mínimo existencial: questões relevantes para a efetivação do direito social à saúde	84
3.6 Breves notas sobre a judicialização da política de saúde pública no Brasil e em Portugal	91
4. Especialização de unidades jurisdicionais em matéria de saúde pública no Brasil	95
4.1 Visão panorâmica da estrutura do Poder Judiciário brasileiro	95
4.1.1 Supremo Tribunal Federal	96
4.1.2 Conselho Nacional de Justiça	96
4.1.3 Superior Tribunal de Justiça	96
4.1.4 Justiça Federal	97
4.1.5 Justiça do Trabalho	98
4.1.6 Justiça Eleitoral	99
4.1.7 Justiça Militar	100
4.1.8 Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios	101
4.2 Atenção dada à judicialização da política de saúde pública no Brasil	101
4.3 Especialização de unidades jurisdicionais em matéria de saúde pública	107
4.4 Especialização de varas federais no foro nacional em matéria de saúde pública	111
Conclusão	115
Bibliografia	123
Anexo	140

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C	antes de Cristo
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
art.	artigo
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDFUE	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CFM	Conselho Federal de Medicina
CFO	Conselho Federal de Odontologia
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República de Portugal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
ex.	exemplo
n.º	número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
p. ex.	por exemplo
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
SNS	Serviço Nacional de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
v.	volume
v.g.	verbi gratia

INTRODUÇÃO

A judicialização da política de saúde pública é objeto de debates e controvérsias, notadamente porque, em muitos casos, pode haver intervenção do Poder Judiciário em questões que se encontram na zona limítrofe entre a discricionariedade administrativa/legislativa e a vinculação do administrador público/legislador na efetivação do direito social à saúde e no cumprimento do dever estatal correspondente.

Além de envolver a temática da separação de poderes, há nítida relação com direitos de suma relevância, como o acesso à justiça e à saúde, devendo-se também mencionar a possibilidade de tensão relativamente a questões como o mínimo existencial e a reserva do possível.

Assim, diante da importância do tema, este trabalho propõe-se a discutir a judicialização da política de saúde pública, sob o enfoque dos direitos de acesso à justiça e à saúde, dando atenção ao recém-criado modelo brasileiro de especialização de unidades jurisdicionais como mecanismo paradigmático e comparativo de análise ao sistema português quanto à restrição do ativismo judicial; ou, até mesmo, para releitura eventual do agigantamento do Poder Judicial.

Essencialmente, investiga-se se essa especialização de unidades jurisdicionais constitui medida de aprimoramento do acesso à justiça e de tratamento adequado da judicialização da política de saúde pública.

A partir desse objetivo geral, o trabalho está dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, há a apresentação de breve histórico e conceito de direitos humanos e direitos fundamentais, das gerações desses direitos, seu fundamento, sua previsão na ordem internacional e interna e outras questões relevantes, a exemplo da relatividade e ponderação.

No segundo capítulo, há a identificação da natureza e do conteúdo do direito de acesso à justiça, dos principais obstáculos à sua efetivação, das ondas de solução do problema, bem como da separação de poderes e seus reflexos na atuação do Judiciário, especialmente quanto à judicialização de políticas públicas.

No terceiro capítulo, há a apresentação de breve histórico do direito à saúde, do seu conceito, das diretrizes básicas desse direito nos ordenamentos internos do Brasil e de Portugal e outras questões relevantes atinentes ao assunto, como a reserva do possível, o mínimo existencial e a judicialização da política de saúde pública.

No quarto capítulo, há a análise da especialização de unidades jurisdicionais brasileiras em matéria de saúde pública, aferindo-se se é possível enquadrá-la como medida de aprimoramento do acesso à justiça e de tratamento adequado à judicialização da política de saúde pública, partindo de um panorama da estrutura do Judiciário e da atenção dada à matéria no Brasil.

Pretende-se, em suma, abordar os principais pontos sobre o tema para colaborar com o aprimoramento dos meios de enfrentamento do fenômeno da judicialização da política de saúde pública.

A pesquisa se baseia, entre outros, em documentos de direito internacional, constituições, normas infraconstitucionais, jurisprudência, doutrina de direito e filosofia, documentos históricos, dados estatísticos e notícias.

Adota-se basicamente o método dedutivo na pesquisa e na investigação.

Espera-se que o leitor aprecie o trabalho e, acima de tudo, reflita criticamente sobre a matéria.

1. Direitos humanos e direitos fundamentais

1.1 Breve histórico dos direitos humanos e fundamentais²

Como bem observa Bobbio, os direitos humanos, apesar do caráter fundamental³, são fruto da evolução histórica, tendo surgido em certas circunstâncias caracterizadas “por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual⁴, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁵.

Assim, muitos autores sustentam que os direitos humanos e os direitos fundamentais têm uma história bastante longa, havendo, por exemplo, quem afirme que suas origens estariam no direito da Babilônia desenvolvido nos idos do ano 2000 a.C., no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana ou na teologia cristã expressa no direito da Europa medieval⁶.

Nessa linha, Sarlet, citando K. Stern, resume a evolução histórica dos direitos fundamentais em três etapas até seu reconhecimento pelas primeiras Constituições escritas: uma fase pré-histórica dos direitos fundamentais, que vai até o Século XVI; uma fase intermediária dos direitos fundamentais, correspondendo ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e dos direitos naturais do homem; e a fase da constitucionalização, iniciada em 1776 com as primeiras declarações de direitos dos novos Estados americanos⁷.

Após a constitucionalização dos direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados, passou-se a uma nova etapa, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, de reconhecimento e proteção desses direitos pela comunidade internacional, quando passaram a se qualificar, sob esse enfoque, como direitos humanos.

² Neste tópico inicial, a evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais será tratada em conjunto, porque, como se verá adiante, apesar de terem significados diferentes, estão intimamente ligados e se desenvolveram conjuntamente. No entanto, mais à frente, serão apresentadas diferenças entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, solucionando eventual confusão que possa decorrer da abordagem conjunta de sua evolução histórica neste tópico.

³ Aqui a expressão “fundamental” não tem necessariamente o mesmo sentido que lhe será atribuído mais adiante no contexto da expressão “direitos fundamentais”.

⁴ Para justificar essa conclusão, Bobbio observa: “[...] a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento dos movimentos dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois da assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos” (BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 5-6).

⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 5.

⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 10.

⁷ STERN apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 37.

1.1.1 Fase pré-histórica dos direitos fundamentais

Na primeira etapa da evolução histórica dos direitos fundamentais, o mundo antigo, por meio da filosofia (especialmente a greco-romana) e da religião (principalmente a cristã), afirmou valores como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade dos homens⁸, influenciando o pensamento jusnaturalista⁹, segundo o qual “todo ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis”¹⁰.

O principal documento que costuma ser citado no início da evolução dos direitos fundamentais se trata da Magna Carta de 1215¹¹, que se tratou de um pacto celebrado pelo Rei João Sem-Terra com os bispos e barões ingleses, cuja finalidade era reconhecer determinados direitos de supremacia ao rei em troca de alguns privilégios aos nobres da Inglaterra (direitos estamentais)¹².

⁸ “[...] a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 38.). “O pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade. [...] No pensamento estoico assume o princípio da igualdade lugar proeminente [...]. No mundo romano, o pensamento estoico tentará deslocar a doutrina da igualdade da antropologia e da ética para o terreno da filosofia e doutrina políticas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 381). “É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor” (MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 21).

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 382.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 38.

¹¹ Editada em 1215 por João Sem Terra, a Magna Carta foi anulada pelo papa, a pedido do próprio João Sem Terra, poucas semanas depois. Com a morte de João Sem Terra em 1216, o rei Henrique III publicou uma versão significativamente abreviada da Magna Carta em 1216 e novamente em 1217, desta feita em conjunto com a Carta da Floresta. O rei Henrique III voltou a revisar a Magna Carta em 1225. O rei Henrique III faleceu em 1272, sendo sucedido pelo rei Eduardo I, que reeditou a Magna Carta e a Carta da Floresta em sua Confirmação das Cartas (1297), tendo sido essa a primeira vez que a Magna Carta foi registrada nos Rolos Estatutários (registro oficial dos estatutos da Inglaterra). A Confirmação das Cartas de 1297 adotou o texto da edição de 1225 (**MAGNA Carta: Muse and Mentor - Confirmation by Kings and Parliament; THE Magna Carta is currently undergoing important conservation work**). A título de exemplo, a Magna Carta de 1215 reconheceu os seguintes direitos: “nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”; “não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça”; “os mercadores terão plena liberdade para sair e entrar em Inglaterra, e para nela residir e a percorrer tanto por terra como por mar, comparando e vendendo quaisquer coisas, de acordo com os costumes antigos e consagrados”; “será lícito a qualquer pessoa sair do reino e a ele voltar, em paz e segurança, por terra e por mar, sem prejuízo do dever de fidelidade para conosco; excetuam-se as situações de tempo de guerra, em que tal direito poderá ser restringido, por um curto período, para o bem geral do reino, e ainda prisioneiros e criminosos, à face da lei do país, e pessoas de países em guerra conosco e mercadores, sendo estes tratados conforme acima prescrevemos” (**MAGNA Carta – 1215**).

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 382.

Mesmo assim, tal documento serviu como referência para o posterior reconhecimento de relevantes direitos e liberdades civis¹³, a exemplo do devido processo legal, da garantia da propriedade e do habeas corpus, além de muitos doutrinadores reconhecerem na liberdade de locomoção¹⁴ e na proteção contra a prisão arbitrária previstos na Magna Carta a origem dos direitos fundamentais, por constituírem pressupostos do exercício das demais liberdades¹⁵.

Embora a Magna Carta seja considerada o documento mais importante daquela época, outros podem ser citados, como as cartas de franquia¹⁶ e os forais¹⁷ outorgados pelos reis portugueses e espanhóis nos Séculos XII e XIII¹⁸.

Contudo, os direitos reconhecidos nesses documentos da Idade Média não se qualificavam como fundamentais, pois foram outorgados pela autoridade real, em contexto de clara desigualdade social e econômica, conferindo direitos apenas a algumas castas, sem

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 382-383.

¹⁴ Segundo Bobbio, “a liberdade pessoal é, historicamente, o primeiro dos direitos a ser reclamado pelos súditos de um Estado e a obter proteção, o que ocorre desde a *Magna Charta*, considerada geralmente como o antepassado dos *Bill of Rights*” (BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 123).

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 41.

¹⁶ “O senhor se reservava sempre o direito de alta justiça e contentava-se às vezes, em suas cartas de franquia, em conceder garantias aos cidadãos, que não podiam ser detidos se apresentassem uma garantia ou uma caução, não podiam ser levados perante um tribunal sem uma queixa apresentada por uma pessoa privada, salvo pelos crimes que eram da alçada da alta justiça. [...] O essencial para a comunidade urbana, com efeito, é a concessão pelo senhor, quase sempre sob a forma de um foral, de privilégios geralmente designados pelo termo franquias, às vezes por liberdades, que é equivalente, e mais raramente por burguesia, que se refere à qualidade dos beneficiários do foral. O documento concedido pode também apresentar-se sob a forma de costumes abrangendo as mesmas realidades. [...] Essencialmente, a liberdade na Idade Média opõe-se ao arbítrio de um superior, o homem medieval julga-se livre na medida em que as obrigações impostas a ele são objeto de uma definição contratual ou legal que vem substituir sua determinação unilateral e arbitrária por aquele que detém o poder e de quem ele depende. Ser livre é poder discutir os limites de sua submissão, ter um estatuto definido que especifique direitos e deveres. Os forais atendiam às reivindicações e características da comunidade urbana acima definidas, mas, antes de tomar alguns exemplos insistamos em dois aspectos essenciais dessas cartas: os privilégios econômicos e a instituição de um conselho eleito” (GOFF, Jacques Le – **O Apogeu da Cidade Medieval**. p. 57-60).

¹⁷ “Os foros ou costumes remontam ao tempo em que algumas vilas pertenceram aos reis de Leão e Castela antes de serem integrados no território do reino de Portugal. São textos de grande valor linguístico que, a par do seu valor histórico e jurídico, têm as compilações medievais de direito consuetudinário municipal a que chamamos Foros ou Costumes (*Fueros extensos*, segundo a terminologia espanhola). Ao longo dos séculos XII e XIII, os forais tiveram um papel primordial no processo de formação de Portugal no incentivo ao povoamento e ao desenvolvimento económico. Neles se estabeleceram as condições de fixação das populações num determinado território através de um conjunto de disposições legais relativas quer ao direito processual, quer administrativo, fiscal, penal, privado e militar. Os forais foram, na maioria das vezes, outorgados pelo rei, mas também o podiam ser por um senhor laico ou eclesiástico ou ainda por uma instituição religiosa” (DIREÇÃO Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas Fundação Casa de Bragança – **O foral novo: registros que contam histórias**).

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 41. “Como leciona Vieira de Andrade, referindo-se, a título de exemplo, à *Magna Charta*, esses pactos se caracterizavam ‘pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam’” (ANDRADE apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 41).

beneficiar a maior parte da população. Ou seja, não se tratavam, ainda, de direitos fundamentais (cuja noção está ligada à tutela de todos), mas de meros direitos estamentais¹⁹.

A Reforma Protestante também teve grande importância na evolução que culminou com o surgimento dos direitos fundamentais, ao envolver a reivindicação e o gradual reconhecimento da liberdade religiosa em países europeus²⁰, por meio, por exemplo, dos seguintes atos: Édito de Nantes, promulgado por Henrique IV da França, em 1598, e depois revogado por Luís XIV, em 1685; documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburg, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648; o *Toleration Act* da colônia americana de Maryland (1649) e seu similar da colônia de Rhode Island, de 1663²¹.

Afinal, a Reforma Protestante e as consequências dela decorrentes conduziram à laicização da doutrina do direito natural e à elaboração teórica do individualismo liberal, sendo que “o entrelaçamento e a interação destas duas diretrizes – a secularização do direito natural e a individualização dos privilégios estamentais – [...] propiciaram a formação das garantias dos direitos fundamentais”²².

Apesar de sua importância, esses documentos concessivos de liberdades religiosas ainda não lhes conferiam o status de direitos fundamentais, pois continuavam sujeitos ao arbítrio do monarca, que poderia subtraí-los a qualquer momento²³.

1.1.2 Fase intermediária dos direitos fundamentais

A fase intermediária dos direitos fundamentais corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e dos direitos naturais do homem, especialmente a partir do Século XVI²⁴.

Ainda durante a Idade Média, na pré-história dos direitos fundamentais, já havia se iniciado o desenvolvimento da ideia (filosófico e religioso) de que existem postulados de caráter suprapositivo aptos a orientar e limitar o poder, a fim de legitimar o seu exercício²⁵.

A título de exemplo, pode-se citar a doutrina de Santo Tomás de Aquino, para quem, a par da concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, existiam duas ordens distintas: o direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e o direito

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 41.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 383; MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 24-25.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 42.

²² Idem – **Ibidem**.

²³ Idem – **Ibidem**.

²⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 38.

²⁵ Idem – **Ibidem**.

positivo, que poderia ser objeto de resistência pela população em casos extremos de desobediência ao direito natural pelos governantes. O pensamento tomista também reconhecia a dignidade da pessoa humana como valor fundamental²⁶.

Baseado nessa doutrina, Pico della Mirandola sustentou “que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade do ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem”²⁷.

Contudo, foi a partir do Século XVI que a doutrina jusnaturalista se desenvolveu com maior intensidade, especialmente por meio das teorias contratualistas e da laicização do direito natural²⁸.

A esse respeito, Sarlet cita, exemplificativamente: “os teólogos espanhóis do século XVI (Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vásques), que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e da dignidade humana”; o jusfilósofo alemão “Hugo Donellus, que, já em 1589, ensinava seus discípulos, em Nuremberg, que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem”; o jusfilósofo alemão “Johannes Althusius, que, no início do século XVII (1603), defendeu a ideia da igualdade humana e da soberania popular, professando que os homens estariam submetidos à autoridade apenas à medida que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação”; o holandês H. Grócio (1583-1645), o alemão Samuel Pufendorf (1632-1694) e os ingleses John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679), que, no Século XVII, defenderam a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural; o juiz e parlamentar Lord Edward Coke (1552-1634), que “sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade”; John Locke (1632-1704), que reconheceu “aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder²⁹, este, por sua vez, baseado no contrato social”; “Rousseau (1712-1778), na França, Tomas Paine (1737-1809), na América, e [...] Kant (1724-1804), na

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 38.

²⁷ MIRANDOLA apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 38.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 383-384; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 39.

²⁹ Mas, como ressalta Sarlet, “para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo” (Idem – **Op. Cit.** p. 40).

Alemanha (Prússia), que, no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou com o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra popularizou a expressão ‘direitos do homem’ no lugar de ‘direitos naturais’”³⁰.

Paralelamente ao desenvolvimento dessas ideias, começaram a surgir declarações de direitos, das quais são exemplos as declarações de direitos inglesas do Século XVII, entre elas “a *Petition of Rights*, de 1628, [...] o *Habeas Corpus Act*, de 1679, [...] e o *Bill of Rights*, de 1689, [...] o *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo”³¹.

Segundo Sarlet, esses documentos teriam surgido como enunciações gerais do direito costumeiro, resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa, reconhecendo a todos os cidadãos ingleses (e não mais apenas a alguns estamentos e corporações) direitos e liberdades, como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias, o habeas corpus, o direito de petição e uma certa liberdade de expressão³².

No entanto, apesar da importância, essas declarações de direitos inglesas ainda não contemplavam direitos fundamentais no sentido atualmente conferido à expressão, porque, embora limitassem o poder monárquico, não vinculavam o Parlamento, não gozando, assim, de supremacia e estabilidade³³.

1.1.3 Fase da constitucionalização dos direitos fundamentais

A terceira fase de desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais (fase da constitucionalização) teve início em 1776 com as primeiras declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Afinal, segundo Dimoulis e Martins, somente se pode falar em direitos fundamentais, na sua concepção atual, caso coexistam três elementos. O primeiro deles é o Estado, pois sem sua existência a proclamação de direitos fundamentais careceria de relevância prática. É que, sem o Estado, tais direitos não poderiam ser garantidos nem cumpridos, além de perderem sua

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 39-40.

³¹ Idem – **Op. Cit.** p. 42-43.

³² Idem - **Ibidem**.

³³ Idem – **Op. Cit.** p. 43.

função precípua, que é a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo³⁴. O segundo elemento é o indivíduo, como tal considerado o ser humano enquanto sujeito de direito, e não apenas como membro de grandes ou pequenas coletividades (família, clã, aldeia, feudo, reino) às quais esteja subordinado e privado de direitos próprios. O terceiro elemento é o texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos, ou seja, Constituição em sentido formal³⁵, com validade em todo o território nacional e supremacia quanto às demais normas jurídicas³⁶.

De acordo com os mesmos autores, essas três condições se apresentaram conjuntamente apenas na segunda metade do Século XVIII, período no qual surgiram Declarações de Direitos dos dois lados do Oceano Atlântico³⁷.

Pouco antes da Declaração de Independência das treze ex-colônias inglesas na América do Norte, proclamou-se no Estado da Virgínia, em junho de 1776, uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), reconhecendo direitos³⁸ como à vida, liberdade, autonomia, propriedade, livre atividade econômica, liberdade de religião, liberdade de imprensa e proteção contra a repressão penal³⁹.

Posteriormente, os demais Estados norte-americanos fizeram declarações semelhantes, com a ressalva de que a Constituição Federal da Filadélfia não compreendia, em sua versão

³⁴ Ao se referirem ao Estado como condição básica para justificar a existência dos direitos fundamentais, tais autores fazem alusão ao Estado moderno, cujo surgimento está relacionado às reflexões político-filosóficas do Século XVII acerca da estratificação e fragmentação medieval do poder político (Estado “Leviatã” de Thomas Hobbes).

³⁵ Como se verá adiante, atualmente a fundamentalidade nem sempre reclama reconhecimento do direito em uma Constituição formal (fundamentalidade material).

³⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 10-12.

³⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 12.

³⁸ Confira-se o teor de alguns direitos reconhecidos pelo *Bill of Rights* de 1776: “[...] todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. [...] em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares. [...] Não serão exigidas fianças ou multas excessivas, nem infligir-se-ão castigos cruéis ou inusitados. [...] os autos judiciais gerais em que se mande a um funcionário ou oficial de justiça o registro de lugares suspeitos, sem provas da prática de um fato, ou a detenção de uma pessoa ou pessoas sem identificá-las pelo nome, ou cujo delito não seja claramente especificado e não se demonstre com provas, são cruéis e opressores e não devem ser concedidos. [...] a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos. [...] a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; consequentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo” (**DECLARAÇÃO de direitos do bom povo de Virgínia – 1776**).

³⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 12.

inicial de 1787, uma declaração de direitos, tendo essa lacuna sido preenchida em 15 de dezembro de 1891, com a ratificação das dez primeiras Emendas à Constituição Federal⁴⁰.

Praticamente no mesmo período, adotou-se na França, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com várias semelhanças relativamente às declarações da América do Norte, a exemplo do reconhecimento de direitos⁴¹ como liberdade, igualdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, liberdade de religião, liberdade de pensamento e garantias contra a repressão penal⁴².

Tanto as declarações americanas como a declaração francesa tinham clara inspiração jusnaturalista⁴³, reconhecendo direitos naturais a todos os seres humanos, e não apenas a algumas castas⁴⁴.

Tais declarações também tinham uma concepção mais voltada à liberdade, como contraposição ao poder absoluto dos Estados⁴⁵, consagrando a ótica contratualista liberal da

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 12.

⁴¹ Confirma-se o teor de alguns direitos reconhecidos pela Declaração de 1789: “[...] Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. [...] Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada. Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei. [...] Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização” (**DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789**).

⁴² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 12-13.

⁴³ Trecho da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776: “[...] todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos [...]” (**DECLARAÇÃO de direitos do bom povo de Virgínia – 1776**). Trecho da Declaração de Direitos francesa de 1789: “[...] declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem [...]”. Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. [...] Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos [...]” (**DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789**).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 44.

época, “pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão”⁴⁶.

Apesar da cronologia, houve influência recíproca entre os movimentos americano e francês de proclamação de direitos fundamentais. Com efeito, os documentos americanos anteriores influenciaram a Declaração francesa, inclusive mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789.

De igual modo, a doutrina iluminista francesa, especialmente de Rousseau e Montesquieu, induziu à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes⁴⁷.

Mas existem diferenças relevantes entre tais documentos. A Declaração francesa de 1789, diferentemente do *Bill of Rights* de 1776, conferiu expressamente ao legislador a possibilidade de fixar limites para a maioria dos direitos nela reconhecidos⁴⁸.

Além disso, ela foi incorporada apenas posteriormente ao preâmbulo da Constituição francesa de 1791 e outras posteriores (técnica da remissão), sendo que, por muito tempo, os direitos nela contemplados não vinculavam o Parlamento, à míngua de um sistema eficaz de controle de constitucionalidade das leis⁴⁹.

Já a supremacia dos direitos reconhecidos pelas Declarações norte-americanas foi reforçada quando a Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1803, “decidiu que o texto da Constituição Federal é superior a qualquer outro dispositivo legal ainda que criado pelo legislador federal (caso *Marbury vs. Madison*)”⁵⁰.

Outra diferença importante é que a Declaração francesa tem maior conteúdo democrático e social, como resultado de um processo revolucionário que fundamentou a

⁴⁵ Bobbio escreveu o seguinte comentário acerca da Declaração francesa de 1789: “A liberdade pessoal é, historicamente, o primeiro dos direitos a ser reclamado pelos súditos de um Estado e a obter proteção, o que ocorre desde a *Magna Charta*, considerada geralmente como o antepassado dos *Bill of Rights*. Mas é preciso distinguir entre a liberdade pessoal e os outros direitos naturais: a primeira é o fundamento do Estado de direito, que se baseia no princípio da ‘*rule of law*’, ao passo que os segundos são o pressuposto do Estado liberal, ou seja, do Estado limitado. O alvo da primeira é o poder arbitrário; o da segunda, o poder absoluto. O fato de que o poder tenda a ser arbitrário quando se amplia o seu caráter absoluto não significa que um e outro ponham o mesmo problema quando se trata de escolher os meios para combatê-los. O reconhecimento gradual das liberdades civis, para não falar da liberdade política, é uma conquista posterior à proteção da liberdade pessoal. Quando muito, pode-se dizer que a proteção da liberdade pessoal veio depois do direito de propriedade. A esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa [...]” (BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 123).

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 217.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 44.

⁴⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 13.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 44.

⁵⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 13.

necessidade de uma nova Constituição, fazendo transparecer a preocupação com o social e com o princípio da igualdade⁵¹.

De sua parte, as Declarações americanas têm caráter mais pragmático, pois influenciadas em sentimento revolucionário baseado na busca pela independência⁵².

Nesse contexto, Bonavides afirma que, embora as declarações americanas ganhassem em concretude (aspecto pragmático), a Declaração francesa de 1789 ganhava em abrangência, pois, diferentemente das primeiras, tinha por destinatário o gênero humano, e não apenas um povo ou uma sociedade que se libertava politicamente⁵³.

Conquanto a doutrina divirja acerca da paternidade dos direitos fundamentais em sua concepção atual, o certo é que a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 antecedeu a Declaração de Direitos francesa de 1789, incorporando direitos e liberdades já reconhecidos pelas declarações inglesas do Século XVII, mas, agora, com características de universalidade e supremacia normativa, vinculativa para todos os poderes públicos, posteriormente reforçada pela garantia de justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade⁵⁴.

Assim, a Declaração de 1776 marcou a transição dos direitos de liberdade legais para os direitos fundamentais constitucionais, ainda que esse “status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791”⁵⁵.

De todo modo, tanto as Declarações americanas como a Declaração francesa foram decisivas para a positivação dos direitos e liberdades fundamentais nas Constituições que lhes seguiram⁵⁶, possibilitando que eles fossem, cada vez mais, reconhecidos como fundamento da ordem estatal-constitucional em praticamente todo o mundo, com observância obrigatória por todos os poderes públicos (supremacia ou prevalência dos direitos fundamentais)⁵⁷.

Assim, tais declarações tiveram importância indiscutível para a afirmação do próprio Estado de direito⁵⁸.

⁵¹ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 43-44).

⁵² Idem – **Op. Cit.** p. 44.

⁵³ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 576.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 43.

⁵⁵ Idem – **Ibidem**.

⁵⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 44-45.

⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 20.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 49.

1.1.4 Internacionalização dos direitos fundamentais: qualificação como direitos humanos

Após a constitucionalização dos direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados, passou-se a uma nova etapa de reconhecimento e proteção desses direitos pela comunidade internacional⁵⁹, quando passaram a se qualificar, sob esse enfoque, como direitos humanos⁶⁰.

Os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos são o Direito Humanitário⁶¹, a Liga das Nações⁶² e a Organização Internacional do Trabalho⁶³, pois,

⁵⁹ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 49.

⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 28.

⁶¹ Direito Humanitário é aquele aplicável em caso de guerra, estabelecendo limitações à atuação estatal e assegurando observância a direitos fundamentais, enfim, regulando o emprego da violência no âmbito internacional, em prol de militares postos fora de combate (feridos, doentes, prisioneiros etc.) e de populações civis. Foi a primeira expressão de que há limites à liberdade e à autonomia estatal no plano internacional (limitação à soberania em prol da dignidade humana) (PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 189-190). Sobre o assunto, constam as seguintes informações históricas no site do CICV: “Antes da década de 1860, as regras da guerra eram decretadas por governantes e comandantes ou acordadas entre os beligerantes para satisfazer as necessidades ou conveniências contemporâneas. [...] A primeira tentativa de reunir as leis e os costumes de guerra existentes em um documento e impô-los a um exército durante uma batalha foi o ‘Código Lieber’ (1863). Este código tinha como objetivo somente os soldados da União que lutavam na Guerra Civil Americana e, como tal, não tinha status de tratado. No ano seguinte, devido à insistência do CICV (fundado em 1863), os Estados acordaram em assinar a Convenção de Genebra, um conjunto de artigos que estabeleciam regras designadas para assegurar que todos os soldados feridos no campo de batalha - independente do lado em que lutavam - recebessem cuidados sem distinção. A Convenção também estabelecia a neutralidade do pessoal médico e adotava um único emblema neutro para proteger a eles e às instalações médicas que tratam os feridos. [...] À medida que o papel do CICV evoluía, e o levava a estar em contato direto e constante com a realidade da guerra, os governos cederam aos pedidos de ampliação do alcance do Direito, que aos poucos passou a cobrir as guerras no mar, os prisioneiros de guerra e os civis. O escopo da Convenção de Genebra refletia as preocupações do próprio CICV, que se centravam nas necessidades das vítimas da guerra. Mas no final do século XIX, em um fluxo de lei separado, os governos começaram a introduzir regras internacionais (as Convenções de Haia) que regem a maneira como as guerras eram conduzidas. No final da Primeira Guerra Mundial, o CICV apelou para o fim do uso da guerra química. As discussões que seguiram levaram a adoção de um tratado (1925) que declarava ilegal o uso de armas químicas – um conjunto de regras ainda em vigor. Os esforços intensivos do CICV, após a Primeira Guerra Mundial, para ampliar a proteção das vítimas de guerra, resultaram em uma nova Convenção de Genebra que abrangia os prisioneiros de guerra, em 1929. Mas a organização não conseguiu persuadir os governos a adotarem um tratado que protegesse os civis até a eclosão da Segunda Guerra Mundial, desta maneira deixando dezenas de milhões de pessoas sem proteção específica. [...] O avanço nessa área veio após a guerra, quando os governos adotaram as quatro Convenções de Genebra de 1949. As Convenções existentes foram reescritas e uma quarta foi adotada, para a proteção de civis que se encontrassem sob o poder dos inimigos. Em 1977, depois de muito trabalho preliminar e da persuasão do CICV, os governos adotaram os Protocolos I e II adicionais às Convenções de Genebra, que combinam elementos das leis de Haia e de Genebra. Entre as principais novidades, os Protocolos incluíam disposições para proteger os civis contra os efeitos das hostilidades – por exemplo, ao banir os ataques que pudessem ferir os civis indiscriminadamente. O Protocolo I lida com conflitos armados internacionais, enquanto o Protocolo II lida com conflitos de natureza não internacional. As Convenções de Genebra de 1949 foram adotadas por todos os países no mundo; os Protocolos têm uma aceitação muito ampla e suas disposições são consideradas Direito Consuetudinário” (COMITÊ Internacional da Cruz Vermelha - **O desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário moderno**).

⁶² A Liga ou Sociedade das Nações – criada após a Primeira Guerra Mundial - se destinava a promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a liberdade política dos seus membros e estabelecendo sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. A Convenção da Liga das Nações também contém disposições sobre o direito do trabalho, objetivando resguardar condições justas e dignas de

a partir deles, viabilizou-se que aqueles direitos, até então assegurados apenas no âmbito interno de cada Estado, passassem a ser admitidos como questão de legítimo interesse internacional e, conseqüentemente, que o indivíduo passasse a ser considerado como sujeito de Direito Internacional, marcando o fim de uma fase “em que o Direito Internacional era, salvo exceções, confinado a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental”⁶⁴.

trabalho, enfim, tutelando em alguma medida a dignidade humana e restringindo a noção de soberania absoluta do Estado (PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 190-191). A esse respeito, confira-se o teor do preâmbulo e de alguns dispositivos do Pacto da Sociedade das Nações: “[...] Considerando que, para desenvolver a cooperação entre as Nações e para lhes garantir a paz e a segurança, importa: aceitar certas obrigações de não recorrer à guerra; manter claramente relações internacionais fundadas sobre a justiça e a honra; observar rigorosamente as prescrições do Direito Internacional, reconhecidas de ora em diante como regra de conduta efectiva dos Governos; fazer reinar a justiça e respeitar escrupulosamente todas as obrigações dos Tratados nas relações mútuas dos povos organizados; [...] Art.22. [...] O grau de desenvolvimento em que se encontram outros povos, especialmente os da África Central, exige que o mandatário assuma o governo do território em condições que, com a proibição de abusos, tais como o tráfico de escravos, o comércio de armas e álcool, garantam a liberdade de consciência e de religião, sem outras restrições, além das que pode impor a manutenção da ordem pública e dos bons costumes, e a interdição de estabelecer fortificações, bases militares ou navais e de dar aos indígenas instrução militar, a não ser para a polícia ou a defesa do território, e assegurem aos outros membros da Sociedade condições de igualdade para trocas e comércio. [...] Art.23. Sob a reserva e em conformidade com às disposições das Convenções internacionais actualmente existentes ou que serão ulteriormente concluídas, os membros da Sociedade: 1. esforçar-se-ão por assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, a mulher e a criança nos seus próprios territórios, assim como em todos os países aos quais se estendam suas relações de comércio e indústria e, com esse fim, por fundar e sustentar as organizações internacionais necessárias; 2. comprometem-se a garantir o tratamento equitativo das populações indígenas dos territórios submetidos à sua administração; 2. encarregam a Sociedade da fiscalização geral dos acordos relativos ao tráfico de mulheres e crianças, ao comércio do ópio e de outras drogas nocivas; 3. encarregam a Sociedade da fiscalização geral do comércio de armas e munições com o país em que a fiscalização desse comércio é indispensável ao interesse comum; 4. tomarão às disposições necessárias para assegurar a garantia e manutenção da liberdade do comércio e de trânsito, assim com equitativo tratamento comercial a todos os membros da Sociedade, ficando entendido que as necessidades especiais das regiões devastadas durante a guerra de 1914 a 1918 deverão ser tomadas em consideração; 5. esforçar-se-ão por tomar medidas de ordem internacional afim de prevenir e combater moléstias.” (**PACTO da Sociedade das Nações.**)

⁶³ A OIT – criada em 1919, após a Primeira Guerra Mundial - também colaborou para a internacionalização dos direitos humanos, tendo por finalidade promover padrões internacionais de condições dignas e justas de trabalho e bem-estar. A OIT adotou quase duas centenas de Convenções Internacionais do Trabalho e duas centenas de Recomendações sobre diversos temas, como emprego, proteção social, recursos humanos, saúde e segurança no trabalho e trabalho marítimo (PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 191; ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **OIT: Organização Internacional do Trabalho**). Em 1998, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, estabelecendo “quatro princípios fundamentais a que todos os membros da OIT estão sujeitos: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação no emprego ou na ocupação. Frente aos desafios da globalização e dos déficits das políticas em matéria de crescimento e emprego, a OIT instituiu o Trabalho Decente como o objetivo central de todas as suas políticas e programas. A noção de Trabalho Decente abrange a promoção de oportunidades para mulheres e homens do mundo para conseguir um trabalho produtivo, adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança e capaz de garantir uma vida digna. O Trabalho Decente é o eixo central para onde convergem os quatro objetivos estratégicos da OIT: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho; b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) fortalecimento do diálogo social” (ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **OIT: Organização Internacional do Trabalho**).

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 189-193.

Rompeu-se também a noção de soberania nacional absoluta, ao admitir intervenções no plano nacional para proteger direitos humanos e ao mudar o paradigma de que “a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado do Estado”⁶⁵.

Mas foi somente após o fim da Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades nela cometidas durante o nazismo⁶⁶, que a tutela internacional dos direitos humanos se consolidou⁶⁷, “envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”⁶⁸.

Nessa perspectiva, e para não permitir que um Estado, no exercício de sua soberania, exercesse poderes absolutos em detrimento da dignidade humana no âmbito de seu território e inclusive quanto aos seus cidadãos, passou-se a reconhecer que os direitos humanos constituem problema de direito internacional⁶⁹, o que culminou com a criação das Nações Unidas em 1945⁷⁰, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU em 1948⁷¹ e, conseqüentemente, com a colocação dos direitos humanos como preocupação central das instituições internacionais⁷².

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 193-194.

⁶⁶ Diante da constatação de que, especialmente na Era Hitler, o ser humano se tornou supérfluo e descartável, não tendo mais sequer o direito de ter direitos (ser sujeito de direitos), sentiu-se a necessidade de se restaurar os direitos humanos, “como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. [...] Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução” (PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 196).

⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 28; PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 195-196.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 49.

⁶⁹ “[...] todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente os Estados soberanos. Desse modo, o direito das gentes foi transformado em direito das gentes e dos indivíduos [...]”, fazendo surgir o que Bobbio denominou de “cidadania mundial” (BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 103 e 128). No mesmo sentido, Cassin leciona que, ao atribuir a denominação de “universal” à Declaração de 1948, a comunidade internacional reconheceu que “o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do Direito das Gentes” (CASSIN apud PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 216).

⁷⁰ A Carta das Nações Unidas de 1945 estabelece, entre seus propósitos, o de “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **A Carta das Nações Unidas**).

⁷¹ Segundo o site da ONU, “a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos” (ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**). Os direitos reconhecidos na Declaração de 1948 e os direitos humanos de modo geral têm as seguintes características: amplitude, pois incluem um conjunto de direitos e faculdades indispensáveis para que o ser humano possa desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual; universalidade, visto que são aplicáveis a todas as pessoas de todas as nacionalidades, raças, religiões e sexos, independentemente do regime político do território onde se encontrem; indivisibilidade, por haver conjugação dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, combinando o valor da liberdade com o valor da igualdade; inter-relação e interdependência desses direitos, especialmente considerando que o resguardo de uns (direitos econômicos,

O Acordo de Londres de 1945 também constituiu marco importante nessa evolução histórica, ao convocar um Tribunal Militar Internacional para julgar líderes do partido e oficiais militares nazistas (Tribunal de Nuremberg, 1945-1946)⁷³, tendo sido essa a primeira vez que se “julgou um Estado responsável no âmbito internacional, legalmente e politicamente, pelo que ocorreu dentro de seu território, com seus próprios nacionais”⁷⁴.

A partir dessa mudança de paradigmas, representada pela internacionalização dos direitos humanos, passou-se a observar alguns fenômenos. Um deles é a considerável produção de normas e doutrina internacionais relativas à proteção dos direitos humanos, com ampliação do seu rol (multiplicação) e de seus titulares, garantindo-os a todas as pessoas, independentemente da nacionalidade e local de residência (universalização)⁷⁵.

Apesar disso, existem exceções a essa universalidade, especialmente diante do reconhecimento de direitos particulares a certas categorias de pessoas, por ainda demandarem uma tutela mais significativa em prol de valores como dignidade e igualdade substancial (p. ex.: mulheres, crianças, idosos, deficientes e minorias étnicas).

Outro fenômeno decorrente da aludida mudança de paradigmas é o aumento do interesse das organizações internacionais pelos direitos humanos, inclusive com a criação de organizações destinadas à sua proteção, e instituição de mecanismos internacionais de fiscalização e de responsabilização de Estados e indivíduos pela prática de violações a tais direitos, independentemente do acionamento de mecanismos de direito interno. Esse movimento envolve uma forte politização da matéria pela necessidade de realização de contínuos compromissos entre os Estados e os atores internacionais, com o objetivo de assegurar maior efetividade aos direitos humanos em âmbito internacional⁷⁶.

sociais e culturais) constitui pressuposto para dar sentido real, e não apenas formal, aos outros (direitos civis e políticos), e vice-versa, não havendo “mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade” (PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 215-222; **DECLARAÇÃO e Programa de Ação de Viena aprovada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos Viena – 1993**; **DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem**. In **Constituição da República Portuguesa**).

⁷² MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 42; PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 197.

⁷³ **CARTA de Londres, de 08 de agosto de 1945**; PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 198-199.

⁷⁴ STEINER apud PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 203.

⁷⁵ “[...] pode-se afirmar, em geral, que o desenvolvimento da teoria e da prática (mais da teoria do que da prática) dos direitos do homem ocorreu, a partir do final da guerra, essencialmente em duas direções: na direção de sua universalização e naquela de sua multiplicação” (BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 67).

⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 28-29.

Enfim, é longa a evolução histórica dos direitos fundamentais e humanos, que passaram a se caracterizar como “fundamentais” a partir de sua “constitucionalização”⁷⁷ e como “humanos” a partir de sua “internacionalização”⁷⁸, tendo sido objeto, nesse percurso, de ampliação subjetiva (titulares) e objetiva (conteúdo).

1.2 Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito e distinção

Embora comumente sejam utilizadas como sinônimas, as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” têm significados diferentes⁷⁹.

Sarlet alerta sobre a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive quanto ao significado e conteúdo de cada um desses termos⁸⁰.

Tal confusão conceitual e terminológica se justifica, ao menos em parte, pelo fato dessas categorias de direitos estarem fortemente relacionadas entre si, até mesmo pelo desenvolvimento histórico conjunto, além de haver extenso rol de direitos que, pelo seu conteúdo, integram ambas as categorias (fenômeno da duplicação⁸¹)⁸².

No entanto, conforme adverte Hohfeld, “em qualquer análise mais atenta de um problema, seja ele jurídico ou não, palavras camaleônicas são um risco tanto para a clareza de pensamento quanto para a lucidez na expressão”⁸³.

Impõe-se, pois, conceituar e distinguir as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, no mínimo para que se possa compreender os significados que serão atribuídos a elas neste trabalho de ora em diante.

Segundo Canotilho, considerando a origem e o significado das expressões, “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão

⁷⁷ Reconhecimento em normas internas, com validade em todo o território nacional e supremacia sobre as demais normas jurídicas.

⁷⁸ Reconhecimento com caráter universal e tutela (inclusive acima da soberania estatal) pela comunidade internacional.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 393; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 29.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 27.

⁸¹ “Praticamente todos os direitos humanos garantidos em âmbito internacional são reconhecidos pelo direito interno de forma mais completa, com menos reservas legais e dotados de maiores garantias. Basta comparar as normas internacionais e o direito brasileiro para perceber que esse último é muito completo, sendo a incidência do direito internacional limitada em pouquíssimos casos, em franca desproporção ao interesse que o tema encontra na recente doutrina brasileira” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 30).

⁸² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 30; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 32-33.

⁸³ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 45.

jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”⁸⁴. Como se vê, ele atribui um conteúdo de “direito natural” à expressão “direitos do homem”.

Todavia, a nosso ver com razão, Bobbio questiona essa concepção de direitos do homem, sustentando não haver como afirmar sua natureza absoluta, pelos motivos expostos a seguir.

Primeiro, porque é mal definível. A expressão direitos do homem é bastante vaga, possibilitando variadas interpretações do seu conteúdo conforme a ideologia do intérprete, impossibilitando elaborar uma categoria de direitos com contornos claros.

Segundo, porque é variável. Os direitos do homem variam historicamente, havendo direitos considerados absolutos no passado que foram sendo relativizados ao longo do tempo (ex.: direito de propriedade) e direitos sequer mencionados anteriormente e que foram incorporados nas atuais declarações (ex.: direitos sociais).

Terceiro, porque é uma classe heterogênea. Há direitos humanos de conteúdos bastante diversos e que, em algumas situações concretas, podem ser incompatíveis entre si. Além disso, há diferença de eficácia entre certos direitos do homem, na medida em que alguns poucos (ex.: não ser escravizado e não ser torturado) não podem ser limitados nem mesmo em casos excepcionais, valendo em qualquer situação e para todos indistintamente.

Quarto, porque admite antinomia. É possível a ocorrência de antinomia entre direitos humanos invocados pelas mesmas pessoas, até porque alguns consistem em liberdades e outros em poderes, sendo que, na medida em que os poderes aumentam, há redução da liberdade dos indivíduos⁸⁵.

Por outro lado, quanto aos direitos fundamentais, há autores que associam sua definição a elementos substanciais e formais, a exemplo de Carl Schmitt, segundo o qual os direitos fundamentais são “apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição”⁸⁶.

Alexy, contudo, sustenta ser mais conveniente vincular o conceito de direito fundamental “a um critério formal, relativo à forma de sua positivação”⁸⁷.

De fato, o critério formal é bastante útil quando se trata de direito fundamental constitucionalizado, mas nem sempre a fundamentalidade de um direito está associada a uma Constituição escrita, “como demonstra a tradição inglesa das *Common-Law-Liberties*”⁸⁸.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 393.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 17-22.

⁸⁶ SCHMITT apud ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 66.

⁸⁷ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 68.

Ademais, “há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais”⁸⁹.

Disso resulta que “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles”⁹⁰.

Portanto, impõe-se reconhecer que a fundamentalidade de um direito engloba duas dimensões: uma dimensão formal, normalmente associada à constitucionalização, da qual decorre a supremacia jurídica, a força obrigatória para todos os poderes públicos e, quase sempre, a maior dificuldade e, eventualmente, até impossibilidade de revisão; e uma dimensão material, ligada ao reconhecimento de que seu conteúdo é constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade, possibilitando a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais (cláusula aberta, não identificação, não tipicidade ou *fattispecie* aberta) não constitucionalizados, mas submetidos a alguns aspectos do regime da fundamentalidade formal⁹¹, a exemplo da eficácia supralegal e obrigatória para todos os poderes públicos⁹².

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 379.

⁸⁹ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 13.

⁹⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 11.

⁹¹ Vide, por exemplo, artigo 5.º, § 2.º, da CRFB e artigo 16.º, n.º 1, da CRP. Quanto a esse ponto, a seguinte advertência de Marnoco e Sousa relativamente à Constituição portuguesa merece reflexão: “as garantias que constam de outras leis são garantias ordinárias, mas não constitucionais. De duas uma: ou as garantias que constam de outras leis constituem matéria constitucional, mas nesse caso cai-se no absurdo de considerar como constitucionais garantias estabelecidas pelas leis ordinárias, tornando-se difícil a reforma dessas leis, ou tais garantias não constituem matéria constitucional e nesse caso não se pode explicar a referência que este artigo lhes faz, pois a constituição deve ocupar-se unicamente das garantias constitucionais” (MARNOCO e SOUSA apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 404). E, no caso brasileiro, Sarlet observa que “também a tradição (sem qualquer exceção) do nosso direito constitucional aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais, até mesmo pelo fato de nunca ter havido qualquer referência à lei nos dispositivos que consagraram a abertura de nosso catálogo de direitos” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 89). Não obstante essas ponderações, parece, a princípio, que as cláusulas abertas constantes do artigo 5.º, § 2.º, da CRFB e do artigo 16.º, n.º 1, da CRP, ao atribuírem o caráter de “fundamentalidade” a outros direitos nelas não expressamente previstos, outorgam-lhes estatuto materialmente constitucional, com supremacia sobre as demais normas infraconstitucionais (status supralegal) e observância obrigatória por todos os poderes públicos, inclusive o Legislativo, o que, de fato, tende a dificultar sua reforma (inteligência do artigo 60, § 4.º, inciso IV, da CRFB e do artigo 288.º, alínea “d”, da CRP). Do contrário, ficariam sem qualquer sentido prático as normas constantes do artigo 5.º, § 2.º, da CRFB e do artigo 16.º, n.º 1, da CRP. Ademais, é incorreto afirmar que a tradição brasileira não reconhece direitos materialmente fundamentais com base em legislação infraconstitucional. Com efeito, o STF, ao atribuir status normativo supralegal a tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (nos casos de ratificação com eficácia infraconstitucional), nada mais fez do que reconhecer o caráter materialmente fundamental dos direitos neles previstos (SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo HC 88240/SP – São Paulo, de 07 de outubro de 2008**. Relatora Ministra Ellen Gracie). Embora não adote esse entendimento, Sarlet admite não ser “de todo dezarrazoada uma interpretação de cunho extensivo que venha a admitir uma abertura do catálogo de direitos fundamentais também para posições jurídicas reveladas, expressamente, antes pela legislação infraconstitucional, já que, por vezes, é ao legislador ordinário que se pode atribuir o pioneirismo de recolher valores fundamentais para determinada sociedade e assegurá-los juridicamente, antes mesmo de uma constitucionalização” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 89).

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 378-379.

Diante dessas ponderações e da evolução histórica apresentada no subtítulo anterior, serão adotadas as seguintes definições neste trabalho⁹³: “direitos fundamentais” são os direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito interno de determinado Estado como constitutivos de sua estrutura básica, ostentando eficácia interna, supremacia normativa (geralmente constitucional e eventualmente apenas supralegal) e observância obrigatória por todos os poderes públicos; e “direitos humanos” são aqueles reconhecidos ao ser humano pelo direito internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, revelando caráter supranacional⁹⁴.

Apesar dessa diferença, é necessário reiterar que os direitos fundamentais e humanos estão intimamente relacionados, porquanto resultam de uma evolução histórica conjunta, inspirando-se as Constituições (na parte em que reconhecem direitos fundamentais) e os documentos de direitos internacional (na parte em que reconhecem direitos humanos) posteriores à Segunda Guerra Mundial na Declaração Universal de 1948. E essa ligação entre as duas categorias de direitos tem se tornado cada vez mais intensa, mediante um processo de aproximação e harmonização recíproca⁹⁵.

Se, por um lado, após a afirmação de direitos fundamentais no âmbito interno de cada Estado passou-se à sua internacionalização (surgindo, a partir disso, os “direitos humanos”), há, na atualidade, um movimento inverso, no qual direitos humanos reconhecidos pela ordem internacional passam a ser incorporados como direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados que ainda não os reconheciam⁹⁶.

Apenas a título de ilustração, a CRFB admite a internalização, com status constitucional (portanto, material e formalmente de “direito fundamental”), de direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais, desde que sejam aprovados em turnos e com quórum de votação semelhantes aos das emendas constitucionais (CRFB, artigo 5.º, § 3.º, e artigo 60, § 2.º).

⁹³ Há autores, como Sérgio Rezende de Barros, que rejeitam essa distinção e preferem utilizar a expressão “direitos humanos fundamentais” (BARROS apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 33).

⁹⁴ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 68-69; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo – **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 40-41; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 29-35.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 32-33.

⁹⁶ Confira-se nota interessante de Sarlet: “[...] em face do reconhecimento da prevalência normativa de pelo menos parte dos Tratados de Direitos Humanos (como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos) em relação ao direito interno dos Estados integrantes da Comunidade e da União Europeia, bem como diante da existência (pelo menos no âmbito regional europeu) de órgãos jurisdicionais supranacionais com competência para editar decisões vinculativas e dotadas de razoável margem de efetividade, já há quem sustente a fundamentalidade também em sentido formal dos Direitos Humanos nesta esfera” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 34).

Isso ocorreu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 20 de março de 2007, e aprovados pelo Parlamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2009⁹⁷.

Mesmo que não seja observado semelhante processo legislativo na aprovação, os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte são internalizados com status normativo supralegal⁹⁸ (CRFB, artigo 5.º, § 2.º), qualificando-se esses direitos como materialmente fundamentais.

Nesse ponto específico, a CRP apresenta diretriz semelhante, ao dispor que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional” (CRP, artigo 16.º, n.º 1).

Canotilho se refere expressamente a esse dispositivo da Constituição portuguesa, ao tratar da fundamentalidade material e da abertura da Constituição a outros direitos fundamentais, mas não constitucionalizados.

E, embora afirme haver duas correntes básicas acerca da posição hierárquica do direito internacional convencional no sistema português das fontes de direito (uma que lhe atribui valor infraconstitucional, mas supralegislativo; outra que lhe confere paridade hierárquico-normativa com os atos legislativos internos, ou seja, de legislação ordinária), sustenta acertadamente que deve ser conferido caráter supralegislativo às convenções internacionais de conteúdo materialmente constitucional, a exemplo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹⁹.

⁹⁷ DECRETO Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008. In **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**.

⁹⁸ Sobre o assunto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que aos “diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação” (SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo HC 88240/SP – São Paulo, de 07 de outubro de 2008**. Relatora Ministra Ellen Gracie). Óbvio que tal precedente se refere apenas aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Brasil mediante o procedimento comum para tanto (CRFB, artigo 5.º, § 2.º), e não com observância de turnos e quóruns de votação semelhantes aos de emendas constitucionais, cuja eficácia é equivalente à destas (CRFB, artigo 5.º, § 3.º). Esse é o entendimento adotado no presente trabalho, especialmente considerando que não faria nenhum sentido a Constituição brasileira atribuir expressamente o status de emendas constitucionais apenas aos tratados de direitos humanos aprovados de forma diferenciada, caso quisesse internalizar todos com hierarquia constitucional. Advirta-se, contudo, para fins de mero registro, haver quatro correntes principais sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no âmbito do direito brasileiro: hierarquia supraconstitucional de tais tratados; hierarquia constitucional; hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; paridade entre tratado e lei federal (PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 137).

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 379 e 821.

Pode-se questionar acerca da utilidade dessa internalização, no âmbito de determinados Estados, de direitos humanos já reconhecidos pela ordem internacional.

Mas isso se justifica pelo fato de que, por enquanto, são os direitos fundamentais “que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos”¹⁰⁰.

1.3 Fundamentos e natureza dos direitos humanos e dos direitos fundamentais

Não é de hoje que há intensa polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos e fundamentais, havendo quem lhes atribua o caráter de direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral¹⁰¹.

Canotilho, por exemplo, sustenta que os direitos do homem são inerentes à natureza humana e, por isso, invioláveis, intemporais e universais (direitos naturais e inatos), ao passo que os direitos fundamentais dependem de previsão objetiva numa determinada ordem jurídica (direitos positivos)¹⁰².

Como já mencionado, a concepção jusnaturalista dos direitos humanos e dos direitos fundamentais merece severas críticas, entre elas a constatação de que seu rol tem variado sensivelmente ao longo do tempo, fazendo com que direitos anteriormente assim qualificados fossem relativizados (ex.: propriedade) e que outros fossem reconhecidos (ex.: direitos sociais), sem que houvesse mudança na essência da natureza humana¹⁰³.

Logo, tendo inclusive por base a evolução histórica acima apresentada, deve ser reconhecida a historicidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, qualificando-os como uma invenção humana, “em constante processo de construção e reconstrução”¹⁰⁴.

Ademais, partindo dos conceitos apresentados no tópico anterior, é também importante o aspecto da positivação interna (geralmente pela Constituição) para a caracterização dos “direitos fundamentais” e externa (por documentos de direito internacional) para a caracterização dos “direitos humanos”, ao menos em sua concepção atual.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 33-34.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 187.

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 393.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 17-22.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 187.

Por isso, é preferível atribuir aos direitos humanos e aos direitos fundamentais a natureza de direitos históricos positivados.

Não há negar, entretanto, a importância da visão jusnaturalista no processo histórico de positivação interna dos direitos fundamentais e posterior internacionalização dos direitos humanos, pois, nas palavras de Bobbio, “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”¹⁰⁵.

Quanto ao fundamento, há íntima relação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos com a dignidade da pessoa humana¹⁰⁶, tanto que existe, na atualidade, uma ligação jurídico-positiva entre eles.

Aliás, pode-se afirmar que os primeiros (direitos fundamentais e direitos humanos) constituem um dos modos de efetivação da última (dignidade humana¹⁰⁷)¹⁰⁸, sendo esta, assim, seu principal fundamento.

Confirmando esse entendimento, e apenas para exemplificar, a dignidade da pessoa humana é afirmada como um dos pilares básicos dos seguintes diplomas de direito internacional que tutelam direitos humanos: DUDH (Preâmbulo), CADH (arts. 5.º, n.º 2, 6.º, n.º 2, e 11, n.º 1), CDFUE (Preâmbulo e artigo 1.º) e Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (artigo 2.º).

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 30.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 188-189.

¹⁰⁷ A dignidade da pessoa humana se trata de princípio relativamente aberto como os demais, “até porque a sua concretização se faz histórico-culturalmente” (MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 200). Esse princípio significa que “a pessoa é colocada como o fim supremo do Estado e do Direito” (GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional: Volume II**. p. 798-799), ou seja, que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. p. 68). Também exprime “a abertura da República à ideia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 225-226). O respeito a tal princípio assegura às pessoas “o direito de não ser vítimas da indignidade, de não ser tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de desrespeito” (DWORKIN, Ronald – **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. p. 334), bem como exige que se confira a elas condições de vida capazes de lhes assegurar liberdade e bem-estar (MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 210). Sob esse aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe “a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos”, tendo “como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém desse patamar” (SARLET, Ingo Wolfgang – Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 89).

¹⁰⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 194-195.

O mesmo ocorre, também exemplificativamente, nas CRFB (artigo 1º, inciso III) e CRP (artigo 1.º), as quais tutelam direitos fundamentais no âmbito interno dos respectivos Estados.

Pode-se, então, afirmar que os direitos fundamentais e os direitos humanos são “fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana”¹⁰⁹.

De todo modo, como bem observa Bobbio, diante das declarações de direitos humanos já enunciadas/ratificadas por diversas nações do mundo, não há mais tanto problema em fundamentar esses direitos.

Afinal, se eles foram reconhecidos por diversas nações, é porque existem fortes razões para reconhecê-los. Assim, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹¹⁰.

1.4 Gerações dos direitos humanos e fundamentais

Os direitos humanos e os direitos fundamentais, desde o seu surgimento, vêm sofrendo várias transformações quanto ao conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação, que guardam consonância com as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos¹¹¹.

Essa evolução tem passado por algumas fases, tradicionalmente denominadas “gerações”, que, apesar de sucessivas, refletem um processo cumulativo e qualitativo, de modo que uma nova geração de direitos não substitui as outras, mas com elas interage, num progressivo movimento de expansão, cumulação e fortalecimento¹¹².

Pode-se, portanto, afirmar que esse desenvolvimento não envolve alternância, mas, pelo contrário, tem características de cumulatividade e complementaridade, ensejando uma interpenetração mútua dos direitos das várias gerações, com necessidade de harmonia e concordância prática entre eles¹¹³.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 188.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 24-25.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 45.

¹¹² BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 32; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 45; BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 577; PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 221.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 45-46; MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 28. Ainda, a realidade demonstra que o ideal utópico de uma sociedade ao mesmo tempo livre (direitos de liberdade) e justa (direitos sociais) não é tão fácil de ser alcançado, ao menos em sua completude, pois, como adverte Bobbio, “as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres”

Justamente por isso vários autores questionam o uso da expressão “geração” para se referir ao fenômeno, muitos preferindo o termo “dimensão”¹¹⁴.

Há autores, como A. S. Romita, que também questionam o uso da expressão “dimensões” para esse fim, sob o fundamento de que ela “se refere a um significado e função distinta do mesmo direito, e não de um grupo de direitos”, preferindo utilizar as expressões “naipes” ou “famílias de direitos fundamentais”¹¹⁵.

Dimoulis e Martins igualmente questionam o uso das expressões “gerações” e “dimensões”, considerando mais adequados os termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais¹¹⁶.

Apesar dessa divergência quanto à melhor terminologia, será adotada neste trabalho a clássica nomenclatura “gerações”, pois, diversamente do que alguns sustentam, ela não envolve necessariamente a ideia de alternância, mas apenas de surgimento sucessivo de grupos de direitos (“gerações”), que podem (e devem) coexistir entre si (cumulatividade e complementaridade).

1.4.1 Primeira geração de direitos humanos e fundamentais

Num momento inicial da evolução histórica dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, foram afirmados os direitos de liberdade, com o objetivo de limitar o poder do

(BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 43). Em outros termos, quanto mais liberdade, menor intervenção do Estado para reduzir as desigualdades; quanto mais igualdade, menor liberdade para os cidadãos se autodeterminarem. Isso não quer dizer, contudo, que todos os direitos de igualdade reduzem direitos de liberdade nem que todos os direitos de liberdade reduzem direitos de igualdade. Afinal, no que o fornecimento gratuito de um medicamento ou de uma moradia pelo Estado (direito social) reduz a liberdade de quem quer que seja? No entanto, há outras situações, muito claras no que pertine à intervenção estatal na esfera econômica, que envolvem uma tensão entre liberdade e igualdade. A título de exemplo, pode-se referir a limitações impostas pelo Estado à liberdade contratual (dirigismo contratual) com o objetivo de assegurar a igualdade substancial entre os contratantes e, frequentemente, de favorecer a efetivação de alguns direitos sociais (ex.: ao trabalho, à moradia etc.). As leis que regulam a locação de imóveis residenciais, as relações de consumo e os contratos de trabalho costumam ser exemplos típicos dessa tensão entre a liberdade e a igualdade substancial, ao estabelecerem limites à liberdade de contratar com o objetivo de preservar a igualdade real em prol dos hipossuficientes. Esse, portanto, é um dos grandes desafios da tutela dos direitos humanos e fundamentais: equilibrar liberdade e justiça social.

¹¹⁴ Para Miranda, “o termo geração, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades” (MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 28). Preferem o termo “dimensão”: BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 586; CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 387; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 45-46.

¹¹⁵ ROMITA apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 45-46.

¹¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 24.

Estado e de reservar para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado¹¹⁷.

No momento seguinte, mas ainda nessa primeira fase de desenvolvimento¹¹⁸, foram reconhecidos os direitos políticos, partindo-se do pressuposto de que a liberdade não deve ser concebida apenas negativamente (não-impedimento), incluindo também uma dimensão positiva no sentido de autonomia, possibilitando “a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado)”¹¹⁹.

Esses direitos estão diretamente relacionados ao pensamento liberal-burguês dos Séculos XVIII e XIX¹²⁰, tendo cunho claramente individualista e marcadamente “negativo”, no sentido de que envolvem uma abstenção, exigindo dos outros, especialmente dos poderes públicos, o cumprimento de obrigações negativas¹²¹.

Segundo Sarlet, enquadram-se nessa primeira geração os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, sendo complementados pelas liberdades de expressão coletiva e pelos direitos de participação política, bem como por algumas garantias processuais, como o devido processo legal, o habeas corpus e o direito de petição. Constituem os chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, integram o catálogo de direitos fundamentais desde os primórdios do constitucionalismo ocidental, embora seu conteúdo e significado tenham sofrido algumas variações ao longo do tempo¹²².

Enfim, os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade (direitos civis e políticos), tendo por titulares os indivíduos, sendo oponíveis aos outros (especialmente ao Estado), traduzindo-se em faculdades e ostentando subjetividade, de modo que são comumente qualificados como direitos de resistência, de defesa ou de oposição perante o Estado¹²³.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 32.

¹¹⁸ Canotilho, contudo, alerta que alguns autores reconhecem que os direitos democráticos e de participação política constituiriam a segunda geração, não integrando a primeira. Com isso, as gerações seguintes seriam numericamente reposicionadas (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 386).

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 32-33.

¹²⁰ Segundo Miranda, “nos séculos XVIII e XIX dir-se-ia existir somente uma concepção de direitos fundamentais, a liberal. Não obstante as críticas – legitimistas, socialistas, católicas – era o liberalismo (então, cumulativamente, filosófico, político e económico) que prevalecia em todas as Constituições e declarações; e, não obstante a pluralidade de escolas jurídicas – jusnaturalista, positivista, histórica – era a ele que se reportavam, duma maneira ou doutra, as interpretações da liberdade individual” (MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 29).

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 46-47; BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 21.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 46-47.

¹²³ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 578.

Apesar disso, na atualidade, tais direitos de defesa podem reclamar uma conduta positiva por parte do Estado, como ocorre com determinados direitos de cunho procedimental, alguns direitos políticos e direitos que dependam de concretização legislativa¹²⁴.

Ademais, os aludidos direitos também ensejam para o Estado o dever de impedir ou fazer cessar condutas de terceiros que obstaculizem indevidamente o seu exercício.

1.4.2 Segunda geração de direitos humanos e fundamentais

Se os Séculos XVIII e XIX foram marcados, predominantemente, pela concepção liberal dos direitos fundamentais, a situação mudou no Século XX¹²⁵, especialmente pelo fato das correntes religiosas, culturais, filosóficas, ideológicas e políticas se interessarem pelos direitos do homem, demonstrando empenho na sua promoção e realização¹²⁶.

Esse fenômeno está relacionado ao impacto da industrialização e aos problemas sociais e econômicos que dela decorreram, envolvendo a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas¹²⁷ e ensejando a constatação de que o mero reconhecimento formal da liberdade e da igualdade não bastava, havendo necessidade de um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social¹²⁸.

Houve, na lição de Bobbio, um “amadurecimento de novas exigências – [...] de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal”¹²⁹.

Em tal contexto, foram afirmados os direitos da segunda geração, que incluem os direitos sociais, econômicos e culturais¹³⁰ e “podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social”¹³¹.

A segunda geração se caracteriza pelo reconhecimento de direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação e trabalho, envolvendo a ideia de igualdade material.

Também estão incluídas na segunda geração de direitos fundamentais as denominadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização e o direito de greve, bem como os

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 291.

¹²⁵ Segundo Sarlet, o movimento de reconhecimento dessa geração de direitos fundamentais iniciou de forma mais marcante no século XIX, culminando com seu reconhecimento de forma mais expressiva nas Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial (Idem – **Op. Cit.** p. 47).

¹²⁶ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 29

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 385.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 47.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 33.

¹³⁰ Idem - **Ibidem**; CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 385-386; PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 220.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 47-48.

direitos fundamentais dos trabalhadores, a exemplo do direito a férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo e limitação da jornada de trabalho¹³².

Os direitos da segunda geração, diferentemente da geração anterior, pressupõem atuação positiva do Legislativo e do Executivo, com o fim de implementar prestações destinadas à realização da igualdade material, mediante distribuição e redistribuição dos recursos materiais e imateriais existentes, bem como criação de bens essenciais não titularizados por todos que deles necessitam¹³³. São, na lição de José E. Faria, uma espécie de “direito discriminatório com propósitos compensatórios”¹³⁴.

Assim, a segunda geração de direitos fundamentais tem, originalmente, conteúdo predominantemente positivo¹³⁵, não cuidando mais “de liberdade do e perante o Estado”¹³⁶, e sim de “liberdade através ou por meio do Estado”¹³⁷.

No entanto, esses direitos sociais prestacionais também ostentam uma dimensão negativa, no sentido de que “a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito”¹³⁸.

1.4.3 Terceira geração de direitos humanos e fundamentais

A partir da década de 60 do Século XX, começaram a se cristalizar os direitos de solidariedade ou fraternidade¹³⁹, “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”¹⁴⁰.

Segundo Sarlet, essa geração de direitos fundamentais resulta de novas reivindicações decorrentes do impacto tecnológico, do estado crônico de beligerância e do processo de descolonização do segundo pós-guerra¹⁴¹.

Esses direitos têm por destinatário o gênero humano, e não mais um indivíduo, um grupo ou um Estado em particular, pressupondo dever de colaboração de todos os Estados e

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 47-48.

¹³³ Idem – **Op. Cit.** p. 291-292.

¹³⁴ FARIA apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 291.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 21.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 47.

¹³⁷ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 33.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 291.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 386.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 583.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 48.

caracterizando-se pela titularidade coletiva ou difusa¹⁴². Por isso, Canotilho os qualifica como “direitos dos povos”¹⁴³.

Integram essa categoria, por exemplo, os direitos ao desenvolvimento econômico (sustentável)¹⁴⁴, à paz¹⁴⁵, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁴⁶ e qualidade de vida, à fraternidade, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e de comunicação¹⁴⁷.

Muitos desses direitos ainda nem estão constitucionalizados, estando em fase de consagração no âmbito do direito internacional¹⁴⁸.

Como se pode perceber, as três primeiras gerações de direitos fundamentais e humanos guardam estreita relação com os três temas da Revolução Francesa: “a primeira geração se refere aos direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda geração aos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); e a terceira geração se refere aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*)”¹⁴⁹.

1.4.4 Novas gerações de direitos humanos e fundamentais

Como se viu até agora, o reconhecimento e a afirmação de direitos humanos e fundamentais é produto da evolução histórica, estando relacionados às transformações

¹⁴² BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 583-584; CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 386; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 48.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 386.

¹⁴⁴ Para Mbaya, “o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos”, sendo que “relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada” (MBAYA apud BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 584).

¹⁴⁵ Segundo Sarlet, a dimensão individual do direito à paz “não tem encontrado aceitação na doutrina, que se insurge contra a possibilidade de reconhecimento de um direito individual à paz, cuja titularidade pertenceria aos Estados, aos povos e à humanidade em seu todo. Por outro lado, não há como desconsiderar que também a preservação da paz assume transcendental relevância para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais do homem considerado na sua individualidade, já que é na guerra e em períodos de exceção que costumam ocorrer as maiores violações desses direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 54). Para Bonavides, entretanto, o direito à paz merece ser elevado a direito de quinta geração (ou dimensão), tendo em vista a sua grande relevância (“o direito à paz como supremo direito da Humanidade”) e o fato das gerações antecedentes compreenderem basicamente direitos individuais, direitos sociais, direitos ao desenvolvimento e direito à democracia (BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 594-609).

¹⁴⁶ Bobbio se refere ao “direito de viver num ambiente não poluído” (BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 6), o que, na atualidade, constitui apenas parte do conteúdo do direito ao meio ambiente equilibrado. A esse respeito, vide, exemplificativamente, o art. 225 da CRFB e o art. 66.º da CRP.

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 584 e 586; CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 386; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 22; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 48.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 48.

¹⁴⁹ WESTON apud PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** p. 220-221. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 55.

ocorridas na realidade social, política, cultural, econômica, técnica e científica ao longo dos tempos¹⁵⁰. E essas transformações não cessaram nem cessarão.

Consequentemente, têm surgido – e continuarão a surgir – novas necessidades e, vinculados a elas, novos direitos humanos e fundamentais¹⁵¹. Assim, muitos autores já reconhecem outras gerações desses direitos.

Bobbio, por exemplo, qualifica como direitos de quarta geração os relativos à pesquisa biológica envolvendo manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo¹⁵², havendo, ainda, quem inclua nesse rol o direito de morrer com dignidade e o direito à mudança de sexo¹⁵³.

Bonavides, por sua vez, inclui na quarta geração os direitos à democracia (direta), à informação e ao pluralismo, afirmando que “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”¹⁵⁴.

Nesse sentido, Dimoulis e Martins associam a quarta geração a direitos relacionados ao cosmopolitismo e à democracia universal¹⁵⁵.

Apesar disso, não parece totalmente justificada essa “inflação” na identificação de novas gerações de direitos humanos e fundamentais, porquanto os novos direitos, na sua maioria, se fundamentam essencialmente na dignidade da pessoa humana e “gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade)”¹⁵⁶.

Ademais, ao menos em relação aos poderes constituídos, os direitos humanos e fundamentais normalmente atuam de duas formas: para impedir os malefícios de tais poderes (dimensão negativa) ou para obter seus benefícios (dimensão positiva)¹⁵⁷.

Mesmo os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo, com uma feição cosmopolita e universal (que Bonavides sustenta integrarem a quarta geração), parecem se enquadrar nos direitos políticos objeto da primeira geração. Mas, agora, com uma feição

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 30-31.

¹⁵¹ Nessa linha, Bobbio afirma “que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor” (BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 6).

¹⁵² Idem - **Ibidem**.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 49-50.

¹⁵⁴ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. p. 586.

¹⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 22.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 50.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 6.

moderna compatível com os fenômenos da internacionalização dos direitos humanos e da globalização.

1.5 Relatividade e ponderação

Segundo Bobbio, somente se qualificam como absolutos aqueles direitos que são “válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção”. Daí porque, para ele, os direitos humanos e fundamentais, na ampla maioria, se qualificam como relativos¹⁵⁸.

Com efeito, “dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis”, porque a proteção incondicional de um tornaria o outro inoperante¹⁵⁹.

Importante observar que Kelsen já adotava esse relativismo, ao lecionar que a solução casuística de conflitos envolvendo valores antagônicos¹⁶⁰ inclui a adoção do princípio da tolerância, o qual enseja “a exigência de compreender com benevolência a visão religiosa ou política de outros, mesmo que não a compartilhem, e, exatamente porque não a compartilhamos, não impedir sua manifestação pacífica”. Mas esse princípio da tolerância não seria absoluto, devendo ser regulamentado pelo direito positivo, a fim de garantir a paz social¹⁶¹.

Ainda acerca da relatividade, Alexy, ao analisar a Constituição alemã, sustenta que a tensão entre princípios de direitos fundamentais (ou entre deveres deles resultantes) não pode ser solucionada com base numa precedência absoluta de um sobre o outro, pois não há relação de prioridade entre eles. Para tal autor, nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana seria absoluto, embora prevaleça com maior grau de certeza sobre outros princípios em várias circunstâncias¹⁶².

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 42. Bobbio reconhece alguns poucos direitos que não são suspensos em nenhuma circunstância, não são negados a nenhuma pessoa e não concorrem com quaisquer outros, mesmo que também se qualifiquem como fundamentais. A título de exemplo, cita os direitos de não ser escravizado e de não ser submetido a tortura (Idem – **Op. Cit.** p. 20). De fato, esses direitos não admitem derrogação segundo o artigo 15.º, n.º 2, da CEDH.

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 22 e 42.

¹⁶⁰ “Dentre os inúmeros exemplos, Kelsen destaca o direito a vida (ou, simplesmente, a vida), de sorte que se pode criar a proteção (‘Não matarás!’), ao mesmo tempo em que se podem criar valores opostos (‘Não matarás, salvo em caso de aborto!’ ou ‘Não matarás, salvo em caso de eutanásia!’ ou ‘Não matarás, salvo em caso de suicídio!’ ou ‘Não matarás, salvo em caso de legítima defesa!’)” (PIRES, Alex Sander Xavier – **Justiça na perspectiva kelseniana**. p. 37).

¹⁶¹ KELSEN apud PIRES, Alex Sander Xavier – **Justiça na perspectiva kelseniana**. p. 37.

¹⁶² ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 95 e 113-114.

Jorge Miranda, à luz da Constituição portuguesa, afirma que os direitos fundamentais, por serem precipuamente (mas não exclusivamente) direitos contra o Estado, são sempre relativos, “porquanto por virtude do princípio da universalidade não pressupõem uma certa e determinada relação entre dois sujeitos: são todas as pessoas dentro da comunidade jurídico-política, cada um por si, que está em relação com o Estado”¹⁶³

No Brasil, Dimoulis e Martins lecionam que “o constituinte brasileiro, seguindo uma prática geral, não desejou criar direitos ‘superiores’ ou ‘absolutos’. Todos são proclamados no mesmo texto, havendo equivalência normativa”¹⁶⁴.

De fato, a relatividade dos direitos é uma característica geral afirmada expressamente em diversos documentos de direito internacional e Constituições, conforme se verifica a seguir.

A CADH admite a aplicação de restrições a direitos nela previstos de acordo com leis promulgadas por motivo de interesse geral (artigo 30) e estabelece que os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática (artigo 32, n.º 2).

A CEDH admite a derrogação de obrigações nela previstas, com exceção de alguns direitos (artigo 15.º, n.º 2), em caso de guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação, na estrita medida em que o exigir a situação e desde que não esteja em contradição com outras obrigações decorrentes do direito internacional (artigo 15.º, n.º 1).

A CDFUE admite restrição ao exercício de direitos e liberdades nela contemplados, desde que esteja prevista em lei, respeite o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e, na observância do princípio da proporcionalidade, seja necessária e corresponda a objetivos de interesse geral ou a necessidade de proteção de direitos e liberdades de terceiros (artigo 52.º).

A CRP admite a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias fundamentais nela previstos, com algumas exceções importantes (artigo 19.º, n.º 6), em caso de estado de sítio ou de estado de emergência devidamente declarados (artigo 19.º, n.º 1), hipóteses em que se deve respeitar o princípio da proporcionalidade e se limitar ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional (artigo 19.º, n.º 4).

¹⁶³ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 117.

¹⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 5.

Como se vê, de uma maneira geral, os direitos humanos e fundamentais são relativos, no mínimo porque a tutela de cada um deles pode encontrar, em certas circunstâncias, limite “na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente”¹⁶⁵.

Afinal, os direitos de cada pessoa têm limite nos direitos das demais pessoas e o conteúdo de cada direito tem limite no conteúdo de outros direitos, o que possibilita o surgimento de conflitos entre direitos diferentes de pessoas diferentes, entre direitos iguais de pessoas diferentes e entre direitos diferentes da mesma pessoa¹⁶⁶.

Diante dessa relatividade, eventual conflito, ainda que circunstancial, entre direitos igualmente fundamentais deve ser resolvido por meio de sopesamento, para se definir qual deles tem maior peso no caso concreto, apesar de estarem abstratamente no mesmo nível¹⁶⁷.

Por óbvio, essa tarefa nem sempre é simples, seja porque a solução dos eventuais conflitos costuma tomar por referência ações e situações não quantificáveis objetivamente¹⁶⁸, impedindo que a definição do interesse preponderante se faça por um critério meramente matemático; seja porque, em situações de conflito entre direitos razoáveis e justificáveis¹⁶⁹, a solução deve envolver a imposição de limites à extensão de pelo menos um deles, preservando ambos ao menos parcialmente - sempre que isso for possível e no máximo que for possível -, o que alguns denominam de “máxima cedência recíproca”¹⁷⁰.

No exercício de tal sopesamento, a ponderação dos interesses em conflito normalmente deve envolver a ideia de proporcionalidade, desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão a partir da década de 1950 e incorporada à doutrina constitucional contemporânea¹⁷¹.

Tradicionalmente, costuma-se desdobrar o princípio da proporcionalidade em três subprincípios (ou dimensões): idoneidade (ou adequação), que corresponde à exigência de

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 42.

¹⁶⁶ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 306-308.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 95.

¹⁶⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 99.

¹⁶⁹ A título de exemplo, Bobbio se refere ao possível conflito entre o direito de não submeter a expressão artística a censura prévia e o direito da sociedade de não ser submetida a escândalo ou de menores de idade não serem submetidos a situações capazes de comprometer sua adequada formação moral (BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 20-21). É interessante anotar que situação semelhante a essa imaginada por Bobbio foi recentemente objeto de grande polêmica no Brasil (CRIVELLA insiste em proibir 'Queermuseu' no Rio: Prefeito diz que 'povo não quer exposições que promovam zoofilia e pedofilia'. **O Globo**).

¹⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 5 e 188; BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 20-21.

¹⁷¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 176-177. Há divergência quanto ao fundamento do princípio da proporcionalidade, havendo autores e decisões judiciais que entendem ser ele derivado do princípio do Estado de direito, ao passo que outros consideram que ele resulta da própria substância dos direitos fundamentais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 267; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 178-180).

que a medida adotada (no caso, a limitação de um ou de ambos os direitos em conflito) seja adequada (idônea) para alcançar ou promover o fim por ela objetivado; necessidade (ou exigibilidade), que se traduz na exigência da medida adotada ser a que melhor satisfaça à realização do objetivo almejado, por ser a única adequada ou por ser a menos onerosa e/ou a mais eficaz, dentre as alternativas possíveis; racionalidade (ou proporcionalidade em sentido estrito), que corresponde à “justa medida”, ou seja, ao sopesamento propriamente dito dos interesses em conflito, a fim de que a medida adotada “não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos”¹⁷².

Anote-se que, embora as violações da proporcionalidade geralmente envolvam excesso na adoção de medidas restritivas e até ablativas de direitos (desproporcionalidade positiva), elas também podem se configurar em situações de não cumprimento ou de insuficiente cumprimento de direitos (desproporcionalidade negativa)¹⁷³.

2. Direito de acesso à justiça

2.1 Considerações gerais

O mero reconhecimento de direitos, inclusive daqueles qualificados como humanos e fundamentais, não ostenta qualquer sentido, se não forem disponibilizados mecanismos para sua tutela efetiva¹⁷⁴, como, por exemplo, para obstar a violação de liberdades ou para assegurar a entrega de prestações previstas no ordenamento jurídico. Afinal, “a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efectiva quando, no caso de violação destes, houver uma

¹⁷² MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 284-285. Em sentido semelhante: ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 116-118; SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ADI 907/RJ – Rio de Janeiro, de 06 de agosto de 2017**. Relator Ministro Alexandre de Moraes; TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 80, de 7 de fevereiro de 2018**. Relatora Conselheira Maria José Rangel de Mesquita. Em sentido contrário, sustentando não ser cabível o uso da proporcionalidade em sentido estrito nessa atividade de sopesamento de direitos fundamentais antagônicos, por envolver alta carga de subjetivismo e, conseqüentemente, um juízo político que não cabe ao Poder Judiciário nem à doutrina (“ponderômetro”), mas, sim, ao Poder Legislativo: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 218-227.

¹⁷³ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 285. Nesse sentido, o STF já decidiu: “Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente” (SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo HC 104410/RS – Rio Grande do Sul, de 06 de março de 2012**. Relator Ministro Gilmar Mendes).

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 11.

instância independente que restabeleça a sua integridade”¹⁷⁵. Nesse contexto, é essencial o reconhecimento de um direito de acesso à justiça¹⁷⁶.

Cappelletti e Garth chegam a afirmar que o acesso à justiça se trata do “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”¹⁷⁷.

Diante da particular importância dessa garantia para o Estado de direito, há quem lhe atribua o título de “terceira dimensão do Estado de direito”, “ pilar fundamental do Estado de direito” ou “coroamento do Estado de direito”¹⁷⁸.

Na esfera do direito internacional, a garantia de acesso à justiça está prevista, por exemplo, na DUDH¹⁷⁹, no PIDCP¹⁸⁰, na CADH¹⁸¹, na CEDH¹⁸² e na CDFUE¹⁸³. Sob esse enfoque, qualifica-se como direito humano, em face da sua internacionalização.

Nos ordenamentos jurídicos internos brasileiro e português, o direito de acesso à justiça encontra respaldo expresso nas respectivas Constituições¹⁸⁴. Logo, também se qualifica como direito fundamental nesses países.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 274.

¹⁷⁶ “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 8).

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 12.

¹⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 273.

¹⁷⁹ “Toda pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (DUDH, artigo 8.º). “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida” (DUDH, artigo 10.º).

¹⁸⁰ “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil” (PIDCP, artigo 14.º).

¹⁸¹ “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais” (CADH, artigo 25, n.º 1).

¹⁸² “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela” (CEDH, artigo 6.º, n.º 1).

¹⁸³ “Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei” (CDFUE, artigo 47.º).

¹⁸⁴ Art. 5º, inciso XXXV, da CRFB: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Artigo 20.º da CRP: “1 - A todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. [...] 4 – Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5 – Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades¹⁸⁵, o que induziria ao seu possível enquadramento como direito de segunda geração, parece-nos que ele está mais relacionado aos direitos de petição e ao devido processo legal, que integram a primeira geração de direitos humanos e fundamentais¹⁸⁶.

Com efeito, por mais importante que seja, o direito de acesso à justiça, ao menos na sua origem, não ostenta conteúdo predominantemente social, não se fundando em imperativos de igualdade material próprios da segunda geração.

O mero fato de seu exercício ensejar uma conduta positiva por parte do Estado (prestação jurisdicional) não basta para excluí-lo do rol de direitos humanos e fundamentais de primeira geração, pois estes, como já afirmado, também podem ter dimensão positiva, embora não seja a regra.

Assim, o direito de acesso à justiça deve ser qualificado como direito humano e fundamental de primeira geração.

Reconhece-se, entretanto, que alguns desdobramentos atuais do direito de acesso à justiça têm notas características da segunda geração de direitos, como, por exemplo, a gratuidade concedida aos necessitados, envolvendo tanto a dispensa do pagamento de custas processuais, como o custeio e/ou a disponibilização de assistência jurídica gratuita a essas pessoas.

O direito de acesso à justiça ou aos tribunais (“garantia da via judiciária”, “garantia da via judicial”, “garantia da proteção judicial”, “garantia da proteção jurídica através dos tribunais”) ostenta, hodiernamente, duas dimensões: a primeira, como um direito de defesa perante os tribunais e contra atos dos poderes públicos; a segunda, como um direito de proteção do particular por meio dos tribunais estatais em face da violação dos seus direitos por terceiros¹⁸⁷.

efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. Artigo 202.º, n.º 2, da CRP: “Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir conflitos de interesses públicos e privados”. Artigo 268.º, n.º 4, da CRP: “É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas”.

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 15.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 46-47.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 496. Mas é preciso observar que a via judicial não é a única atualmente disponível para o reguardo de direitos, havendo outras como a arbitragem (Idem – **Ibidem**).

Acerca do conteúdo, o direito de acesso à justiça envolve na atualidade muito mais do que a simples possibilidade de encaminhar uma postulação ao Poder Judiciário¹⁸⁸, pressupondo adequação e efetividade¹⁸⁹, o que inclui, entre outros aspectos, a igualdade de armas, a imparcialidade e independência dos julgadores, a duração razoável e a eficácia¹⁹⁰.

Especificamente quanto à paridade de armas, Cappelletti e Garth observam que dela decorre a imposição de que a decisão final dependa dos méritos jurídicos relativos das partes adversas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito, mas que possam afetar a afirmação e reivindicação dos direitos. Todavia, reconhecem que esse é um ideal utópico, ante a impossibilidade de se erradicar completamente as diferenças entre as partes, concluindo que a “questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo”¹⁹¹.

Na solução desse problema, deve-se lembrar que a garantia de acesso à justiça se trata de uma imposição dirigida também ao legislador¹⁹², a fim de que assegure operatividade prática à defesa de direitos, notadamente quanto à definição de meios processuais¹⁹³.

2.2 Principais obstáculos de acesso à justiça

Entre os principais obstáculos ao acesso efetivo à justiça (barreiras) estão as barreiras econômicas, que envolvem os custos necessários à solução de uma lide, incluindo honorários advocatícios e custas judiciais, e muitas vezes impedem, dificultam ou, no mínimo, desestimulam o acesso à justiça.

¹⁸⁸ “Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.[...] Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 12)

¹⁸⁹ Canotilho se refere à “proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 499).

¹⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 15; MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 334; CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 499-501; DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça**. p. 208.

¹⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 15.

¹⁹² Mas não apenas ao Legislativo, pois especialmente o Judiciário e, em certa medida, o Executivo também estão obrigados a adotar medidas nas suas esferas de atuação para assegurar o acesso adequado e efetivo à justiça.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 275-276.

Note-se que essa barreira inclui não apenas as despesas que devem ser custeadas pela parte para ajuizamento da ação (honorários de seus advogados e custas antecipadas), mas também aquelas que, em alguns sistemas, devem ser reembolsadas ao vencedor.

Nessas circunstâncias, a não ser que se esteja completamente certo da vitória (o que é muito raro), o custo para o início do processo e o risco de reembolsar o vencedor de suas despesas funcionam como uma importante barreira para o acesso à Justiça.

Isso se agrava quando se trata de pequenas causas, pois os custos podem superar o montante da controvérsia ou, no mínimo, absorver parte substancial do pedido, o que desestimula ainda mais a busca pelos tribunais¹⁹⁴.

Outro principal obstáculo ao acesso efetivo à justiça é o tempo, pois a excessiva demora na solução de um processo¹⁹⁵ muitas vezes desestimula a procura pelo Poder Judiciário, enseja o abandono de algumas causas e/ou pressiona os economicamente fracos a aceitarem acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito¹⁹⁶.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 15-19.

¹⁹⁵ A morosidade do sistema judicial foi identificada em 2005, por Boaventura de Souza Santos, como um dos principais problemas da justiça portuguesa. Segundo ele, “nos últimos anos da década de 90, a duração das acções declarativas cíveis com duração igual ou superior a 2 anos aumentou significativamente, acompanhando o aumento das pendências. As acções com duração superior a 2 anos representavam, em 1997, cerca de 13% de todas as acções findas enquanto que, em 2000, representavam cerca de 28% dos processos findos” (SANTOS, Boaventura de Sousa – *A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas. Manifesto*. p. 83-84). Em 2009, Manuel de Almeida Ribeiro reafirmou que a morosidade continuava a ser o principal problema da justiça portuguesa, “pelo menos na percepção generalizada dos cidadãos” (RIBEIRO, Manuel de Almeida – **Um debate sobre a morosidade da justiça**. p. 11). O agravamento da morosidade da justiça cível portuguesa foi registrada nas seguintes informações da Diretoria-Geral da Política de Justiça: “Constata-se que foi na justiça cível que se registou um aumento da duração média dos processos mais significativo, passando de 20 meses em 2001 para 33 meses em 2016. Este aumento foi contínuo até 2007 (33 meses), tendo-se no quadriénio seguinte registado uma descida da duração média dos processos na justiça cível, para 29 meses. Em 2016, o valor foi de 33 meses” (DIRETORIA-GERAL da Política de Justiça - **Duração média dos processos findos nos tribunais judiciais de 1.ª instância, por área processual, segundo a pendência processual - 2001 a 2016**). Dados mais recentes, entretanto, indicam sinais de uma possível redução da demora da justiça cível portuguesa: “Relativamente à duração média das ações cíveis findas nos terceiros trimestres, entre 2007 e 2017, é possível verificar que o valor oscilou entre os 16 e os 29 meses. Face ao terceiro trimestre de 2007, no terceiro trimestre de 2017 verificou-se uma redução de 13 meses na duração média das ações cíveis findas. Considerando o período homólogo do ano de 2015, no terceiro trimestre de 2017, verificou-se uma diminuição na duração média das ações cíveis findas de 1 mês, passando de 17 para 16 meses” (DIRETORIA-GERAL da Política de Justiça - Estatísticas trimestrais sobre ações cíveis - 2007-2017. **Boletim**). Note-se que a morosidade da Justiça tem inclusive acarretado condenações do Estado de Portugal pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão na Queixa n.º 73798/13, de 29 de outubro de 2015**. Presidente András Sajó; TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão nas Queixas n.º 58103/08 e 58158/08, de 31 de maio de 2012**. Presidente Dragoljub Popović). A morosidade também é um sério problema da Justiça brasileira, conforme se pode aferir pelos seguintes dados relativos ao ano de 2016: “O tempo do processo baixado no Poder Judiciário é de 1 ano e 9 meses na fase de conhecimento e de 4 anos e 10 meses na fase de execução no 1º grau de jurisdição e de 8 meses no 2º grau. No que se refere ao tempo de duração dos processos que ainda estão pendentes de baixa, o termo final de cálculo foi 31 de dezembro de 2016. Observa-se que o Poder Judiciário apresentou tempo do estoque superior ao da baixa tanto no 2º grau, com 2 anos e 5 meses de duração (3,6 vezes superior ao tempo de baixa), quanto no 1º grau, nas fases de conhecimento, com 4 anos e 4 meses (2,5 vezes superior ao tempo de baixa), e de execução, com 7 anos e 4 meses (1,5 vez superior ao tempo de baixa)” (CONSELHO Nacional de Justiça – **Justiça em números 2017: Ano-base 2016**. p. 134-135).

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 20-21.

Além disso, como bem observam Cappelletti e Garth, as “possibilidades das partes” constituem elemento importantíssimo para se avaliar o impacto das barreiras econômicas e temporais na efetividade do acesso à justiça.

Primeiro, porque pessoas e organizações com recursos financeiros consideráveis têm claras vantagens ao propor ou defender demandas. Com efeito, podem pagar para litigar, podem suportar a demora do litígio e, geralmente, podem fazer gastos maiores que os seus adversários, apresentando provas e argumentos de forma mais eficiente.

Segundo, porque pessoas e organizações com maior “capacidade jurídica” pessoal têm vantagens significativas para defender seus interesses em juízo, seja por conhecerem melhor os seus direitos, seja por terem menos resistência pessoal à busca pelo Poder Judiciário (constrangimento de comparecer perante um órgão judicial, desconfiança nesse Poder etc.¹⁹⁷), seja por encararem com mais naturalidade o uso do sistema judicial para demandas por direitos não tradicionais (ex.: defesa do meio ambiente). É importante anotar que essa “capacidade jurídica” varia de pessoa para pessoa em função de diferenças de recursos financeiros, de educação, de meio e de status social, entre outras.

Terceiro, porque litigantes habituais (ou frequentes) têm vantagens sobre litigantes eventuais (ou esporádicos), decorrentes, por exemplo, da maior experiência com o Direito e com o sistema judicial, possibilitando-lhes melhor planejamento do litígio; da economia de escala, proporcionada pelo maior volume de casos; de maiores oportunidades para estabelecerem relações informais com os responsáveis das instituições nos diversos níveis hierárquicos; da possibilidade de diluírem os riscos da demanda entre os diversos casos de que sejam partes; da possibilidade de testarem estratégias com determinados casos, garantindo-lhes melhores expectativas para casos futuros; do acesso mais fácil a especialistas; da possibilidade de estruturar suas relações contratuais, muitas vezes escrevendo o próprio contrato, a fim de facilitar sua defesa futura no caso de surgimento de conflito; da

¹⁹⁷ “O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas que envolvem a tutela dos direitos sociais e econômicos no Brasil reflete ainda um ‘estranhamento recíproco’ entre a população e o Poder Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional. De acordo com pesquisa realizada pelo IUPERJ/ABM, 79,5% dos juízes entendem que uma dificuldade do Judiciário considerada essencial está radicada no fato de ele se encontrar distante da maioria da população. No mesmo sentido, pesquisas conduzidas não apenas no Brasil, mas na Argentina, Peru e Equador, evidenciam que 55% a 75% apontam para o problema da inacessibilidade do Judiciário” (PIOVESAN, Flávia – Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 68). Em Portugal, inquérito realizado em outubro de 2001 apurou que os cidadãos mantinham a percepção de grande distância social da justiça (SANTOS, Boaventura de Sousa – A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas. **Manifesto**. p. 81).

possibilidade e interesse de influenciar o conteúdo e a interpretação das normas substantivas e processuais, para que lhes sejam favoráveis¹⁹⁸.

Ocorre que os impactos dessas diferenças de possibilidades das partes na efetividade do acesso à justiça se intensificaram por fatores históricos, como a mudança do paradigma estatal e a revolução industrial.

A mudança de paradigma estatal, passando do Estado liberal para o Estado social (*welfare state*), fez com que o Estado deixasse de estar obrigado apenas a não violar os direitos tradicionais de liberdade (direitos de primeira geração), para também ter o dever de promover direitos sociais, como assistência médica, habitação e trabalho (direitos de segunda geração)¹⁹⁹. Diante disso, aumentaram os conflitos envolvendo o Estado, objetivando a garantia desses direitos sociais²⁰⁰.

A revolução industrial, por sua vez, gerou amplas e profundas consequências econômicas, sociais e culturais, acarretando a massificação das relações²⁰¹ e, consequentemente, a proliferação de conflitos envolvendo interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais frequentemente têm em um dos lados o Estado ou grandes organizações.

Assim, na atualidade, é bastante considerável a quantidade de conflitos envolvendo, em pelo menos um dos polos, o Estado ou grandes organizações²⁰², tendo eles, como já observado, nítidas vantagens para a defesa judicial dos seus interesses comparativamente ao cidadão comum.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 21-25; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 129-130.

¹⁹⁹ “Os novos direitos substantivos, que são característicos do moderno Estado de bem-estar social [...] têm precisamente esses contornos: por um lado, envolvem esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores, os operários contra os patrões (e os sindicatos); por outro lado, o interesse econômico de qualquer indivíduo – como autor ou réu – será provavelmente pequeno. É evidentemente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes – para todas as sociedades modernas – em vantagens concretas para as pessoas comuns” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 28-29).

²⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro – **Juizes Legisladores?** p. 41.

²⁰¹ Idem – **Op. Cit.** p. 56-61.

²⁰² No âmbito da justiça cível portuguesa, “em 2000 e em 2001, 68,5% e 66% das ações declarativas foram, respectivamente, intentadas por pessoas colectivas. A maioria dos autores pessoas colectivas constitui os chamados litigantes frequentes (como operadoras da TV Cabo, operadoras de telemóveis e seguradoras), ou seja, litigantes que repetidamente recorrem ao tribunal, no mesmo período e por causa de um mesmo tipo de litígio. O que significa que os tribunais estão a ser mobilizados por pessoas colectivas com capacidade económica para poder gerir, de forma racional, a sua litigância. O problema é que a racionalidade do uso empresarial da justiça conduz à total irracionalidade da justiça quando vista da perspectiva dos cidadãos e dos seus direitos democráticos de acesso à justiça” (SANTOS, Boaventura de Sousa – *A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas*. **Manifesto**. p. 84). No Brasil, pesquisa realizada pelo CNJ revelou que “o setor público (federal, estadual e municipal), os bancos e a telefonia representam aproximadamente 35,5% do total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de Outubro de 2011 do consolidado das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho” (CONSELHO Nacional de Justiça – **100 Maiores Litigantes 2012**. p. 7).

Eis, portanto, um dos grandes desafios do Estado nessa seara: superar ou, pelo menos, minimizar essas e outras barreiras ao acesso efetivo à justiça, a fim de tutelar adequadamente os direitos substanciais, assegurando a máxima igualdade material possível.

2.3 As ondas de soluções para o acesso efetivo à justiça

Segundo Cappelletti e Garth, a partir de 1965, nos países do mundo ocidental, surgiram três posições básicas (ou “ondas”), em sequência mais ou menos cronológica, de soluções para o problema de acesso efetivo à justiça²⁰³.

A primeira onda se preocupa com “a representação dos necessitados em observância a dois critérios: a graciosidade (critério econômico) e a habilidade profissional (critério técnico)”²⁰⁴, sendo uma resposta à barreira econômica acima mencionada.

A segunda onda diz respeito à representação jurídica para interesses difusos, especialmente envolvendo a proteção do meio ambiente e do consumidor, sendo uma resposta às dificuldades para o acesso à justiça decorrentes do fenômeno da massificação das relações. Essa onda autorizaria, inclusive, “a criação de órgãos estatais com a função específica de tutelar os interesses difusos”²⁰⁵.

A terceira onda, chamada de “enfoque de acesso à justiça”, além de incluir a representação judicial (advocacia) por sua mais ampla atuação, também envolve outros instrumentos destinados a afastar, de forma articulada e abrangente, todas as barreiras de acesso à justiça²⁰⁶.

2.3.1 Primeira onda

Na primeira onda, como já antecipado, foram desenvolvidos esforços para fomentar o acesso à justiça, mediante disponibilização de serviços jurídicos aos pobres.

²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 31.

²⁰⁴ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 213.

²⁰⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 214. A expressão interesses difusos é utilizada aqui em sentido amplo, abrangendo interesses difusos em sentido estrito, coletivos e individuais homogêneos. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro contém as seguintes definições: interesses ou direitos difusos, são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; interesses ou direitos coletivos, são “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; interesses ou direitos individuais homogêneos, são os individuais “decorrentes de origem comum” (artigo 81, parágrafo único - **LEI n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**).

²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 31 e 75-159; PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 214.

No entanto, muitos esquemas de assistência judiciária se mostraram inadequados, passando por soluções como prestação de serviços por advogados particulares sem contraprestação²⁰⁷ ou com remuneração estatal insuficiente, o que, por óbvio, desestimula o exercício da atividade principalmente por profissionais mais qualificados.

Além disso, há o inconveniente de muitos pobres não conhecerem previamente seus direitos ou terem resistência a demandar o sistema judiciário para defesa de direitos não tradicionais, o que torna insuficiente o mero custeio de advogados particulares para representá-los.

A partir dessas dificuldades, alguns países começaram a ter advogados remunerados (servidores públicos) para prestarem assistência jurídica aos mais pobres, o que reduziu algumas barreiras. Mas, a princípio, parece impossível contratar advogados em número suficiente para atender toda a população carente.

Por isso, vários locais passaram a adotar um modelo combinado, com contratação de advogados pelo Estado (servidores públicos)²⁰⁸ e remuneração pelo poder público de advogados particulares²⁰⁹ para prestar assistência jurídica aos pobres²¹⁰.

Atualmente, a garantia de assistência jurídica aos necessitados está expressamente prevista, entre outros diplomas, na CDFUE (artigo 47.º), na CRP (artigo 20.º, n.º 1 e n.º 2) e na CRFB (artigos 5.º, inciso LXXIV, e 134).

2.3.2 Segunda onda

A segunda onda, por sua vez, objetivou solucionar o problema da representação dos interesses difusos em sentido amplo, incluindo os interesses difusos em sentido estrito, os coletivos e os individuais homogêneos.

A solução desse problema envolveu alterações que vão desde o alargamento da legitimidade ativa para esses tipos de demandas²¹¹ até a transformação de conceitos como citação e coisa julgada, revolucionando a feição individualista do processo civil tradicional²¹².

²⁰⁷ Modelo caritário, “representado pela advocacia particular que patrocina a causa dos necessitados sem nenhum pagamento receber, seja do assistido, seja do Estado. Representa, grosso modo, a ‘advocacia gratuita’ (*pro bono* ou *pro dio*)” (PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 213).

²⁰⁸ *Staff model*, no qual os necessitados são representados por advogados remunerados pelos cofres públicos e que atuam exclusivamente em favor dos necessitados. No sistema brasileiro, esse modelo corresponde à Defensoria Pública (Idem – **Op. Cit.** p. 214).

²⁰⁹ Modelo *judicare*, no qual “a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei” e “os advogados são pagos pelo Estado” (CAPPELLETTI apud PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 213-214).

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 31-47.

Afinal, “a combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos”²¹³.

2.3.3 Terceira onda

Se as primeiras ondas se destinaram a assegurar representação efetiva de interesses antes não representados ou mal representados (interesses de pobres e interesses difusos de maneira geral), a terceira onda é bem mais ampla.

Com efeito, além de manter a adoção de medidas que assegurem a representação efetiva de tais interesses, “ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²¹⁴.

Assim, a terceira onda também envolve várias outras reformas, incluindo a alteração, simplificação, adaptação e especialização de procedimentos²¹⁵, a modificação de estruturas, criação e especialização de órgãos judiciais²¹⁶, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais para atividades anteriormente cometidas apenas a juízes e advogados²¹⁷, mudanças no direito

²¹¹ Hodiernamente, o alargamento da legitimidade ativa para demandas judiciais envolvendo interesses difusos em sentido amplo é objeto, por exemplo, do artigo 28.º da CDFUE, dos artigos 52.º (n.º 3), 56.º e 60.º (n.º 3) da CRP e dos artigos 5.º (incisos LXX e LXXIII), 8.º (inciso III), 129 (inciso III) e 134 da CRFB.

²¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 49-51.

²¹³ Idem – **Op. Cit.** p. 67.

²¹⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 67-68.

²¹⁵ Nesse contexto, certas iniciativas adotadas em alguns países mostraram-se úteis, como a simplificação de procedimentos por meio da oralidade, informalidade, concentração e contato imediato do juiz com as partes e testemunhas, bem como pela admissão de um juiz mais ativo, maximizando “as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes” (Idem – **Op. Cit.** p. 76-77).

²¹⁶ Nesse aspecto, em vários países surgiram iniciativas como a criação de: juízos e tribunais de pequenas causas, mais acessíveis (com custas reduzidas ou sem custas iniciais; com dispensa de representação por advogados e possibilidade de auxílio de servidores judiciais na apresentação de uma nova demanda), com julgadores mais ativos para promoverem a equalização das partes e procedimentos mais flexíveis e simplificados; tribunais de “vizinhança” ou “sociais” para solucionar divergências na comunidade, com a finalidade principal de ser “um órgão acolhedor para as pessoas comuns sujeitas a conflitos relativamente insignificantes – embora da maior importância para aqueles indivíduos – e que eles nem podem solucionar sozinhos, nem teriam condições de trazer ao exame dos tribunais regulares”; organismos, procedimentos e mecanismos especializados para garantir novos direitos substantivos, com ênfase na proteção de pessoas desprovidas de poder, como, por exemplo, em litígios contra comerciantes, poluidores, empregadores, locadores e burocracia governamental (Idem – **Op. Cit.** p. 94-143).

²¹⁷ Considerando que a assistência jurídica, mais do que a simples representação perante os órgãos judiciais, implica também a necessidade de tornar as pessoas mais ativas na participação das decisões públicas e particulares que afetem suas vidas, surgiram soluções como a proliferação de pessoal paraprofissional e a previsão de novos meios para tornar os profissionais altamente qualificados acessíveis às pessoas comuns, a exemplo de planos de assistência jurídica mediante convênio ou grupo (Idem – **Op. Cit.** p. 142-156).

substantivo para evitar litígios e/ou facilitar sua solução²¹⁸, uso de mecanismos alternativos para solução dos conflitos de interesses²¹⁹ e tantas outras inovações que o tempo, a necessidade e a criatividade humana forem capazes de produzir com o objetivo de assegurar o acesso efetivo à justiça²²⁰.

Ilustrando o movimento da terceira onda, na década de 1990 foram realizadas em Portugal reformas que envolveram a desjudicialização, o uso de meios alternativos de solução de conflitos, a descriminalização de certas condutas, reformas processuais e reformas organizacionais²²¹.

Movimento semelhante tem sido observado no Brasil, incluindo nas últimas décadas inúmeras medidas como, por exemplo, a criação de juizados especiais para pequenas causas e causas de menor complexidade, reformas processuais, criação de órgão para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (CNJ), ampliação do número de juízes e funcionários, estímulo ao uso de meios alternativos de solução de conflitos e informatização do processo judicial²²².

Não se pode olvidar, contudo, que muitos problemas de acesso à justiça estão inter-relacionados, de modo que a tentativa de melhorar o acesso por um lado pode prejudicá-lo por outro (efeitos colaterais adversos)²²³.

A título de exemplo, a redução de barreiras para o acesso à justiça tende a facilitar a busca pela prestação jurisdicional, mas isso induz ao aumento do volume de novos processos que tramitam nos tribunais, agravando a demora na solução dos conflitos (minimização de barreiras *versus* maximização da barreira temporal).

²¹⁸ Nas alterações do direito substantivo, inclui-se a simplificação das leis, tornando-as mais acessíveis às pessoas comuns, seja quanto à compreensão, seja quanto à satisfação mais facilitada de requisitos para a utilização de certos remédios jurídicos, como o movimento de admissão do divórcio sem culpa e de responsabilidade civil objetiva (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 156-157).

²¹⁹ “Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis com opção para as partes” (Idem – **Op. Cit.** p. 81). Mas é preciso cuidado com essas medidas, pois, apesar de encorajarem soluções “consensuais” e reduzirem o congestionamento do Judiciário, podem acarretar injustiças especialmente em detrimento das partes economicamente mais fracas e menos familiarizadas com os litígios. Afinal, deve-se buscar solução “equânime” para os problemas de acesso à justiça (Idem – **Op. Cit.** p. 89).

²²⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 67-71.

²²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa – A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas. **Manifesto**. p. 81.

²²² Exemplos de leis brasileiras sobre juizados especiais de pequenas causas e causas de menor complexidade: Leis n.ºs 7.244/1984, 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2012. Exemplos de leis brasileiras sobre reformas processuais: Leis n.ºs 8.710/1993, 8.952/1994, 9.668/1998, 9.756/1998, 10.358/2001, 11.232/2005 e 11.280/2006. Criação do CNJ: Emenda Constitucional n.º 45/2004. Exemplos de leis brasileiras ampliando números de juízes e funcionários do Poder Judiciário: Leis n.ºs 12.656/2012 e 12.665/2012. Exemplo de lei brasileira estimulando o uso de meios alternativos de solução de conflitos: Lei n.º 9.307/1996. Exemplo de lei brasileira sobre a informatização do processo judicial: Lei n.º 11.419/2006

²²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 29.

Logo, toda tentativa de minimizar os obstáculos de acesso à justiça deve ponderar entre os benefícios esperados e os prejuízos que dela poderão advir, numa típica avaliação da relação custo-benefício, objetivando assegurar a proteção jurídica mais eficaz e temporalmente adequada possível.

2.4 Separação de poderes e judicialização de políticas públicas

2.4.1 Separação de poderes segundo Montesquieu

Como bem esclarece Pires, a teoria de separação de poderes “apresentada no capítulo VI do Livro XI, de ‘O Espírito das Leis’, [...] se dedica a introduzir as impressões de Montesquieu acerca da Constituição da Inglaterra no contexto ‘das leis que formam a liberdade política na sua relação com a Constituição’ ”²²⁴.

Para Montesquieu, a liberdade política em sua relação com a constituição “é formada por uma certa distribuição de três poderes”, que seriam “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil”²²⁵.

O legislativo envolveria o poder de fazer leis, corrigi-las ou ab-rojá-las; o executivo das coisas que dependem do direito das gentes (poder executivo do Estado) consistiria no poder de fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança e prevenir invasões, cabendo ainda a esse poder executar as resoluções públicas; o executivo das coisas que dependem do direito civil (poder de julgar) corresponderia ao poder de punir ou julgar as querelas dos indivíduos²²⁶.

²²⁴ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 181. No entanto, conforme observa Canotilho, antes de Montesquieu, John Locke já havia traçado algumas premissas sobre a separação de poderes na organização do poder político. Para John Locke, haveria quatro poderes a nível funcional: “legislativo”, ao qual incumbiria a criação de regras jurídicas; “executivo”, ao qual caberia a aplicação e execução dessas regras no espaço nacional; o “federativo”, que teria a atribuição de desenvolvimento das relações externas e de direito internacional; e o “prerrogativo”, encarregado de decidir casos de exceção constitucional como guerra e estado de emergência. Além disso, também seria necessária a divisão de tais funções entre poderes ou órgãos (suporte institucional), sendo o Parlamento dividido em duas câmaras, cabendo-lhe a função legislativa, e a Coroa soberana encampando o governo, a administração e os tribunais, com competência funcional para o desempenho das outras funções básicas (executiva, federativa e prerrogativa) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 580-581).

²²⁵ MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis**. p. 86 e 95.

²²⁶ Idem - **Op. Cit.** p. 86.

Montesquieu justifica a importância da separação dos poderes, quando sustenta que não haverá liberdade se: o poder legislativo estiver reunido ao poder executivo²²⁷, pois “pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabelecem leis tirânicas para executá-las tiranicamente”; o poder de julgar não estiver separado dos demais poderes, pois sua ligação com o poder legislativo²²⁸ ensejaria arbitrariedade do poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos (o juiz seria também legislador) e sua ligação com o poder executivo geraria para o juiz a força de um opressor; os três poderes forem exercidos pelo mesmo homem ou pelo mesmo corpo de pessoas (principais, nobres ou povo), pois então “tudo estaria perdido”²²⁹.

Todavia, afirma que: o corpo legislativo deve ser composto de duas partes (corpo de representantes do povo e corpo dos nobres), em que uma pode paralisar a outra pela mútua faculdade de impedir; as duas partes do legislativo podem ser paralisadas pelo executivo, diante do seu poder de veto; o executivo pode ser paralisado pelo legislativo, que, além de legislar, “tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas”; embora essa atuação dos aludidos poderes possa causar uma pausa ou inação, o movimento necessário das coisas tende a forçá-los “a caminhar de acordo”²³⁰.

Quanto ao poder de julgar, defende que, não obstante as mudanças de composição dos tribunais, seus julgamentos não podem ser “uma opinião particular do juiz”, devendo retratar o “texto exato da lei”. Daí porque, para Montesquieu, esse poder de julgar seria, de certa forma, nulo, restando apenas os outros dois: executivo e legislativo. E, por isso, haveria necessidade de um poder regulador para moderá-los²³¹.

²²⁷ Montesquieu reconhece ao executivo a possibilidade de participar da legislação por meio do poder de veto sobre deliberações do legislativo (MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis**. p. 91-92).

²²⁸ Montesquieu reconhece algumas exceções em que o legislativo teria a possibilidade de julgar, baseadas no interesse de quem deve ser julgado: julgamento dos nobres pela parte do corpo legislativo composta dos nobres, pois toda pessoa teria o direito de ser julgada por seus pares; julgamento de um cidadão por violação dos direitos do povo na condução de negócios públicos, caso em que a acusação deveria ser feita pela parte legislativa do povo e o julgamento pela parte legislativa dos nobres, a fim de conservar a dignidade do povo, a segurança do indivíduo e impedir o rebaixamento do legislativo diante dos tribunais da lei (Idem – **Op. Cit.** p. 91-92). Canotilho, comentando a obra de Montesquieu, também se refere à concessão de anistias pelo legislativo (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 115).

²²⁹ MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis**. p. 86.

²³⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 88-92.

²³¹ Idem – **Op. Cit.** p. 88-89. Segundo Montesquieu, esse poder regulador poderia ser desempenhado pela parte do Legislativo correspondente ao corpo dos nobres (Idem – **Op. Cit.** p. 89). No entanto, isso ensejaria uma supremacia do Legislativo sobre o Executivo. Para aqueles que entendem necessário um poder moderador, talvez seja mais adequada a seguinte orientação de Benjamin Constant acerca do poder “neutro”: “[...] o poder executivo, o poder legislativo e o Poder Judiciário são três engrenagens que devem cooperar, cada qual em seu âmbito, com o movimento geral. Mas, quando essas engrenagens desajustadas se cruzam, se entrechocam e se travam mutuamente, é necessária uma força que as reponha em seu devido lugar. Essa força não pode estar numa das engrenagens, porque lhe serviria para destruir as outras. Ela tem de estar fora, tem de ser neutra, de certo

Enfim, como bem observa Canotilho, não havia para Montesquieu uma separação rigorosa de poderes, mas, sim, uma verdadeira “combinação de poderes”, na qual “os juízes eram apenas a ‘boca que pronuncia as palavras da lei’; o poder executivo e legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia)”²³².

Por derradeiro, conquanto se atribua a Montesquieu a teoria da tripartição dos poderes, ele se refere, a nosso ver, não a três, mas a quatro funções públicas (executiva, legislativa, judiciária e moderadora), sendo que apenas as três primeiras se qualificam como funções públicas fundamentais na atualidade.

2.4.2 Separação de poderes e funções públicas fundamentais na atualidade

Segundo Pires, a partir “da pioneira visão de John Locke sobre a estrutura e divisão do poder em quatro funções (Legislativo, Executivo, Federativo e Prerrogativo)”²³³, e também inspirando-se no sistema inglês como um todo, Montesquieu desenvolveu o seu modelo “assentado na tripartição dos poderes”²³⁴.

Por influência da teoria de Montesquieu, o princípio da divisão ou separação de poderes vem sendo afirmado crescentemente em diversos países desde o Século XVIII, estando reconhecido, exemplificativamente, na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776 (item V), na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (artigo 16.º), na CRP (artigos 2.º e 111.º, n.º 1) e na CRFB (artigo 2.º)²³⁵.

Tal princípio se baseia na ideia de que são três as funções públicas fundamentais²³⁶ (a legiferação, que envolve o poder de elaborar leis em sentido geral e universal; a administração, que significa “cuidar da coisa comum, praticando políticas públicas hábeis a entregar ao povo os bens sociais prometidos na Constituição”; e a jurisdição, que consiste na

modo, para que sua ação se aplique necessariamente onde quer que seja necessário aplicá-la e para que seja preservadora, reparadora, sem ser hostil” (CONSTANT apud PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**, p. 179).

²³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 115.

²³³ Importante observar que John Locke idealizou um modelo de divisão do poder por interdependência.

²³⁴ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**, p. 201-202.

²³⁵ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**, p. 567-568; **DECLARAÇÃO de direitos do bom povo de Virgínia – 1776; DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789; CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa**, p. 10 e 49; **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**, p.11.

²³⁶ Como alerta Pires, “Hans Kelsen, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, refuta a separação dos poderes como idealizada pela teoria clássica ao reputar como realidade fática que não seriam três, mas duas, as funções básicas [fundamentais] do Estado, de sorte que a discutida tricotomia – Legislativo, Executivo e Judiciário – seria, em verdade, uma dicotomia – *legis latio* e *legis executio* – (Kelsen, 2005; p. 365)” (PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**, p. 187-188).

solução dos conflitos de interesses²³⁷), devendo elas ser exercidas precipuamente por poderes²³⁸ distintos, num sistema, a um só tempo, de separação, harmonia e interdependência²³⁹.

Assim, mediante a “criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco de poder (*checks and balances*) e uma organização jurídica de limites dos órgãos de poder”, a fim de garantir “a liberdade dos indivíduos e evitando o aparecimento de um ‘poder superpesado’ perigosamente totalizador do poder do Estado”²⁴⁰.

Mas não é só isso, pois, na atualidade, o princípio da separação de poderes ostenta duas dimensões complementares: uma dimensão negativa, ligada àquela ideia de divisão, controle e limite do poder do Estado, assegurando medida jurídica a esse poder e, consequentemente, servindo “para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração do poder”; e uma dimensão positiva, relacionada à ordenação e organização do poder do Estado, de modo a viabilizar decisões mais eficazes e mais justas, funcionando como “esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania”²⁴¹.

Afirmando essa pluralidade de funções a que se presta atualmente o princípio da separação de poderes, já decidiu o Tribunal Constitucional português:

“[...] Admite-se modernamente que o princípio da separação de poderes não cumpre apenas o papel, com que entrou na história do constitucionalismo, de repartição orgânico-funcional dos poderes do Estado com vista à protecção das liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos. Desempenha uma pluralidade de funções constitucionais: função de medida, função de racionalização, função de controlo e função de protecção. Como salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra, 2007, pág. 209) o texto constitucional articula a ideia de separação com a ideia de interdependência de poderes, apontando a fundamentalidade do princípio para a ideia de ordenação dos órgãos de soberania pautada pela adequação orgânica, de

²³⁷ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 185.

²³⁸ Canotilho esclarece que esses “poderes são sistemas ou complexos de órgãos aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 543).

²³⁹ Nesse sentido, o artigo 2.º da CRP dispõe que Portugal “é um Estado de Direito Democrático, baseado [...] na separação e interdependência de poderes”, e seu artigo 111.º, n.º 1, estabelece que “os órgãos da soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição”. De sua parte, o artigo 2.º da CRFB preceitua que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

²⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 251 e 551.

²⁴¹ Idem – **Op. Cit.** p. 250.

modo a que as medidas e decisões do poder público para cumprimento das tarefas do Estado sejam preferencialmente adoptadas pelos órgãos que, ‘segundo a sua organização, função, atribuição e procedimento de actuação estão em melhor posição para analisar os pressupostos, os juízos e os resultados indispensáveis a medidas ou decisões constitucionalmente ajustadas’. Ele implica, como refere Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo VII, Coimbra, 2007, pág. 83 ‘a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se cuida’. [...]”²⁴².

Contudo, o fato de competir precipuamente a cada poder uma função pública fundamental (Legislativo – legiferação; Executivo – administração; Judiciário – jurisdição) não impede que um pratique, de forma secundária, condutas próprias de outro, desde que imprescindível para alcançar suas finalidades institucionais (competência derivada)²⁴³ e desde que o que eles façam possa ser feito e seja feito de forma legítima²⁴⁴.

Nesse contexto, admite-se ao Legislativo, além de elaborar leis, cuidar da administração de sua estrutura e julgar algumas situações excepcionais; ao Executivo é conferida a possibilidade de editar atos regulamentares e julgar servidores na esfera administrativa; ao Judiciário se concede o poder de administrar suas estruturas e regulamentar em certa medida o seu funcionamento²⁴⁵.

Deve-se observar, entretanto, que as “rupturas ou desvios do princípio da divisão dos poderes só são [...] legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes”, sob pena de se afrontar “todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controlo e sanção, definido no texto constitucional”²⁴⁶.

Sobre o assunto, o Tribunal Constitucional português já afirmou que, à luz da Constituição de Portugal, o princípio da separação de poderes não reflete uma simples distribuição de funções por diferentes órgãos, o que, entretanto, não obsta o reconhecimento da existência de domínios bem identificados e delimitados de competência da Administração, bem como da “reserva de um núcleo essencial de atuação de cada um dos poderes do Estado, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza da competência em causa,

²⁴² TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 214, de 29 de abril de 2011**. Relator Conselheiro Vítor Gomes.

²⁴³ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 185.

²⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 251.

²⁴⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 551 e 559; PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 185.

²⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 252.

enquanto justificação da sua previsão e expressão da sua igual legitimidade político-constitucional”²⁴⁷.

Nessa linha, o mesmo tribunal reconheceu violação ao princípio da separação e interdependência entre os poderes pelo fato da Assembleia da República ter revogado decreto regulamentar mediante o qual fora dado cumprimento a lei, sem simultaneamente revogar esta, impondo ao Governo que iniciasse negociações com entidades interessadas objetivando nova regulamentação da matéria. Com isso, o Parlamento teria invadido a margem própria de competência atribuída ao Governo pelo artigo 199.º, alínea “c”, da CRP²⁴⁸.

Acerca da matéria, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já decidiu que viola a separação de poderes a tentativa do Legislativo de definir antecipadamente conteúdos ou estabelecer prazos para o Executivo apresentar propostas legislativas em relação às matérias de sua iniciativa²⁴⁹; a usurpação, pelo Parlamento, da prerrogativa do Executivo de iniciar o processo legislativo em determinadas matérias²⁵⁰; a imposição, pelo Legislativo, de exigência de autorização prévia e específica em cada caso de operação de antecipação do pagamento, porque “ao Legislativo cabe reger genericamente a concessão de descontos (CTN, art. 160, parágrafo único), e o Executivo pode concedê-los caso a caso, obedecendo aos termos da legislação respectiva”²⁵¹.

2.4.3 Funções do Poder Judiciário

Diante do que já foi afirmado, ao Poder Judiciário cabe precipuamente (competência originária) a função pública essencial de solução dos conflitos de interesses (jurisdição), sem prejuízo do exercício de algumas funções de caráter legiferante e de administração (competências derivadas).

Isso se verifica claramente na CRFB, quando, por exemplo, atribui privativamente aos tribunais competência para elaborar seus regimentos internos (atividade legislativa - artigo 96,

²⁴⁷ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 510, de 21 de setembro de 2016**. Relator Conselheiro Pedro Machete.

²⁴⁸ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 214, de 29 de abril de 2011**. Relator Conselheiro Vítor Gomes.

²⁴⁹ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ADI 179, de 19 de fevereiro de 2014**. Relator Ministro Dias Toffoli.

²⁵⁰ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ADI 1809, de 29 de junho de 2017**. Relator Ministro Celso de Mello.

²⁵¹ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ADI 1703, de 08 de novembro de 2017**. Relator Ministro Alexandre de Moraes.

inciso I, alínea “a”) e assegura autonomia administrativa ao Poder Judiciário (atividade administrativa - artigo 99).

A CRP também prevê o princípio da auto-administração dos tribunais (artigos 217.º, 218.º e 220.º, n.º 2), que, segundo Canotilho, não se confunde com auto-governo. Para ele, auto-governo pressupõe responsabilidade política perante órgãos de controle político, como o Parlamento, ao passo que a auto-administração assegurada aos tribunais “assenta na criação de órgãos colegiais, compostos, em medida considerável, por juízes de carreira, e na administração da magistratura por estes conselhos quanto aos aspectos de nomeação, promoção, transferência e exercício do poder disciplinar”²⁵².

Mas essas competências secundárias (administrativas e legislativas) estão diretamente relacionadas às atividades do Poder Judiciário e são imprescindíveis para assegurar sua independência²⁵³ em relação aos demais poderes do Estado, além, obviamente, de estarem contempladas na Constituição.

Como bem observa Canotilho, a independência do Poder Judiciário também envolve “o reconhecimento de uma reserva de jurisdição entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional”, que “actua simultaneamente como limite de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham conteúdo materialmente jurisdicional”²⁵⁴.

A esse respeito, o Tribunal Constitucional português já decidiu que a reserva de jurisdição “não colide com o poder de o legislador, no exercício das suas competências próprias, alterar ou esclarecer o sentido de uma norma legal anterior e, por via disso, determinar uma eventual correção ou modificação da jurisprudência relativa a tal norma”, desde que respeite “os limites constitucionais decorrentes do princípio da segurança jurídica e da tutela da confiança legítima relativamente à retroatividade substancial”, cabendo aos tribunais, no exercício da jurisdição, interpretar a “lei interpretativa” e determinar se ela inova face ao direito preexistente ou se limita a clarificá-lo²⁵⁵.

Especificamente quanto ao poder de julgar, já foi dito que, para Montesquieu, os julgamentos dos tribunais não podem ser “uma opinião particular do juiz”, devendo retratar o “texto exato da lei”²⁵⁶.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.p. 666.

²⁵³ O artigo 203.º da CRP afirma explicitamente a independência dos tribunais. O artigo 2.º da CRFB afirma expressamente a independência entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 664.

²⁵⁵ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 267, de 31 de maio de 2017**. Relator Conselheiro Pedro Machete.

²⁵⁶ MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis**. p. 88.

Contudo, as leis nem sempre são tão claras, a ponto de possibilitar a solução de todos os casos concretos sem espaços para dúvidas e divergências.

Ainda há situações de aparente antinomia ou lacuna normativa²⁵⁷, bem como necessidade de interpretação das normas em conjunto com as demais regras e princípios dos respectivos sistemas e subsistemas normativos.

E há necessidade de aplicação das normas em harmonia com documentos de direito internacional e com a própria Constituição de cada Estado, tendo em vista as questões atinentes ao controle de convencionalidade e de constitucionalidade.

Enfim, ao contrário do que sustentava Montesquieu, frequentemente não é possível que os julgamentos dos tribunais se limitem a simplesmente aplicar o texto exato da lei, sendo necessária, muitas vezes, uma atividade mais (cri)ativa dos magistrados.

Portanto, como afirma Cappelletti, o real problema não reside na oposição dos conceitos de interpretação e de criação do direito na atividade jurisdicional, mas, sim, no grau de criatividade e nos modos, limites e aceitabilidade dessa criação pelos órgãos do Poder Judiciário²⁵⁸.

Afinal, rememorando Montesquieu, não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado dos demais poderes, pois sua ligação com o poder legislativo ensejaria arbitrariedade do poder sobre os bens e interesses dos cidadãos, na medida em que o juiz seria também legislador²⁵⁹.

Daí a necessidade de se evitar que a criação do direito pela atividade jurisdicional interfira no núcleo essencial da ordenação constitucional dos poderes, mais especificamente quanto às funções próprias dos Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de se afrontar “todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controlo e sanção, definido no texto constitucional”²⁶⁰.

Sobre a aplicação do princípio da separação de poderes envolvendo o Judiciário, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já decidiu, por exemplo, que “o julgamento pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos dos demais Poderes não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes”²⁶¹; “o Poder Judiciário, em respeito ao princípio constitucional da

²⁵⁷ Sobre isso, Barwick escreveu que, “ainda ‘que a melhor arte de redação das leis’, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária” (BARWICK apud CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 20).

²⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 21.

²⁵⁹ MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis**. p. 86.

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 252.

²⁶¹ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 1088868, de 18 de dezembro de 2017**. Relator Ministro Dias Toffoli.

separação dos Poderes, só pode adentrar no mérito de decisão administrativa quando esta restar eivada de ilegalidade ou de abuso de poder”²⁶²; o Poder Judiciário pode “determinar a adoção de medidas assecuratórias dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos previstos na Constituição Federal”²⁶³; não cabe “ao Poder Judiciário, a pretexto de realizar o controle de atos legislativos, imiscuir-se em matérias *interna corporis*, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes”²⁶⁴; “não pode o Poder Judiciário, a pretexto de conceder tratamento isonômico, atuar como legislador positivo para estabelecer benefícios tributários não previstos em lei, sob pena de afronta ao princípio fundamental da separação dos poderes”²⁶⁵.

2.4.4 Agigantamento do Poder Judiciário e criatividade judicial

Os tribunais judiciais têm assumido um protagonismo crescente em vários países, deixando de se limitar ao tradicional papel de resolução de conflitos individuais, para também garantir liberdades cívicas, proteger e dar efetividade a direitos (inclusive contra o poder público), atuar no controle social, na criação de um ambiente de estabilidade e segurança jurídicas, bem como no controle de outras instituições do Estado e de suas condutas²⁶⁶.

Além disso, a interpretação judiciária, embora sempre tenha sido criativa do direito em alguma medida, intensificou-se quanto à criatividade dos juízes a partir do Século XX, como reflexo do “crescimento do papel do estado em geral, e da função legislativa em particular”²⁶⁷.

Vários fatores contribuíram significativamente para o agigantamento do Poder Judiciário e para o aumento da criatividade judicial, conforme se verá adiante.

A mudança de paradigma estatal, passando do Estado liberal para o Estado social (*welfare state*), fez com que o papel do governo deixasse de se limitar ao de um vigilante da ordem, passando a envolver “a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional”²⁶⁸.

²⁶² SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 1008992 AgR, de 23 de junho de 2017**. Relator Ministro Roberto Barroso.

²⁶³ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 955846, de 26 de maio de 2017**. Relator Ministro Gilmar Mendes.

²⁶⁴ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 1028435, de 30 de junho de 2017**. Relator Ministro Dias Toffoli.

²⁶⁵ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 606171, de 07 de fevereiro de 2017**. Relator Ministro Dias Toffoli.

²⁶⁶ GOMES, Conceição - **Protagonismo e Independência dos tribunais**.

²⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro – **Juizes Legisladores?** p. 31 e 35.

²⁶⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 41.

Afinal, diversamente dos direitos tradicionais que exigem que o Estado apenas não permita sua violação, os direitos sociais (como o direito à assistência médica e social, à habitação e ao trabalho) normalmente demandam uma intervenção estatal ativa e contínua, “com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas”²⁶⁹.

Esse surgimento de novos direitos sociais e econômicos provocou o aumento drástico do número de litigantes potenciais e a necessidade de maior atuação do Judiciário na apreciação da legalidade das condutas do Estado, inclusive no que se refere à falta de implementação dos novos direitos²⁷⁰.

Também não se pode olvidar que a legislação social, especialmente quando prevista em documentos internacionais e em textos constitucionais, costuma se limitar à definição de sua finalidade e princípios gerais, abrindo ampla margem para a criatividade e discricionariedade judiciais na densificação e concretização dos respectivos direitos, porque aos juízes cabe controlar e exigir “o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”²⁷¹.

Juntamente com o paradigma do Estado social, passaram a surgir diuturnamente novas demandas da sociedade, as quais muitas vezes obtiveram como resposta a simples edição de leis. Tal movimento revelou uma “fúria legislativa” decorrente do desejo de dar solução imediata às reivindicações sociais, mesmo que nem sempre houvesse um compromisso verdadeiro de lhes assegurar efetividade²⁷².

Ao longo do tempo, esse substancial aumento dos encargos das intervenções legislativas (agigantamento do Poder Legislativo) fez com que os parlamentos não mais conseguissem atender, em tempo razoável, as demandas por inovações na legislação. Disso resultou, inicialmente, o descrédito no Legislativo, com “transformação gradual do *welfare state* em estado administrativo”. Como consequência, foram transferidas tarefas normativas para o Executivo, seus órgãos e agências (agigantamento do Poder Executivo)²⁷³.

Posteriormente, constatou-se também desilusão e desconfiança “em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências”, tendo em vista “o perigo de

²⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 41.

²⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa – A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas. **Manifesto**. p. 80.

²⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 41-42.

²⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 69-74.

²⁷³ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 43-44.

abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de ‘tutela’ paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre os cidadãos por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço”²⁷⁴.

Não bastasse isso, o fenômeno da “megapositivização”, tanto pelo Legislativo como pelo Executivo, acarretou a diminuição da efetividade e da credibilidade da solução normativa²⁷⁵.

Do gigantismo do Legislativo e do Executivo e da desconfiança e descrédito da população nesses dois poderes, teria decorrido a necessidade de fortalecimento do ramo judiciário, a fim de se assegurar o “equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos”²⁷⁶.

Também não se pode olvidar que a inflação legislativa fez surgir um emaranhado de normas cuja aplicação demanda interpretação sistemática e compatível com o restante do ordenamento jurídico, especialmente frente à supremacia da Constituição e dos documentos de direito internacional. E isso frequentemente demanda maior (cri)atividade judicial²⁷⁷;

A Revolução Industrial também gerou amplas e profundas consequências econômicas, sociais e culturais, assumindo uma característica que foi sintetizada por Cappelletti na palavra “massificação”²⁷⁸.

Em virtude da aludida massificação, que ultrapassa o setor econômico e também se refere a relações, comportamentos, sentimentos e conflitos sociais, as pessoas que se envolvem em conflitos dessa dimensão/natureza acabam procurando novos meios mais eficazes de tutela, tanto no âmbito político, como no âmbito do Judiciário²⁷⁹.

Em tal contexto, passou-se a reconhecer legitimidade a partes ideológicas e a defensores privados do interesse público para agirem na tutela do interesse público em geral e de categorias e classes de pessoas também muito amplas, porque nessas situações o indivíduo normalmente não se mostra capaz de proteger seus interesses de forma adequada²⁸⁰.

Consequentemente, os juízes tiveram que assumir uma posição mais criativa/proativa tanto em matéria processual, como também em matéria de direito substantivo. Seja porque “o

²⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 44-45.

²⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 74.

²⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 54.

²⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 74-75.

²⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 56.

²⁷⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 57.

²⁸⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 58-59. A tutela de direitos difusos e coletivos está bastante ligada a essa ideia de massificação na busca de soluções no âmbito judiciário, sendo objeto, no que tange à representação jurídica por partes ideológicas e defensores privados do interesse público, da “segunda onda” de soluções para o problema de acesso efetivo à justiça, de que falam Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 75-159).

interesse público atingido em processos deste tipo é muito maior do que no processo civil normal”, sendo “dever do tribunal garantir a proteção desse interesse e daquele dos ‘membros ausentes’ da classe”²⁸¹; seja porque frequentemente tais controvérsias envolvem leis e direitos sociais vagos, fluídos e programáticos, tornando inevitável alto grau de ativismo e criatividade judicial; seja porque nas aludidas questões geralmente são objeto de discussão atos praticados pelo Legislativo e/ou pelo Executivo agigantados ou condutas/interesses de grandes formações econômicas e/ou sociais, demandando um “crescimento do judiciário, com vistas a assegurar o controle eficaz desses outros ‘leviatãs’, caracterizadores do nosso mundo ocidental também no setor privado”²⁸².

Outro fator que contribuiu para o agigantamento do Poder Judiciário foi a proclamação crescente do catálogo de direitos fundamentais a partir da Segunda Guerra Mundial. Afinal, diante das atrocidades nela cometidas, a comunidade internacional passou a reconhecer claramente a necessidade de tutelar determinados direitos ligados à dignidade da pessoa humana, mediante adoção de medidas de caráter nacional e internacional, estando isso explícito no preâmbulo da DUDH²⁸³.

Assim, vários documentos de direito internacional/supranacional e textos constitucionais passaram a estabelecer crescentemente catálogos de direitos humanos e fundamentais, vinculantes para os respectivos Estados e, conseqüentemente, para seus legisladores ordinários. E “a tarefa dos tribunais, de dar atuação aos modernos ‘Bill of Rights’, grandemente contribui para ‘expandir o âmbito do direito judiciário’ e aumentar a criatividade dos juízes”²⁸⁴.

Com efeito, muitos dos “novos” direitos fundamentais se qualificam como direitos sociais e, conforme já mencionado, esses direitos geralmente são vagos, fluídos e programáticos, demandando atuação mais criativa dos juízes para sua densificação e concretização. Isso se torna mais evidente quando tais direitos são previstos em documentos internacionais e normas constitucionais, que costumam ser sintéticos e conter preceitos “formulados em termos de valor: liberdade, dignidade, igualdade, democracia, justiça... [...], empregando conceitos de valor como ‘tratamento igual’, ‘regras de justiça natural’, ‘*due process of law*’ etc.”²⁸⁵.

²⁸¹ HOMBURGER apud CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 60.

²⁸² CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 60-61.

²⁸³ PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 5.

²⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 61-62 e 66.

²⁸⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 67.

Consequentemente, os tribunais e juízes encarregados de assegurar a aplicação de tais preceitos/diretrizes/valores se veem diante da tarefa de atribuir conteúdo a comandos vagos²⁸⁶, sendo essa “outra potente causa do crescimento sem precedentes, no nosso mundo contemporâneo, do terceiro ramo e de sua criatividade”²⁸⁷.

Esse agigantamento judiciário, no entanto, acarreta alguns efeitos colaterais indesejados, como o estímulo ao aumento da litigiosidade (cultura demandista) e o desestímulo à solução não judicializada dos conflitos de interesses; a criação de focos de tensão com os demais poderes, tanto por essa nova atuação do Judiciário muitas vezes esbarrar (e, eventualmente, até transpor) nos limites das competências institucionais do Legislativo e do Executivo, como também por impor o cumprimento de obrigações que exigem mais recursos financeiros, comprometendo a ação estatal em outras áreas diante da limitação do orçamento público²⁸⁸.

De todo modo, independentemente das causas, dos efeitos colaterais indesejados e de argumentos como os da “incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do direito” e da falta de “legitimação democrática do direito jurisprudencial”²⁸⁹, é fato que cabe ao Poder Judiciário resolver diariamente conflitos e divergências cuja solução demanda atividade criativa dos magistrados, já que estes não podem se recusar a prestar jurisdição sob o fundamento de ausência de lei clara e inequívoca.

Ademais, tendo o Poder Judiciário também a missão de controlar os demais poderes num sistema de freios e contrapesos, parece natural que os tribunais e juízes interpretem as leis e colmatem aparentes lacunas do ordenamento jurídico, numa atividade claramente criativa. Inclusive com o objetivo de corrigir ações e suprir omissões dos demais poderes contrárias às diretrizes comumente genéricas de documentos de direito internacional e do texto constitucional, no âmbito do controle de convencionalidade e de constitucionalidade.

Mas, apesar de ser inevitável a criatividade dos juízes em maior ou menor extensão, não há dúvidas de que isso está sujeito a limites, especialmente para se evitar, como já afirmado, que a criação do direito pelo Poder Judiciário interfira no núcleo essencial da

²⁸⁶ Mas “o fato de uma Constituição ser ‘aberta’ em razão da baixa densidade de suas normas e da possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos não significa que o Judiciário pode decidir da ‘melhor forma’ quando o legislador já se posicionou, fechando o espectro de abertura que a Constituição deixou ao seu poder discricionário. O órgão jurisdicional controla a observância dos parâmetros formais e materiais da decisão política, os quais são oferecidos pela Constituição, não podendo fazer política fora de seu âmbito de competência” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 226).

²⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 68-69.

²⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 144-145.

²⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 86-88 e 91-93.

ordenação constitucional dos poderes, invadindo indevidamente a esfera de competências próprias do Legislativo e do Executivo.

Por fim, já se verifica em alguns países sinais claros de reação ao agigantamento do Poder Judiciário. Conceição Gomes se refere, por exemplo, a uma tendência crescente de controle político do poder judicial na Hungria e na Polônia, bem como a um conflito institucional entre o poder judicial e o poder político em Portugal, envolvendo, nesse último caso, discussões sobre salvaguardas da independência dos juízes, além de questões salariais e de carreira²⁹⁰.

Especificamente no que tange a Portugal, Asensi afirma que o Judiciário recebeu destaque nas décadas de 1970 a 1990, o que provocou uma reação dos demais poderes, materializada em alterações e reformas destinadas a reduzir a importância institucional do Poder Judiciário a partir da década de 1990²⁹¹.

No Brasil, também há movimento semelhante de reação dos demais poderes ao agigantamento do Judiciário, refletido, por exemplo, na criação do CNJ com competência para exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (artigos 92, inciso I-A, e 103-B da CRP, com as alterações da Emenda Constitucional n.º 45/2004)²⁹², bem como em projeto de lei no âmbito do Congresso Nacional prevendo novas hipóteses de crime de abuso de autoridade e que, na fase inicial de tramitação, chegava a prever o denominado “crime de hermenêutica”²⁹³.

2.4.5 Judicialização de políticas públicas

Política pública, dentre as mais diversas acepções, indica “o processo político de escolha de prioridades para o governo”, envolvendo a definição de objetivos e de meios para alcançá-los em determinado espaço de tempo²⁹⁴.

A definição dessas políticas cabe, conforme o caso, ao poder constituinte, ao Parlamento e à Administração, “traduzindo-se em normas, orientações, diretrizes, programas,

²⁹⁰ GOMES, Conceição - **Protagonismo e Independência dos tribunais**.

²⁹¹ ASENSI, Felipe Dutra – **Saúde, Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. p. 218-224.

²⁹² EMENDA Constitucional n.º 45, de 2004. In **Constituição da República Federativa do Brasil**. p 300 e 308-309.

²⁹³ SENADO aprova projeto que altera Lei de Abuso de Autoridade. **Senado Notícias**.

²⁹⁴ BUCCI apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 143.

orçamentos e providências específicas, postos aos diversos setores da atividade administrativa ou por estes pressupostos”²⁹⁵.

Diante disso, a formulação de políticas públicas deve caber ordinariamente às instâncias de poder “legitimadas pelo voto popular, com representantes exercendo mandatos em nome do povo, a saber, os parlamentares e os governantes”²⁹⁶.

Primeiro, porque a definição de políticas públicas normalmente envolve problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos, sendo que os órgãos do Poder Judiciário, por sua função precípua de julgar, costumam não dispor de todos os meios para a aferição e análise de tais questões (incompetência institucional da magistratura), como os que são colocados à disposição do Legislativo e do Executivo²⁹⁷.

É verdade que os juízes e tribunais podem se valer, por exemplo, do auxílio de peritos para a análise de questões técnicas mais complexas²⁹⁸, mas esse apoio, que serve para a solução de conflitos individualizados, pode não se mostrar suficiente para a definição de políticas públicas, especialmente levando em conta que essa atividade envolve a identificação dos anseios sociais, a aferição dos recursos disponíveis e, com base nisso, a definição das ações prioritárias a serem executadas pelo Governo.

Em outros termos, a limitação dos recursos públicos geralmente impõe a realização de escolhas do que pode e do que não pode ser feito, ou, pelo menos, do momento em que deve ser feito, contraindicando que a definição de uma política pública ocorra de forma isolada (como tenderia a ocorrer em processos judiciais pela limitação do seu objeto), sem considerar os demais anseios sociais inclusive em outras áreas da atuação estatal (ex.: definição de política pública de saúde sem considerar, de modo global, outras demandas de políticas públicas nas áreas de segurança e educação, bem como a limitação de recursos).

Nessa linha, bem leciona João Batista Gomes Moreira que “deve haver conexão entre as políticas estabelecidas para as diversas áreas”²⁹⁹.

Segundo, porque essa atividade de definição de políticas públicas está intimamente ligada ao caráter democrático e representativo dos processos legislativo e executivo, de modo

²⁹⁵ MOREIRA, João Batista Gomes – **Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática**. p. 267.

²⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 143.

²⁹⁷ DEVLIN apud CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 86-88.

²⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 88-89.

²⁹⁹ MOREIRA, João Batista Gomes – Do ato administrativo às políticas públicas – controle jurisdicional. In **A constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições: estudos em homenagem a José Afonso da Silva**. p. 670.

que, em regra geral, deve caber aos representantes eleitos pelo povo a escolha das prioridades governamentais³⁰⁰ (legitimidade democrática e princípio majoritário)³⁰¹.

Não afasta esse entendimento o fato dos membros do Legislativo e do Executivo nem sempre atuarem em perfeita harmonia com o interesse majoritário; dos membros das mais altas Cortes judiciais normalmente serem nomeados politicamente; dos poderes Legislativo e Executivo serem menos acessíveis a determinados grupos; e/ou da maior participação direta dos interessados no processo judicial do que nos processos legislativo e executivo³⁰².

Com efeito, adotado o modelo de democracia representativa, é de se admitir que os membros de poder eleitos pelo povo têm legitimação para atuar em seu nome, mesmo que suas ações não guardem perfeita consonância com o sentimento majoritário; os membros das altas Cortes judiciais nomeados politicamente (escolha popular indireta) não ostentam o mesmo grau de representatividade dos membros do Legislativo e do Executivo eleitos pelo povo (escolha popular direta); e a acessibilidade do Judiciário a todos os cidadãos não assegura que, nas decisões judiciais, seus interesses e argumentos serão apreciados, especialmente porque não se garante a manifestação direta de todos nesses processos³⁰³.

Enfim, pelo critério democrático, é mais razoável que a formulação originária de políticas públicas ocorra nas esferas de poder integradas por representantes eleitos por toda a sociedade.

Porém, não se pode olvidar que a democracia representativa não se limita a um governo da maioria, de modo que “não vale qualquer vontade majoritária, somente vale a que se forme no respeito das normas – constitucionais, legais, estatutárias, regimentais – que a estruturam e regulam”³⁰⁴.

Diante disso, um Judiciário independente dos caprichos momentâneos da maioria é de suma importância para a preservação do Estado democrático, “tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos

³⁰⁰ Como bem observam Dimoulis e Martins, “entre todas as autoridades estatais, o legislador ordinário é o primeiro concretizador da Constituição e, conseqüentemente, o órgão que possui o maior poder discricionário de tomada de decisões com critérios políticos, não podendo as demais autoridades estatais contrariar suas decisões por simples motivo de discordância ou inconveniência política (que pode também se representar como discordância moral, científica, estética etc.)” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 226).

³⁰¹ DEVLIN apud CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 92-93. Essa resistência ao controle judicial das políticas públicas, com base no argumento de que apenas os membros do Executivo e do Legislativo são legitimados pelo mandato popular, tem sido chamada de “dificuldade contramajoritária” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 80-81).

³⁰² CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 94-106.

³⁰³ Mesmo que se admita a intervenção de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, normalmente essas medidas estão sujeitas a limitações e não cabem em todos os tipos de processos judiciais.

³⁰⁴ MIRANDA, Jorge – Constituição e Democracia. In **A constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições: estudos em homenagem a José Afonso da Silva**. p. 333-334.

poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governamentais ou quase-governamentais)”³⁰⁵.

Para tanto, cabe ao Judiciário fazer preponderar a ordem jurídica definida pela maioria (ou por seus representantes) em determinado momento, assegurando os direitos humanos e fundamentais, bem como o cumprimento das demais promessas materializadas em atos normativos (documentos de direito internacional, Constituição, leis, regulamentos etc.), ou seja, aplicando e criando o direito na medida estritamente necessária para viabilizar o adequado cumprimento dos princípios e normas preexistentes e impondo a implementação de políticas públicas já definidas pelos demais poderes.

Canotilho, no entanto, afirma que “os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação”. E conclui: “a política deliberativa sobre as políticas da República pertence à política e não à justiça”³⁰⁶.

Mas a assertiva aceita contraposição. De fato, a formulação originária de políticas públicas deve caber à política, e não à Justiça. Mas, uma vez formulada a política pública – e enquanto não revogada –, seu cumprimento pode – e deve – ser imposto pela Justiça, sob pena de não haver controle eficaz de omissões ilegítimas do Executivo e do Legislativo por um poder independente, a depender do sistema político constitucional (v. g., Brasil).

Afinal, para se assegurar um sistema de freios e contrapesos efetivo, deve-se admitir a possibilidade do Judiciário impor aos demais poderes o cumprimento de promessas por eles assumidas e materializadas em atos normativos ainda vigentes, atendendo às premissas básicas do princípio da separação dos poderes em sua concepção atual.

Daí porque, em vários países, o crescimento da judicialização da política é reflexo do agigantamento do Judiciário já referido no tópico anterior, decorrendo, entre outros fatores, da ineficiência dos demais poderes em oferecer satisfatoriamente à população as prestações primárias que deveriam ser fornecidas pelo Estado, abrindo espaço para a busca do Judiciário como última instância de solução da omissão estatal³⁰⁷.

No Brasil, é bastante claro o fenômeno da judicialização de políticas públicas. Tanto que o STF tem decidido frequentemente sobre a matéria, fixando o entendimento de que pode o Judiciário, diante da inércia ou morosidade dos demais poderes, determinar a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, como medida

³⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** p. 107.

³⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 946.

³⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. p. 83.

assecuratória de direitos fundamentais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes³⁰⁸.

Sobre o assunto, embora discordando claramente do fenômeno, Canotilho observa que a magistratura judicial brasileira, diante “da verificação de que os poderes políticos competentes para a dinamização de políticas públicas de solidariedade e de socialidade permanecem indiferentes ou actuam com manifesta desconformidade com os princípios de justiça, constitucionalmente plasmados”, tem assumido “a sua *accountability* e a sua *responsiveness* para com os pobres ousando proferir sentenças de inequívoca conformação político-social”³⁰⁹.

Já em Portugal, após uma explosão de litigiosidade a partir da década de 1970, com o aumento do protagonismo social e político dos tribunais, sobreveio a chamada “crise do Judiciário”, que demonstrou não estarem os tribunais preparados para essa transformação, e, juntamente com ela, um movimento de reação dos demais poderes materializado em alterações e reformas destinadas a reduzir a importância institucional do Poder Judiciário a partir da década de 1990³¹⁰.

Por isso, Asensi afirma que, “se no Brasil o Judiciário transformou-se de ‘Poder tímido’ para ‘terceiro gigante’, no mesmo lapso temporal podemos observar o inverso na realidade portuguesa”. E prossegue: “se no Brasil a autonomização institucional permitiu ao Judiciário fortalecer-se, em Portugal a influência do Executivo e do Legislativo afetou a independência institucional deste Poder no seu dia a dia”³¹¹.

Talvez essa “desjudicialização da política” tenha contribuído, de alguma forma, para que boa parte da legislação social portuguesa permanecesse, segundo Boaventura de Sousa Santos, “letra morta”³¹². Mas essa hipótese deve ser objeto de investigação e reflexão mais aprofundadas em outra oportunidade.

³⁰⁸ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 1010267 AgR, de 31 de março de 2017**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski ; SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 808193 AgR, de 19 de maio de 2017**. Relator Ministro Roberto Barroso; SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 909943 AgR, de 02 de junho de 2017**. Relator Ministro Edson Fachin; SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 1021895 AgR, de 29 de setembro de 2017**. Relator Ministro Dias Toffoli.

³⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes – O direito dos pobres no activismo judiciário. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 35.

³¹⁰ GOMES, Conceição - **Protagonismo e Independência dos tribunais**; ASENSI, Felipe Dutra – **Saúde, Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. p. 214-217; SANTOS, Boaventura de Sousa – A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas. **Manifesto**. p. 76-77.

³¹¹ ASENSI, Felipe Dutra – **Saúde, Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. p. 217.

³¹² SANTOS apud ASENSI, Felipe Dutra – **Saúde, Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. p. 216.

3. Direito à saúde³¹³

3.1 Considerações gerais

O conceito de saúde em si mesmo e sua tutela têm variado ao longo dos tempos. No início, a noção de saúde estava relacionada à ausência de doença, sendo esta encarada como fenômeno sobrenatural e tratada por meios místicos, como rituais mágicos de curandeirismo e xamanismo³¹⁴.

Na Grécia antiga, apesar de ainda prevalecer um forte misticismo, foram marcantes os ensinamentos de Hipócrates, que elaborou um dos primeiros tratados de saúde (“Sobre Ares, Águas e Lugares”), baseando seu conhecimento médico na observação empírica e afastando a medicina da religião, do sobrenatural e de outras crenças místicas. Também foi na Grécia que surgiu o brocardo *mens sana in corpore sano*, refletindo um ideal de saúde que demandava a harmonia e o equilíbrio do corpo e da mente³¹⁵.

Em Roma, chamam a atenção as obras de engenharia e urbanismo voltadas, direta ou indiretamente, à preservação da saúde pública, como os grandes aquedutos, os banhos públicos e os sistemas de esgoto, além da construção de enfermarias destinadas aos escravos, denominadas “valetudinárias”³¹⁶.

Na Idade Média, contudo, a Igreja fez preponderar seu dogmatismo, que se baseava na ideia de que a enfermidade era uma espécie de castigo divino, ficando sua cura a cargo dos ministros religiosos³¹⁷ por meio de orações, penitências e invocações de santos. Mesmo assim, ainda nesse período, houve a fundação da Escola de Salerno e dos primeiros hospitais de cunho assistencial, cuja maior parte era mantida por ordens religiosas, mas que funcionavam na ideia de segregação e confinamento do doente, mantendo forte vinculação à crença no caráter divino da cura³¹⁸.

³¹³ Segundo Canotilho e Moreira, o direito à proteção da saúde tem duas dimensões: uma negativa, correspondendo ao direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de prejudicar a saúde; outra positiva, que diz respeito ao direito de exigir prestações estatais visando à preservação da saúde (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada: Volume I**. p. 825). Neste capítulo, trataremos basicamente do direito à saúde na dimensão positiva, ou seja, enquanto direito social propriamente dito.

³¹⁴ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 12.

³¹⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 13-14.

³¹⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 14.

³¹⁷ SIQUEIRA, Dirceu Pereira – **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. p. 45.

³¹⁸ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 15.

Com o ressurgimento das cidades como centros de aglomeração humana, já no final da Idade Média, surgiram grandes endemias, estimulando o combate a estas e desvinculando gradativamente a medicina dos preceitos religiosos³¹⁹. Nesse momento, a atuação dos hospitais ainda era predominantemente baseada na preocupação de isolar o doente, sendo que sua organização e manutenção cabiam à comunidade³²⁰.

No Século XVIII, o desenvolvimento da ciência médica foi fortalecido pelo racionalismo iluminista e consolidou-se o entendimento de que a saúde, especialmente quanto ao combate das causas das doenças, se tratava de uma questão de interesse de toda a sociedade e, por isso, deveria ser objeto de atuação estatal³²¹.

Com a Revolução Industrial, os problemas de saúde passaram a ser encarados como prejudiciais à economia, pois implicavam redução da força de trabalho utilizada nas atividades produtivas. Esse enfoque liberal fez com que a legislação passasse a regular algumas relações de trabalho, objetivando evitar que o desgaste excessivo do trabalhador lhe acarretasse doenças e o afastasse das atividades produtivas³²².

Ainda no Século XIX, teve início a internacionalização do enfoque no tratamento da saúde, com a Primeira Conferência Internacional Sanitária em 1851 e com a criação da Cruz Vermelha em 1864, bem como teve continuidade o progresso da medicina, inclusive com a descoberta de curas para a tuberculose em 1882 e para a difteria em 1883³²³.

No início do Século XX, com a mudança do paradigma estatal do liberalismo para o Estado social, passaram a ser afirmados os denominados “direitos sociais”, enquadrando-se entre eles o direito à saúde, que foi sendo objeto de crescente reconhecimento normativo, chegando inclusive aos textos constitucionais. Além disso, também foi relevante a alteração de paradigma quanto à preservação da saúde, que passou de uma perspectiva marcadamente curativa para uma dupla perspectiva curativa e preventiva, chamando atenção a realização de campanhas de imunização, de melhorias do saneamento básico e orientação da população sobre cuidados alimentares e de higiene³²⁴.

Durante o Século XX e neste início de Século XXI, teve continuidade o processo de regulamentação cada vez maior do direito à saúde, tanto no âmbito interno dos Estados como

³¹⁹ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 15-16.

³²⁰ SIQUEIRA, Dirceu Pereira – **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. p. 45-46.

³²¹ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 16.

³²² Idem - **Ibidem**; SIQUEIRA, Dirceu Pereira – **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. p. 46.

³²³ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 16-17.

³²⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 17.

no plano internacional, o que também envolveu a criação de organismos multilaterais. Nesse período, a evolução de medicina e de outras ciências tem sido bastante rápida, com a incorporação de novas tecnologias que, por um lado, auxiliam na preservação da saúde, mas, por outro, geram novas preocupações com as questões relativas à bioética³²⁵.

Como se vê, embora a reivindicação do direito à saúde seja antiga, seu reconhecimento normativo é relativamente recente³²⁶.

Quanto ao reconhecimento do direito à saúde no âmbito internacional, cumpre observar que a Constituição da OMS (1946) estabelece como seu objetivo “a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível” (artigo 1.º) e define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (Preâmbulo)³²⁷.

A DUDH (1948) estabelece que todos têm direito a um nível de vida que lhes assegure (e à sua família) a saúde e o bem-estar, inclusive quanto à assistência médica e aos serviços sociais necessários (artigo 25.º, n.º 1).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) determina que os Estados partes reconheçam “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental” (artigo 12.º, n.º 1)³²⁸.

A CDFUE (2000) dispõe que todas as pessoas têm “direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais”, bem como que, “na definição e execução de todas as políticas de ações da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana” (artigo 35.º).

No âmbito interno do Brasil, sua Constituição estabelece que a saúde é um direito social reconhecido a todos e dever do Estado, que deve assegurá-lo por meio de políticas sociais e econômicas destinadas a reduzir o risco da doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CRFB, artigos 6.º e 196).

A Constituição de Portugal, por sua vez, dispõe que a saúde é um direito social reconhecido a todos, sendo sua proteção realizada por meio de serviço nacional de saúde universal, geral e tendencialmente gratuito, bem como pela criação de condições econômicas, sociais, culturais e ambientais que garantam a proteção da infância, da juventude e da velhice,

³²⁵ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 18.

³²⁶ SIQUEIRA, Dirceu Pereira – **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. p. 44.

³²⁷ **CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**.

³²⁸ **PACTO Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**.

pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e, ainda, pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável (CRP, artigo 64.º, n.º 1 e n.º 2).

Conclui-se, assim, que o direito à saúde atualmente se qualifica como direito humano (face à sua internacionalização) e como direito fundamental no Brasil e em Portugal (face à sua positivação constitucional), sendo fundamentado na dignidade da pessoa humana³²⁹, pois esse princípio exige que se confira às pessoas condições de vida capazes de lhes assegurar bem-estar³³⁰, inclusive impondo “a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos”, tendo “como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém desse patamar”³³¹.

Outrossim, no Brasil, o STF já decidiu que “o direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”³³².

Por derradeiro, não há dúvida de que, na classificação tradicional de gerações de direitos humanos e fundamentais, o direito à saúde se qualifica como de segunda geração, na medida em que claramente outorga “ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais”³³³.

3.2 Conceito

A OMS define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social” (componente positivo), superando a posição tradicional de que ela se confundiria com a mera ausência de doenças (componente negativo)³³⁴.

No entanto, há críticas ao aludido conceito, baseadas principalmente no caráter subjetivo da expressão “bem-estar”, que demandaria decisões de várias esferas estatais para a adequada densificação desse direito social, e no caráter extremo da expressão “completo”, que impossibilitaria o alcance desse objetivo pelo fato de todos – ou praticamente todos – terem

³²⁹ LOPES, Mauricio Caldas – **Judicialização da Saúde**. p. 55.

³³⁰ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 210.

³³¹ SARLET, Ingo Wolfgang – Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 89.

³³² SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 393175 AgR, de 12 de dezembro de 2006**. Relator Ministro Celso de Mello.

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 55.

³³⁴ **CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**.

algum tipo de comprometimento, em maior ou menor extensão, do bem-estar físico, mental ou social³³⁵.

Apesar de razoáveis tais argumentos, o certo é que a referida definição inclui expressamente a ausência de doença ou enfermidade no conceito de saúde (componente negativo)³³⁶, sendo objetiva e geralmente factível essa diretriz.

Ademais, tal conceito envolve um ideal a ser alcançado, que pode – e deve – ser objeto de maior detalhamento por meio de documentos de direito internacional (sob o enfoque de direito humano) e de normas internas no âmbito de cada Estado (sob o enfoque de direito fundamental), atendendo, entre outros aspectos, à limitação de recursos e à definição de prioridades, enfim, à formulação de políticas pelos órgãos competentes.

A própria Constituição da OMS já define algumas diretrizes básicas a serem observadas na sua atuação internacional, como, por exemplo, prestação de serviços sanitários e facilidades a grupos especiais, como populações e territórios sob tutela (artigo 2.º, alínea “e”); disponibilização de serviços de epidemiologia e estatística (artigo 2.º, alínea “f”); aperfeiçoamento de trabalhos destinados à eliminação de doenças epidêmicas, endêmicas e outras (artigo 2.º, alínea “g”); promoção da prevenção de danos por acidente (artigo 2.º, alínea “h”); melhoria da alimentação, habitação, saneamento, recreio, condições econômicas e de trabalho e outros fatores de higiene do meio ambiente (artigo 2.º, alínea “i”); promoção da saúde e do bem-estar da mãe e da criança e favorecimento da aptidão para viver harmoniosamente num meio variável (artigo 2.º, alínea “l”); favorecimento de atividades no campo da saúde mental, com enfoque na preservação da harmonia nas relações humanas (artigo 2.º, alínea “m”)³³⁷.

E o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também estabelece diretrizes para assegurar a plena efetividade do direito à saúde nele previsto, envolvendo a adoção de medidas pelos Estados signatários destinadas a reduzir o número de natimortos e de mortes infantis (artigo 12.º, n.º 2, alínea “a”); a assegurar o desenvolvimento saudável das crianças (artigo 12.º, n.º 2, alínea “a”); a melhorar a higiene do trabalho e do meio ambiente (artigo 12.º, n.º 2, alínea “b”); a prevenir, combater e tratar as doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras (artigo 12.º, n.º 2, alínea “c”); a assegurar a

³³⁵ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 32-34; SIQUEIRA, Dirceu Pereira – **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. p. 51.

³³⁶ “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (**CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**).

³³⁷ Idem - **Ibidem**.

todos a assistência médica e os serviços médicos em caso de doença (artigo 12.º, n.º 2, alínea “d”)³³⁸.

Sob essa perspectiva, consideramos aceitável o conceito de saúde constante da Constituição da OMS³³⁹.

3.3 Diretrizes básicas do direito à saúde no ordenamento interno brasileiro

A Constituição brasileira reconhece a saúde como um direito social de todos, sendo dever do Estado assegurá-lo por meio de políticas sociais e econômicas destinadas a reduzir o risco da doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CRFB, artigos 6.º e 196).

Conquanto a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada (CRFB, artigo 199), existe um sistema único mantido pelo Estado (SUS), que integra, de forma regionalizada e hierarquizada, as ações e serviços públicos de saúde (CRFB, artigo 198, *caput* e § 1.º) e tem, entre as suas diretrizes, o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (CRFB, artigo 198, inciso II).

No âmbito legal (infraconstitucional), a densificação do direito à saúde no Brasil se deu em grande parte pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Essa lei, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 12.401/2011, estabelece algumas diretrizes, como as de que: a saúde constitui direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (artigo 2.º); o direito à saúde abrange ações destinadas a assegurar condições de bem-estar físico, mental e social às pessoas e à coletividade (artigo 3.º, parágrafo único); o dever do Estado de garantir a saúde das pessoas envolve a formulação e execução de políticas econômicas e sociais destinadas à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como o estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (artigo 2.º, parágrafo 1.º); o aludido dever estatal não isenta as

³³⁸ **PACTO Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.**

³³⁹ Cumpre transcrever, pelo caráter marcadamente analítico, o seguinte conceito de saúde: “condição do indivíduo que não se encontra, naquele determinado momento, acometido de enfermidade, anomalia, lesão ou algum outro estado mórbido que represente diminuição de sua qualidade de vida, seja por lhe causar dor, sofrimento, perda ou diminuição da capacidade física ou cognitiva, instabilidade emocional, ou represente risco de morte prematura, assim reconhecido pela ciência médica, conforme o atual estágio da técnica, e desde que também o desvio da normalidade com prejuízo da qualidade de vida não seja de grau insignificante, excessivamente efêmero ou, ainda, não constitua simples decorrência do natural e inevitável processo de envelhecimento do corpo” (CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 37-38).

peessoas, a família, as empresas e a sociedade dos seus deveres para com a saúde alheia (artigo 2.º, parágrafo 2.º); cabe ao SUS, entre outras incumbências, a execução de ações de assistência terapêutica integral (artigo 6.º, inciso I, alínea “d”), a qual inclui a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde³⁴⁰, além da oferta, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, de procedimentos terapêuticos constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado (artigo 19-M); as ações e serviços públicos de saúde, bem como os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS devem observar, entre outros, os princípios da (i) universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, (ii) integralidade da assistência, assim considerado o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema, e (iii) igualdade da assistência à saúde, sendo vedada qualquer espécie de preconceitos ou privilégios (artigo 7.º).

Como se vê, o direito à saúde e o correspondente dever do Estado assegurá-lo é bastante amplo no ordenamento jurídico brasileiro. A regra é de que toda pessoa tem direito a prestações de saúde no âmbito do SUS (universalidade e igualdade), independentemente de contribuição para o sistema (gratuidade)³⁴¹.

Todavia, a integralidade prevista na Constituição brasileira não assegura uma espécie de direito a “qualquer coisa” ou, mais precisamente, a qualquer prestação que envolva a proteção da saúde³⁴², nem a universalidade e a igualdade impõem ao Estado o dever de prestar gratuitamente “todo tipo” de assistência nessa área a quem quer que seja³⁴³.

Sobre esse último aspecto, embora a titularidade do direito social à saúde caiba a todas as pessoas, a exigibilidade de algumas prestações específicas contra o Estado pode ser limitada apenas àqueles que realmente careçam do amparo estatal para satisfazer suas necessidades básicas³⁴⁴, em homenagem aos princípios da igualdade substancial³⁴⁵ e da solidariedade³⁴⁶.

³⁴⁰ O artigo 19-N, inciso I, dessa lei considera como “produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos” (**LEI n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**).

³⁴¹ CORREIA, Érica Paula Barcha – A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 45. Segundo Siqueira, “ao especificar que incumbirá ao Estado estabelecer políticas públicas destinadas a efetivar o acesso ao direito à saúde, estaria o texto constitucional prevendo a gratuidade destes serviços” (SIQUEIRA, Dirceu Pereira – **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. p. 70).

³⁴² CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 337.

³⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 338-339.

³⁴⁴ Em sentido aparentemente contrário, Carneiro afirma que, “ao se estabelecer universalidade de atendimento determina-se que todas as ações estatais promovidas no sentido de proteger a saúde da população devem ser

Com efeito, havendo notória limitação de recursos públicos (materiais, humanos, financeiros etc.), o exercício, em condições formalmente iguais, por autossuficientes e hipossuficientes, do direito a todas as prestações de saúde disponibilizadas gratuitamente pelo Estado (ex.: fornecimento de medicamentos excepcionais de altíssimo custo) pode implicar uma maior deficiência da atuação estatal nessa área, maximizando a desvantagem dos menos favorecidos e podendo até mesmo privá-los do denominado mínimo existencial.

É que o aumento da demanda provocado pelo atendimento integral dos autossuficientes pelo Estado tende a agravar a demora no atendimento dos hipossuficientes, não havendo nenhum prejuízo para os primeiros quanto à garantia do acesso aos cuidados de saúde, porque podem, a qualquer momento, optar pelo custeio de tratamentos particulares com seus próprios recursos.

Tal entendimento guarda consonância com o princípio da diferença, que, na perspectiva rawlsiana, impõe que as desigualdades econômicas e sociais sejam ordenadas para o maior benefício esperado dos menos favorecidos, em condições de igualdade entre eles, ou, ao menos, com benefícios do maior número possível de pessoas em idênticas condições³⁴⁷.

dirigidas à generalidade das pessoas sujeitas aos poderes-deveres que o Estado exerce em seu território, independentemente – mais uma vez, ao menos a princípio – do sexo, idade, profissão, origem, rendimentos ou outras variantes quaisquer” (CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 43). Entretanto, o mesmo autor posteriormente esclarece que a carência econômica do postulante deve ser exigida para a imposição judicial da prestação estatal nos “casos em que o bem ou o serviço de saúde requerido não é fornecido, disponibilizado ou, de alguma forma, custeado pelo SUS”, pois, “enquanto o Poder Público não possuir capacidade econômica para universalizar a prestação de determinado serviço médico ou o fornecimento de certo fármaco, deve fazê-lo apenas em favor daqueles que estejam impossibilitados de obtê-los com recursos próprios” (Idem – **Op. Cit.** p. 297-298). Enfim, na essência, a posição de Carneiro não é muito diferente da adotada sobre a matéria neste trabalho.

³⁴⁵ Conforme Miranda, o sentido positivo do princípio da liberdade envolve, entre outros aspectos, o “tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais – ‘impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas’ - e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador”; e o “tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei)” (MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 255-256).

³⁴⁶ Nesse sentido, embora se referindo à própria titularidade dos direitos sociais: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 79. Na mesma linha, fazendo alusão ao paradigmático caso sobre o direito de acesso ao ensino superior julgado pela Corte Constitucional Federal alemã, Sarlet afirma que vem se admitindo que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 295).

³⁴⁷ RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**. p. 88.

Além disso, confere efetividade ao disposto no § 2.º do artigo 2.º da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, segundo o qual o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao exercício do direito fundamental à saúde não exclui semelhante dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Sob esse enfoque, o dispositivo legal citado legitima, por exemplo, a atribuição à própria pessoa do dever de custear determinados tratamentos de saúde de que necessite, desde que disponha de condições para tanto.

Não se está sustentando, contudo, que o Estado não deve fornecer gratuitamente nenhum tipo de tratamento a quem disponha de recursos próprios para custeá-lo.

Primeiro, porque devem ser ressalvadas situações de interesse geral, como a vacinação destinada a evitar a propagação de doenças, hipótese em que o fornecimento gratuito da prestação estatal tende a beneficiar igualmente a todos (autossuficientes e hipossuficientes), maximizando a eficácia das campanhas de vacinação.

Segundo - e principalmente -, porque a definição de prestações estatais gratuitas de saúde a serem oferecidas aos autossuficientes se trata de questão de política pública, cuja formulação compete, de forma originária, ao Legislativo e ao Executivo³⁴⁸.

Aparentemente adotando essa linha de entendimento, o STF tem reconhecido o dever do Estado de fornecer gratuitamente tratamentos e medicamentos necessários à saúde das

³⁴⁸ No Brasil, os poderes políticos não dispõem de liberdade “plena” para definir ou deixar de definir as prestações de saúde a serem fornecidas gratuitamente aos hipossuficientes, já que estes contam com a afirmação constitucional do direito à saúde (e à vida) e do correspondente dever estatal de assegurá-lo, não lhes restando (aos hipossuficientes), pela falta de recursos próprios, outra alternativa que não seja o fornecimento pelo Estado dos tratamentos necessários (mínimo existencial). Ainda que as normas constitucionais que asseguram o direito à saúde (artigos 6.º e 196) possam ser qualificadas como programáticas, isso não significa que elas careçam de positividade jurídica autônoma ou que demandem necessária intervenção dos órgãos legiferantes para produzir efeitos. Afinal, na lição de Canotilho, tais normas gozam de positividade jurídico-constitucional e disso decorrem, entre outros efeitos, a “vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição)”; e “a vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1177). Especificamente sobre a questão ora discutida, Asensi sustenta que o direito à saúde recebeu do poder constituinte brasileiro “uma força normativa suficiente para a sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação” (ASENSI, Felipe Dutra – **Saúde, Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. p. 149). Nesse sentido, vem decidindo o STF que, embora tenha caráter programático a norma constitucional que assegura o direito à saúde (artigo 196), ela “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 685230 AgR, de 05 de março de 2013**. Relator Ministro Celso de Mello).

pessoas “hipossuficientes”, indicando que não gozam de tal gratuidade, aos menos nessa mesma extensão, as pessoas que detêm recursos próprios para custear o seu tratamento³⁴⁹.

E, mais recentemente, a mesma Corte também decidiu ser constitucional norma (artigo 32 da Lei n.º 9.656/98) que impõe às operadoras de planos de saúde privados a obrigação de ressarcir ao Estado os serviços de atendimento à saúde prestados pelos SUS aos seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas³⁵⁰.

3.4 Diretrizes básicas do direito à saúde no ordenamento interno português

A Constituição portuguesa também reconhece a saúde como um direito social de todos, sendo sua proteção realizada por meio de serviço nacional de saúde universal, geral e “tendencialmente” gratuito³⁵¹, bem como pela criação de condições econômicas, sociais, culturais e ambientais que garantam a proteção da infância, da juventude e da velhice, pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e, ainda, pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável (CRP, artigo 64.º, n.º 1 e n.º 2).

Além disso, atribui prioritariamente ao Estado o dever de assegurar a todos os cidadãos o acesso aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, independentemente da sua condição econômica (CRP, artigo 64.º, n.º 3, alínea “a”), o que não implica necessariamente o dever de fornecer gratuitamente todos os tipos de prestações dessa natureza a todas as pessoas.

Primeiro, porque o artigo 64.º, n.º 2, alínea “a”, da CRP já estabelece que o serviço nacional de saúde (SNS) é apenas “tendencialmente” gratuito, tendo em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos. Isso enseja um sistema por meio do qual os utentes normalmente estão sujeitos ao pagamento de taxas moderadoras e outras formas de co-participação, ressalvadas situações de isenção de pagamento (sistema de co-participação)³⁵².

³⁴⁹ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 1049831 AgR, de 27 de outubro de 2017**. Relator Ministro Edson Fachin.

³⁵⁰ SUPREMO Tribunal Federal – **Pesquisa avançada: Tema 345 - Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS das despesas com atendimento a beneficiários de planos privados de saúde, andamento de 07 de fevereiro de 2018**. Relator Ministro Gilmar Mendes.

³⁵¹ Por isso, Siqueira afirma que, “analisando o disposto no Art. 64 do texto constitucional português, temos grande proximidade com o texto constitucional brasileiro, no que se refere ao direito à saúde” (SIQUEIRA, Dirceu Pereira – **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**, p. 70).

³⁵² **DECRETO-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, com alterações até o Decreto-Lei n.º 131/2017, de 10 de outubro**.

Segundo, porque a garantia de acesso aos cuidados de saúde pode ser efetivada, por exemplo, mediante disponibilização de condições para que tais serviços sejam prestados com qualidade por instituições particulares³⁵³ àqueles que disponham de recursos próprios para custeá-los (autossuficientes), mesmo que de forma onerosa, e àqueles que não tenham condições de pagá-los (hipossuficientes), mediante custeio pelo Estado, assegurando a todos o mínimo existencial nessa área.

Note-se que a Constituição portuguesa define algumas características básicas do serviço nacional de saúde (SNS), quais sejam, universalidade e igualdade (todos têm o direito de recorrer ao serviço nacional de saúde, sem discriminação nem seletividade, enfim, em condições de igualdade³⁵⁴), generalidade (o serviço nacional deve integrar todas as abordagens de cuidados com a saúde, incluindo medicina preventiva, curativa e de reabilitação, mas cabendo densificação por normas infraconstitucionais das prestações específicas a serem oferecidas) e “gratuidade tendencial”, que, conforme mencionado acima, corresponde atualmente a um sistema de co-participação, com isenção de pagamento apenas em situações específicas³⁵⁵.

Canotilho e Moreira bem observam que as aludidas normas constitucionais ostentam dimensão impositivo-programática, da qual decorre que “o incumprimento por parte do Estado das imposições constitucionais referentes à saúde [...] pode justificar a invocação de

³⁵³ Nessa linha, Canotilho sustenta que uma das formas de dar proteção ao direito fundamental à saúde diz respeito aos instrumentos reguladores e à carta de direitos dos utentes, assegurando a qualidade dos serviços de saúde, mediante “observância dos padrões técnicos e humanos definidos em códigos de boas práticas” (CANOTILHO, J. J. Gomes – O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 28-29). Também sobre o assunto, a Base I, n.º 4, estabelece que “os cuidados de saúde são prestados por serviços e estabelecimentos do Estado ou, sob fiscalização deste, por outros entes públicos ou por entidades privadas, sem ou com fins lucrativos”. E a Base III, n.º 2, dispõe que, “para efectivação do direito à protecção da saúde, o Estado actua através de serviços próprios, celebra acordos com entidades privadas para a prestação de cuidados e apoia e fiscaliza a restante actividade privada na área de saúde” (**LEI n.º 48/90, de 24 de agosto - Lei de Bases da Saúde**).

³⁵⁴ No entanto, o Tribunal Constitucional já decidiu que os utentes do serviço público de saúde, independentemente do carácter gratuito ou oneroso, estão sujeitos às condições impostas em lei ou regulamento para acesso e utilização do serviço, a exemplo da apresentação do cartão de utente, desde que a exigência não se mostre inadequada ou desproporcionada de modo a dificultar o exercício concreto do direito de protecção à saúde (TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 221, de 05 de maio de 2009**. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha).

³⁵⁵ A esse respeito, já decidiu o Tribunal Constitucional: “[...] O artigo 64.º, n.º 2, alínea a), da Lei Fundamental não veda, pois, ao legislador a instituição de ‘taxas moderadoras ou outras’, desde que estas não signifiquem a retribuição de um ‘preço’ pelos serviços prestados, nem dificultem o acesso dos cidadãos mais carenciados aos cuidados de saúde [...]” (TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 731, de 14 de dezembro de 1995**. Relator Conselheiro Alves Correia). Sobre o assunto, Canotilho e Moreira lecionam que podem se qualificar “como ilícitas eventuais taxas ou contribuições que, pelo seu montante ou por abrangerem as pessoas sem recursos, dificultem o acesso a esses serviços” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada: Volume I**. p. 827).

uma inconstitucionalidade por omissão (cfr. art. 283.º); e “a execução das obrigações estaduais necessárias ao direito [...] radica-se subjectivamente”³⁵⁶.

A esse respeito, já decidiu o Tribunal Constitucional português que o direito à proteção da saúde se qualifica como direito social com um certo grau de vinculatividade normativa, impondo positivamente ao legislador a realização de algumas tarefas por meio das quais se pode concretizar esse direito, apresentando-se as respectivas normas constitucionais como parâmetro de “controlo de constitucionalidade quando estejam em causa medidas legais ou regulamentares que afectem ou inutilizem o direito, [...] como sucede quando se restrinja injustificadamente o âmbito dos beneficiários, através de um tratamento legal discriminatório”³⁵⁷.

No âmbito legal (infraconstitucional), a densificação do direito à saúde em Portugal se deu em grande parte pela Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto), que estabelece algumas diretrizes, como as seguintes: a proteção da saúde se trata de um direito dos indivíduos e da comunidade, cabendo conjuntamente aos cidadãos, à sociedade e ao Estado a responsabilidade por sua efetivação (Base I, n.º 1); o dever do Estado promover e garantir o acesso de todos aos cuidados de saúde se limita aos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis (Base I, n.º 2); os cuidados de saúde podem ser prestados por serviços e estabelecimentos do Estado, bem como por outros entes públicos ou entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, mas sob fiscalização estatal (Base I, n.º 4); a política de saúde tem âmbito nacional (Base II, n.º 1) e carácter evolutivo³⁵⁸ (Base II, n.º 2), cabendo sua definição ao Governo (Base VI, n.º 1); é objetivo fundamental da política de saúde assegurar a igualdade dos cidadãos no acesso aos cuidados de saúde, independentemente da sua condição económica e do lugar onde vivam, garantindo a equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços (Base II, n.º 1, alínea “b”); a garantia da igualdade no acesso aos cuidados de saúde não impede que sejam tomadas medidas especiais relativamente a grupos sujeitos a maiores riscos, como crianças, adolescentes, grávidas, idosos, deficientes, toxicodependentes e trabalhadores cuja profissão o justifique (Base II, n.º 1, alínea “c”).

³⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada: Volume I**, p. 825-826. Nessa linha, o Tribunal Constitucional já decidiu que, “sendo o direito a saúde um verdadeiro e próprio direito fundamental, e o serviço nacional de saúde uma garantia institucional da realização desse direito, uma vez criado esse serviço por lei, ele passa a ter a sua existência constitucionalmente garantida, pelo que é inconstitucional a lei que venha extingui-lo ou revogá-lo” (TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 84-039-P, de 11 de abril de 1984**. Relator Conselheiro Vital Moreira).

³⁵⁷ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 221, de 05 de maio de 2009**. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha.

³⁵⁸ Por carácter evolutivo deve-se entender a adaptação permanente da política de saúde às condições da realidade nacional, às suas necessidades e aos seus recursos (Base II, n.º 2 - **LEI n.º 48/90, de 24 de agosto - Lei de Bases da Saúde**).

3.5 A reserva do possível e o mínimo existencial: questões relevantes para a efetivação do direito social à saúde

O princípio da dignidade da pessoa humana exige “a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos”, tendo “como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém desse patamar”³⁵⁹.

Em contrapartida, um dos argumentos mais fortes que costuma ser utilizado para se opor ao reconhecimento e implementação de direitos fundamentais sociais se trata de sua inexequibilidade. Com efeito, nem tudo o que é desejável e merecedor de tutela pode ser realizado, pois a efetivação dos direitos prestacionais também está sujeita a condições objetivas que nem sempre dependem apenas “da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los”³⁶⁰.

Nesse contexto, impõe-se observar que os direitos fundamentais sociais envolvem custos, ficando sua implementação, ao menos em tese, sujeita à conjuntura econômica, ou seja, à disponibilidade de recursos (possibilidade material); dependem da efetiva disponibilidade do seu objeto, ou seja, da real existência de meios para sua realização³⁶¹ (possibilidade material); e estão sujeitos à possibilidade jurídica do destinatário da obrigação dispor do seu objeto³⁶² (possibilidade jurídica)³⁶³.

Mesmo assim, ao longo do tempo, as pretensões tendem a aumentar, dificultando sua satisfação pela capacidade limitada do Estado dispor das prestações que são objeto dos direitos fundamentais sociais, o que se agrava quando são aprovados programas ideais por

³⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang – Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 89.

³⁶⁰ BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 25 e 44.

³⁶¹ A título de exemplo, embora o direito à saúde envolva a obtenção de tratamentos necessários à cura das doenças, não há como impor ao Estado ou a quem quer que seja o fornecimento de tratamento que ainda não exista.

³⁶² Exemplificativamente, ainda que a política pública de saúde de determinado Estado inclua o custeio de tratamentos no exterior, não há como impor ao poder público a obrigação de custear tratamento específico dessa natureza disponível apenas fora do país, se a única instituição estrangeira que o ministra se recusa a tanto e se o Estado não dispõe de meios para lhe impor a prestação, mesmo que mediante remuneração. Ou seja, o tratamento existe e há disponibilidade de recursos para custeá-lo, mas o Estado está impossibilitado de fornecê-lo por não poder juridicamente dispor dele.

³⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 294-295.

países que não dispõem de condições econômicas para assegurar, ao menos na integralidade, a maioria desses direitos³⁶⁴.

Com base em tais limitações, passou a se admitir a sujeição dos deveres estatais relacionados aos direitos fundamentais sociais a uma reserva do possível³⁶⁵, que, em sentido amplo, abarca tanto a sua possibilidade material como sua possibilidade jurídica³⁶⁶.

A figura, sob o enfoque da disponibilidade orçamentária e financeira do Estado, está diretamente ligada à análise econômica do direito³⁶⁷, sendo definida por Nunes e Sacaff como “um conceito econômico que decorre da constatação da existência de escassez dos recursos,

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 295; BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. p. 44-45 e 63.

³⁶⁵ Essa figura da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu a partir da decisão *numerus clausus* da Corte Constitucional Federal da Alemanha, versando sobre uma intervenção estatal na liberdade de candidatos ao curso de medicina de uma universidade pública, a qual teria implicado redução de posições jurídicas individuais (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. p. 98). Pieroth e Schlink anotam que, no aludido julgamento do *numerus clausus*, o Tribunal Constitucional alemão questionou “se das decisões jurídico-fundamentais de valor... decorre um mandato constitucional objetivo de Estado social para disponibilizar uma capacidade suficiente de formação para os diversos cursos acadêmicos” e “se deste mandato constitucional se pode deduzir, quando se verificarem pressupostos especiais, um direito individual recorável ao cidadão à criação de lugares no ensino superior” (PIEROTH e SCHLINK apud CRITSINELIS, Marco Falcão – A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e sua transposição para o direito público brasileiro. **Revista CEJ**. p. 128). Conforme lição de Sarlet, a Corte Constitucional Federal da Alemanha, “desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 295). Sobre o assunto, Critsinelis observa que “devem ser destacados os julgamentos de 1972 e de 1990. O primeiro foi o marco do instituto denominado ‘*numerus clausus I*’, quando, pela primeira vez, a Corte alemã entendeu que os direitos fundamentais a prestações positivas resultantes diretamente da Constituição devem ser limitados aos casos em que o indivíduo racionalmente possa exigir-los da sociedade, visando ao equilíbrio econômico global. A segunda decisão sustentou a reserva do possível pela introdução do critério de ‘a clara inadequação de uma prestação devida constitucionalmente’ ou ‘linha do tolerável’, em outras palavras, caso a limitação pelo legislador ocorresse de tal forma que inviabilizasse o exercício do próprio direito social em questão” (CRITSINELIS, Marco Falcão – A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e sua transposição para o direito público brasileiro. **Revista CEJ**. p. 124).

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 295. Vários autores, a exemplo de Sarlet, seguindo a tradição da jurisprudência alemã, também incluem na análise da reserva do possível um juízo de proporcionalidade da prestação, especialmente quanto à sua exigibilidade e consequente razoabilidade, afirmando o caráter tridimensional da reserva do possível: disponibilidade material (dimensão fática); disponibilidade jurídica (dimensão jurídica); e proporcionalidade (Idem – **Op. Cit.** p. 296). Em sentido contrário, defendendo o caráter bidimensional da reserva do possível (dimensão fática e dimensão jurídica), embora reconhecendo a necessidade de observância dos critérios da proporcionalidade fora das dimensões da aludida reserva: SARMENTO apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 296. Parece mais adequada essa última posição, porque a expressão “reserva do possível” se refere basicamente à “possibilidade” (fática e jurídica) do Estado fornecer a prestação demandada pelo titular do direito, sem prejuízo do exame da proporcionalidade da pretensão, que, apesar de necessário, extrapola o conteúdo da expressão “reserva do possível”. Deve-se ter, portanto, a análise cumulativa de duas questões: possibilidade do Estado fornecer a prestação postulada (reserva do possível) e razoabilidade da respectiva pretensão (proporcionalidade).

³⁶⁷ CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 246-251.

públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais”³⁶⁸.

Note-se que, segundo Sarlet, embora a reserva do possível configure um limite dos direitos fundamentais, ela também pode, em determinadas circunstâncias, viabilizar a garantia de outros direitos fundamentais ou de semelhante direito fundamental de outras pessoas, em situações, por exemplo, de indisponibilidade de recursos para salvaguardar todos os direitos concorrentes³⁶⁹.

Em outros termos, sendo limitados os recursos públicos, a restrição de um direito social com base na reserva do possível pode viabilizar a realização de outro, sendo que essa decisão, conforme já indicado anteriormente neste trabalho, envolve juízo de ponderação com base na proporcionalidade.

A princípio, é viável a aplicação de uma reserva do possível³⁷⁰, pois não se pode exigir uma prestação que não possa ser prestada em razão de impossibilidade material ou jurídica³⁷¹.

³⁶⁸ NUNES e SCAFF apud CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 270.

³⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 296.

³⁷⁰ Como se verá, essa reserva do possível, na extensão ora admitida, normalmente não se confunde com uma reserva do orçamento.

³⁷¹ Apesar da grande aceitação na doutrina e na jurisprudência brasileiras, há quem não admita a aplicação da reserva do possível para limitar a implementação imediata dos direitos prestacionais. Dimoulis e Martins adotam esse entendimento sob os seguintes fundamentos: o possível não é aferível objetivamente no que tange à atuação estatal, já que o Estado pode utilizar um amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação, entre as quais se incluem “a reorganização das prioridades orçamentárias, a racionalização das despesas, a possibilidade de contrair empréstimos no exterior e, por último e mais relevante, o aumento da arrecadação pela criação de novos tributos, pelo aumento de alíquotas e pelo combate eficiente da sonegação fiscal”, tudo isso dependendo basicamente de vontade política; inexistindo “hierarquia de valor ou relevância dos direitos fundamentais, falta base normativa para comparações em relação à prioridade de certo direito”, mostrando “que o Judiciário, em regra, não possui fundamentos para realizar comparações entre as políticas públicas, não sendo, portanto, a ele possível aferir se a realização de certo direito é ‘possível’”; e “a impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral (controle abstrato da legislação social e – nos planos governamental e jurídico-administrativo – das políticas públicas de saúde, habitação, educação etc.), quanto individual (pretensão concreta exigida pelo titular do direito à saúde, por exemplo)”, pois, “no primeiro caso, cabe ao legislador fixar o ‘como’ (intensidade do investimento) o direito social há de ser concretizado, faltando ao juiz competência para tal constatação”, e, “no segundo caso, é de competência jurisdicional verificar a procedência de um pedido com base em um direito social, condenando o Estado à prestação específica, independentemente de alegações sobre a ‘impossibilidade’ da prestação”. E concluem: “[...] o intérprete e o aplicador do direito não devem se preocupar com a figura da reserva do possível, e sim com a determinação rigorosa da área de proteção de cada direito. A pergunta crucial é saber o que exatamente garante a Constituição ao titular de certo direito fundamental prestacional ou social. Isso se relaciona com a baixa densidade normativa dos direitos sociais que atribuem ao legislador um amplo poder de concretização. Assim, por exemplo, a garantia genérica do direito à saúde não significa a obrigação estatal de oferecer tudo aquilo que deseja o interessado ou recomendam seus médicos. Tendo estabelecido a área de proteção do direito de maneira rigorosa, cabe ao Estado realizar a prestação, sendo as alegações de ‘impossibilidade’ irrelevantes, tal como é irrelevante a alegação do contribuinte de que se encontra na impossibilidade de pagar seus impostos. A alegação de impossibilidade de cumprimento de dever estatal pode ter relevância jurídica no momento da execução judicial de condenações à prestação pelo Estado de um direito social, tendo em vista a ordem de cumprimento das prestações em face de critérios orçamentários. Mas nesse caso temos um clássico problema de tratamento desigual de titulares de direitos fundamentais, e não uma

No entanto, tratando-se de direito fundamental “suficientemente densificado” (ou seja, objeto de política pública já formulada pelos poderes competentes), entendemos que a reserva do possível somente justifica o não oferecimento das respectivas prestações em caso de “impossibilidade absoluta” devidamente comprovada.

Isso, na prática, significa dizer que, em relação aos direitos fundamentais sociais suficientemente densificados, incide a reserva do possível se a prestação postulada não existe, como, por exemplo, relativamente a tratamento de saúde ainda não criado (impossibilidade material absoluta); bem como se a prestação postulada existe, mas não pode ser fornecida pelo Estado, por não ter este a disponibilidade da prestação nem alternativa para obter essa disponibilidade, como, por exemplo, na hipótese de tratamento médico no exterior prestado por uma única instituição estrangeira que se recusa a fornecê-lo, ainda que mediante remuneração, caso o Estado não tenha meios para obrigá-la a tanto (impossibilidade jurídica absoluta).

Em contrapartida, também tratando-se de direitos fundamentais sociais suficientemente densificados, não incide a reserva do possível se a prestação postulada existe e o Estado pode, em tese, dispor dela, mas apenas não conta com recursos “específicos” para custeá-la, embora tenha alternativas para isso (impossibilidade material relativa). Nesse caso, como bem observam Dimoulis e Martins, o Estado pode utilizar um amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação, entre as quais se incluem “a reorganização das prioridades orçamentárias, a racionalização das despesas, a possibilidade de contrair empréstimos no exterior e, por último e mais relevante, o aumento da arrecadação pela criação de novos tributos, pelo aumento de alíquotas e pelo combate eficiente da sonegação fiscal”, tudo isso dependendo basicamente de vontade política³⁷².

De forma semelhante, ainda quanto a direitos fundamentais sociais suficientemente densificados, não incide a reserva do possível se a prestação postulada existe e, conquanto fora da disponibilidade direta do Estado, pode este obrigar terceiro à sua prestação, como, por exemplo, mediante requisição indenizada³⁷³ (impossibilidade jurídica relativa).

justificativa da reserva do possível como forma de relativizar a aplicação imediata dos direitos sociais” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**.p. 98-101).

³⁷² Idem – **Op. Cit.** p. 99.

³⁷³ A legislação brasileira admite, por exemplo, a requisição de bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, mediante justa indenização, para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias (artigo 15, inciso XIII - **LEI n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**). A legislação portuguesa, por sua vez, também admite às autoridades de saúde “proceder à requisição de serviços, estabelecimentos e profissionais de saúde em casos de epidemias graves e outras situações semelhantes” (Base XIX, n.º 3, alínea “e” - **LEI n.º 48/90, de 24 de agosto (Lei de Bases da Saúde)**).

Do contrário, caso se admita que a “impossibilidade meramente relativa” (especialmente quando respaldada apenas na alegação de insuficiência de recursos orçamentários e/ou financeiros) basta para afastar a exigibilidade de prestação referente a direito fundamental social “suficientemente densificado”, será o mesmo que submeter, na lição de Canotilho, tal direito a uma “reserva dos cofres cheios”, o que equivale, na prática, a retirar qualquer vinculação jurídica da norma que o afirma³⁷⁴.

E isso é inaceitável, por ser uma forma indireta de legitimar o descumprimento de direitos fundamentais sociais em virtude da falta de vontade política na sua efetivação, conforme já mencionado acima³⁷⁵.

Apenas na improvável e excepcionalíssima hipótese de ausência total de recursos (incluindo propriedade de bens públicos não essenciais suscetíveis de alienação), de comprovada impossibilidade de aumento da arrecadação (inclusive mediante venda de títulos públicos) e de obtenção de empréstimos (internos e externos), enfim, de completa falência do Estado, é que a ausência de recursos econômicos poderá equivaler a uma espécie de impossibilidade material absoluta apta a justificar o não cumprimento de direitos fundamentais sociais suficientemente densificados.

Fora desse caso, cabe aos poderes políticos (Legislativo e Executivo, no âmbito de suas respectivas competências) assumir o ônus de disponibilizar recursos para o cumprimento de promessas materializadas na afirmação dos direitos sociais, enquanto estiverem vigentes, ou promover a sua revogação total ou parcial nos estritos limites admitidos pela ordem jurídica³⁷⁶.

Sobre a matéria, o STF vem decidindo, no Brasil, pela impossibilidade de invocação da fórmula da reserva do possível, na perspectiva da teoria dos custos dos direitos, para

³⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 480.

³⁷⁵ Alguns dos argumentos geralmente levantados contra o ativismo judicial, como a incompetência institucional da magistratura e a falta de legitimação democrática do direito jurisprudencial, respaldam a inviabilidade do Judiciário acatar a alegação de ofensa à reserva do possível, sob o enfoque orçamentário e financeiro, para dispensar o Estado de entregar prestações referentes a direitos fundamentais sociais suficientemente densificados pelos poderes políticos. Ora, se o Judiciário não dispõe de meios adequados para definir políticas públicas, o que inclui a promessa de prestações relativas a direitos fundamentais sociais, também não dispõe de meios para escolher (ou acatar escolhas dessa natureza efetuadas por outros poderes “contra” o direito positivado) quais dessas políticas não devem ser implementadas ou podem ser implementadas deficientemente. De igual modo, se o Judiciário carece de legitimidade democrática para formular políticas públicas, também lhe falta a mesma legitimidade para definir (ou acatar definição dessa natureza efetuada pelos demais poderes “com violação” do direito positivado) as políticas que não serão implementadas ou que poderão ser deficientemente implementadas.

³⁷⁶ Tratando-se de direitos fundamentais, essa possibilidade envolve questionamentos como, por exemplo, necessidade de preservação do núcleo essencial, do mínimo existencial e proibição do retrocesso, mas que não serão aprofundados neste trabalho.

legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público³⁷⁷.

Todavia, se o direito fundamental social não estiver suficientemente densificado no ordenamento jurídico, a questão deve ser resolvida mediante resguardo do mínimo existencial (ou social) garantido constitucionalmente. Afinal, “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”³⁷⁸.

Sarlet bem esclarece que o direito brasileiro e o direito lusitano, em termos gerais, aderem à tradição alemã de basear o direito ao mínimo existencial no direito à vida e, especialmente, na dignidade da pessoa humana, assegurando a sobrevivência física (mínimo vital) e um mínimo existencial sócio-cultural (educação e bens culturais), havendo quem sustente também a garantia de um mínimo existencial ecológico ou ambiental³⁷⁹.

É verdade que o mínimo existencial envolve um conceito aberto e tem conteúdo indeterminado³⁸⁰, mas é possível afirmar que, decorrendo ele do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, abarca prestações minimamente necessárias para assegurar a sobrevivência física das pessoas (direito à vida), o que, por óbvio, inclui cuidados de saúde disponíveis, proporcionais e indispensáveis para isso; e uma existência condigna das pessoas (dignidade da pessoa humana), considerando a realidade histórico-cultural, o que inclui “condições de vida capazes de lhes assegurar liberdade e bem-estar”³⁸¹, também compreendendo um juízo de proporcionalidade.

Sob o enfoque de proteção da dignidade da pessoa humana, a definição das prestações resultantes do mínimo existencial deve ocorrer em cada local e em cada momento histórico, levando em conta, entre outros fatores, o desenvolvimento civilizacional e o “nível de vida efetivamente existente”³⁸².

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional português asseverou que, embora não seja fácil aferir o nível de suficiência exigido, seguramente existirá “um mínimo social que o Estado deve garantir, tendo em consideração o nível de desenvolvimento civilizacional, os

³⁷⁷ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 745745 AgR, de 02 de dezembro de 2014**. Relator Ministro Celso de Mello.

³⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo – O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. p. 314.

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 329.

³⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo – O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. p. 314. Essa situação também ocorre quanto ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana (MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 200).

³⁸¹ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. p. 200 e 210.

³⁸² ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 428.

recursos públicos e as condições que, segundo os valores dominantes, são indispensáveis a uma vida digna”³⁸³.

Sobre o assunto, no Brasil, também se posicionou o STF:

“A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança”³⁸⁴.

De todo modo, como o mínimo existencial decorre, primordialmente, da dignidade da pessoa humana³⁸⁵ e do direito à vida, não há como negar, ainda que numa perspectiva mais conservadora e restritiva, que ele assegura prestações na área de saúde³⁸⁶. Somente assim garantir-se-á o direito à vida (quando a falta de tratamento puder ensejar risco de morte) e a dignidade da pessoa humana (quando a falta de tratamento puder ensejar sofrimento físico e/ou psíquico grave).

³⁸³ TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 400, de 22 de setembro de 2011**. Relator Conselheiro Vítor Gomes.

³⁸⁴ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 639337 AgR, de 23 de agosto de 2011**. Relator Ministro Celso de Mello.

³⁸⁵ Canotilho, contudo, apresenta a seguinte crítica acerca da postura jurisprudencial face ao mínimo existencial: “As jurisprudências comuns e constitucionais, ao serem confrontadas com o ‘direito ao mínimo existencial’, orientaram a sua estratégia hermenêutica no seguinte sentido: (i) o direito ao mínimo prestacional para uma existência condigna é um direito prestacional originário fundado em um direito fundamental da dignidade da pessoa; e (ii) os direitos, liberdades e garantias transportam uma dimensão objectiva conducente à ressubjectivização de posições prestacionais, configurando-se, assim, eles próprios em esquemas de garantia dos direitos sociais. Temos dúvidas quanto a este ponto de partida. Em primeiro lugar, com o uso e abuso do recurso à dignidade da pessoa humana (de resto sendo problemática a sua estrutura como direito autónomo) corre-se o risco de ‘dessubstantivar’ todos os outros direitos, quer os de liberdade, quer os sociais. Em segundo lugar, mesmo quando não se convoca apenas a dignidade da pessoa humana e se apela para outros direitos e liberdades (ex.: direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade) insinua-se que há uma função prestacional geral inerente a todos os direitos negativos de liberdade. Em terceiro lugar, uma jurisprudência aparentemente amiga da dignidade humana e das suas refracções sociais pode, afinal, ser uma jurisprudência que encapuçadamente se recusa a olhar de frente para o direito à igual dignidade social (e não apenas dignidade da pessoa humana), o direito de igualdade distributiva, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito a níveis essenciais de prestações sociais inerentes aos direitos sociais” (CANOTILHO, J. J. Gomes – O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 31).

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 335-336.

Ressalte-se que o mínimo existencial ostenta uma dimensão negativa, no sentido de que obsta intervenções estatais e de terceiros tendentes a prejudicá-lo, bem como uma dimensão positiva, que corresponde ao dever do Estado fornecer prestações destinadas a assegurá-lo³⁸⁷.

Como se vê, mesmo relativamente a direitos fundamentais sociais não suficientemente densificados, o direito a prestações qualificadas como integrantes do mínimo existencial deve se sobrepor à alegação de ofensa à reserva do possível baseada em obstáculos de ordem financeira e orçamentária³⁸⁸, salvo, por óbvio, casos de impossibilidade absoluta (material ou jurídica) do Estado satisfazê-las.

Por fim, tratando-se de direitos fundamentais sociais não suficientemente densificados e cujas prestações não se enquadrem no denominado mínimo existencial, cabe aos poderes políticos ampla liberdade na formulação das respectivas políticas públicas, inclusive sob o enfoque da reserva do possível levando em conta restrições financeiras e orçamentárias³⁸⁹.

3.6 Breves notas sobre a judicialização da política de saúde pública no Brasil e em Portugal

A ordem constitucional brasileira de 1988 alargou as tarefas do Estado, “incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica” e fazendo com que a política deixasse “de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado”³⁹⁰.

Nessa perspectiva, como visto acima, o direito à saúde e o dever do Estado assegurá-lo se tornaram muito amplos no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 329.

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang – Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 103. Nessa linha, no Brasil, decidiu o STF: “A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana” (SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 639337 AgR, de 23 de agosto de 2011**. Relator Ministro Celso de Mello).

³⁸⁹ Nesse diapasão, o Tribunal Constitucional português já reconheceu que, em “matéria do direito constitucional à habitação, tem de ponderar-se que o seu grau de realização fica dependente sempre, em última análise, das opções que o Estado seguir em matéria de política de habitação, as quais são sempre condicionadas pelos recursos financeiros de que o próprio Estado possa dispor em cada momento (a chamada ‘reserva do possível’) e pelo grau de sacrifício que o legislador considerar razoável impor aos proprietários privados, senhorios de casas de habitação” (TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 583, de 03 de novembro de 2016**. Relator Conselheiro José Teles Pereira).

³⁹⁰ PIOVESAN, Flávia – Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 56.

Diante da mencionada amplitude do direito à saúde no Brasil e da limitação de recursos públicos, era de se esperar que o Estado não atendesse integralmente a todos em suas pretensões nessa área, inclusive quanto ao fornecimento de medicamentos incluídos e não incluídos nas listagens aprovadas pelo SUS.

Ao longo do tempo, tal situação ensejou o aumento das demandas relacionadas à saúde na Justiça brasileira, havendo notícia da existência de 240.980 processos sobre o assunto nas Justiças Estadual e Federal em relatório de 2011³⁹¹, acervo processual esse que passou para 392.921 processos em 2014³⁹², relevando um aumento superior a 63% (sessenta e três por cento) em aproximadamente três anos.

Esse aumento crescente da judicialização da política de saúde pública no Brasil, especialmente no que tange à assistência farmacêutica, tem levado o Poder Judiciário a proferir decisões com o objetivo de garantir o aludido direito fundamental social, inclusive mediante interpretações e integrações destinadas a concretizá-lo na linha definida pela Constituição brasileira.

Apenas para exemplificar, o STF tem decidido que “o exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes”, sendo que “o Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”³⁹³; “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”³⁹⁴; “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”, podendo “o polo passivo [...] ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente”³⁹⁵; “o preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde”³⁹⁶, bem como ao “acompanhamento

³⁹¹ CONSELHO Nacional de Justiça – **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011.**

³⁹² CONSELHO Nacional de Justiça – **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014.**

³⁹³ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 429903/RJ – Rio de Janeiro, de 25 de junho de 2014.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

³⁹⁴ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 964542 AgR/RJ – Rio de Janeiro, de 02 de dezembro de 2016.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

³⁹⁵ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 855178 RG/SE - Sergipe, de 05 de março de 2015.** Relator Ministro Luiz Fux.

³⁹⁶ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 887734 AgR/MG – Minas Gerais, de 25 de agosto de 2015.** Relator Ministro Marco Aurélio.

médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios para adquiri-los”³⁹⁷; “a lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica”³⁹⁸, sendo “possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade”³⁹⁹.

Aliás, um dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal mais significativos sobre a matéria talvez seja o proferido na STA 175 AgR/CE – Ceará, cujo voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, em sua parte conclusiva, sintetiza o seguinte entendimento:

“[...] a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde”⁴⁰⁰.

Apesar disso, há críticas a essa postura ativa do Judiciário brasileiro na efetivação do direito fundamental social à saúde.

Canotilho, por exemplo, embora reconheça que o ativismo judiciário na implementação do direito à saúde no Brasil tenha resultado da verificação de que os poderes políticos competentes permaneceram indiferentes e/ou atuaram em desconformidade com os princípios da justiça, alerta sobre a proliferação de número considerável de sentenças casuísticas e sobre a ausência de legitimidade do Poder Judiciário “para se transformar em instância

³⁹⁷ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 668724 AgR/RS – Rio Grande do Sul, de 24 de abril de 2012.** Relator Ministro Luiz Fux.

³⁹⁸ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 977190 AgR/MG – Minas Gerais, de 09 de novembro de 2016.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

³⁹⁹ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 926469 AgR/DF – Distrito Federal, de 07 de junho de 2016.** Relator Ministro Roberto Barroso.

⁴⁰⁰ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo STA n.º 175 Agr/CE - Ceará, de 17 de março de 2010.** Relator Ministro Gilmar Mendes.

compensadora de disfunções humanas e sociais, como se de órgãos politicamente responsáveis se tratasse”⁴⁰¹.

Esse entendimento admite contraposição, pois, conforme anotado acima, apesar de competir à política a formulação originária das políticas públicas, cabe à Justiça impor a implementação das políticas já formuladas, assegurando, com isso, um sistema de freios e contrapesos efetivo, atendendo às premissas básicas do princípio da separação dos poderes em sua concepção atual.

De outra parte, é verdade que devem ser evitadas decisões judiciais casuísticas, sob pena de eventualmente ensejarem quebra da igualdade e comprometerem a integridade da respectiva política pública.

Contudo, em matéria de assistência à saúde, frequentemente não há como a decisão judicial desconsiderar circunstâncias fáticas específicas, como estado de saúde do paciente, imprescindibilidade do tratamento postulado, custo do tratamento, risco de morte e/ou de agravamento da doença, nível de sofrimento e/ou limitação que a enfermidade acarreta, incorporação do tratamento pela política pública, possibilidade do doente custear o tratamento com recursos próprios e tantos outros aspectos relevantes que surgem em cada caso concreto.

Assim, apesar de todo o esforço do legislador, da doutrina e da jurisprudência, dificilmente o Judiciário brasileiro se deparará algum dia apenas com situações totalmente objetivas em matéria de saúde pública, insuscetíveis de ensejar algum tipo de avaliação fática particular e um certo grau de subjetivismo no conteúdo da decisão.

Cumprir registrar que, não obstante o elevado grau de judicialização da política de saúde pública no Brasil, já se verificam algumas medidas de desjudicialização de demandas nessa área, inclusive mediante estímulo à conciliação e mediação pré-processuais.

Apenas para exemplificar, houve a instituição, no ano de 2013, de um órgão permanente (Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde – Camedis) envolvendo a Secretaria de Saúde e a Defensoria Pública do Distrito Federal, voltado à mediação extrajudicial de demandas de atendimento pelo SUS, reduzindo a judicialização da matéria⁴⁰².

Há notícias de outras iniciativas envolvendo mediação e conciliação pré-processual em matéria de saúde pública em outros locais do Brasil, como, por exemplo, Teresina/PI⁴⁰³, Imperatriz/MA, Uberlândia/MG e Sorocaba/SP⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – O direito dos pobres no activismo judiciário. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 35.

⁴⁰² CONSELHO Nacional de Justiça – **Prática da mediação é adotada para conter judicialização da saúde no DF**.

⁴⁰³ SEÇÃO Judiciária do Piauí – **Portaria n.º 180/2016-Diref**.

Em Portugal, apesar de também ser abrangente a legislação que assegura o direito à saúde e o correspondente dever do Estado, verificou-se um forte movimento de desjudicialização de conflitos e das próprias políticas públicas a partir da década de 1990⁴⁰⁵.

Antes disso, ainda na década de 1980, já se observava um declínio da litigiosidade civil no âmbito da saúde, como “resultado do desvio dessa conflitualidade para outros mecanismos de resolução, informais, mais baratos e expeditos, existentes na sociedade”⁴⁰⁶.

Registre-se que, em Portugal, há uma certa desconfiança quanto à possibilidade dos tribunais efetivarem direitos a prestações materiais, sob o entendimento de “que a escassez dos recursos necessários à concretização de direitos prestacionais demandaria escolhas políticas, que deveriam ser tomadas preferencialmente por órgãos politicamente responsáveis (legislador e administrador) e não pelos juízes”⁴⁰⁷.

Por óbvio, essa postura conservadora tende a desestimular a judicialização de demandas envolvendo a política de saúde pública em Portugal, diferentemente do Brasil cujo Judiciário costuma ser mais generoso na prolação de decisões determinando o fornecimento de prestações de saúde pelo Estado.

4. Especialização de unidades jurisdicionais em matéria de saúde pública no Brasil

4.1 Visão panorâmica da estrutura do Poder Judiciário brasileiro

Segundo a Constituição brasileira, o Poder Judiciário é integrado pelos seguintes órgãos principais: Supremo Tribunal Federal; Conselho Nacional de Justiça; Superior Tribunal de Justiça; Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; Tribunais e Juízes do Trabalho; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes Militares; Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (CRFB, artigo 92).

⁴⁰⁴ CÂMARA de Mediação em Direito da Saúde - CAMEDS – **Sobre nós**.

⁴⁰⁵ ASENSI, Felipe Dutra – **Saúde, Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. p. 225.

⁴⁰⁶ SANTOS apud ASENSI, Felipe Dutra – **Saúde, Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. p. 231.

⁴⁰⁷ MARMELSTEIN apud CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista**. p. 273.

4.1.1 Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário⁴⁰⁸, tem sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (CRFB, artigo 92, §§ 1º e 2º).

É composto por onze Ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CRFB, artigo 101), competindo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição e cabendo-lhe, entre várias atribuições, o controle concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, bem como dar a última palavra no exercício do controle difuso de constitucionalidade (CRFB, artigo 102, *caput*, incisos I, alínea “a”, e III).

4.1.2 Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça tem sede na Capital Federal (CRFB, artigo 92, § 1º) e é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (CRFB, artigo 103-B, § 1º).

É composto por quinze membros, dos quais nove são magistrados de vários ramos e instâncias do Poder Judiciário (CRFB, artigo 103-B).

Trata-se de um órgão do Poder Judiciário encarregado do controle da atuação administrativa e financeira desse Poder e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, entre outras atribuições, “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (CRFB, 103-B, § 4º, inciso I).

4.1.3 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça tem sede na Capital Federal (CRFB, artigo 92, § 1º) e jurisdição em todo o território nacional (CRFB, artigo 92, § 2º).

Atualmente, é composto por trinta e três Ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CRFB, artigo 104), sendo “responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil”, bem como pela “solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ SUPREMO Tribunal Federal - **Institucional**.

⁴⁰⁹ SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Institucional: atribuições**.

4.1.4 Justiça Federal

Os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais integram a Justiça Federal (Lei n.º 5.010/66), que, atualmente, está dividida em cinco Regiões.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região está sediado na Capital Federal, compreendendo o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. O Tribunal Regional Federal da Segunda Região está sediado no Rio de Janeiro/RJ, compreendendo os Estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro. O Tribunal Regional Federal da Terceira Região está sediado em São Paulo/SP, compreendendo os Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo. O Tribunal Regional Federal da Quarta Região está sediado em Porto Alegre/RS, compreendendo os Estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. O Tribunal Regional Federal da Quinta Região está sediado em Recife/PE, compreendendo os Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe⁴¹⁰.

A Emenda Constitucional n.º 73, de 2013, criou mais quatro Regiões da Justiça Federal, quais sejam, a Sexta Região, com sede em Curitiba/PR, compreendendo os Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná e Santa Catarina; a Sétima Região, com sede em Belo Horizonte/MG, compreendendo o Estado de Minas Gerais; a Oitava Região, com sede em Salvador/BA, compreendendo os Estados da Bahia e Sergipe; a Nona Região, com sede em Manaus/AM, compreendendo os Estados do Acre, Amazonas, Rondônia e Roraima⁴¹¹.

Contudo, essa Emenda Constitucional está suspensa por força de medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade⁴¹², subsistindo, por enquanto, apenas as cinco primeiras Regiões da Justiça Federal mencionadas acima.

Os Tribunais Regionais Federais constituem a segunda instância da Justiça Federal, sendo a primeira instância composta pelos juízes federais (CRFB, artigos 106 a 109). Aliás, na primeira instância da Justiça Federal, cada Estado e o Distrito Federal constituem uma seção judiciária, cuja sede é localizada na respectiva Capital, havendo varas e turmas recursais localizadas em capitais e cidades do interior (CRFB, artigos 98 e 110).

⁴¹⁰ TRIBUNAL Federal de Recursos – **Resolução n.º 1, de 06 de outubro de 1988.**

⁴¹¹ EMENDA Constitucional n.º 73, de 2013. In **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil.**

⁴¹² SUPREMO Tribunal Federal – **Decisão no processo ADI 5017 MC/DF, de 17 de julho de 2013.** Presidente Ministro Joaquim Barbosa.

Compete à Justiça Federal, entre outras atribuições, processar e julgar “as causas em que a União⁴¹³, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” (CRFB, artigo 109, inciso I), incluindo-se nesse rol todas as demandas ajuizadas contra a União em matéria de saúde pública, ainda que em litisconsórcio passivo com Estados, Distrito Federal e/ou Municípios.

Também é importante observar que, por opção do demandante, as ações ajuizadas contra a União na Justiça Federal, inclusive em matéria de saúde pública, podem ser aforadas na Seção Judiciária do Distrito Federal (CRFB, artigo 109, § 2.º), a qual, por esse motivo, costuma ser identificada como foro nacional da União⁴¹⁴.

4.1.5 Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho é integrada pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Juízes do Trabalho (CRFB, artigo 111), competindo-lhe, entre outras atribuições, processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, relativas ao exercício do direito de greve e sobre representação sindical (CRFB, artigo 114).

O Tribunal Superior do Trabalho tem sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (CRFB, artigo 92, §§ 1º e 2º), sendo composto por vinte e sete Ministros nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria do Senado Federal (CRFB, artigo 111-A).

Trata-se do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, tendo por função precípua a uniformização da jurisprudência trabalhista brasileira⁴¹⁵.

A segunda instância da Justiça do Trabalho no Brasil é composta atualmente por vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho⁴¹⁶, sendo eles o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, com jurisdição no Estado do Rio de Janeiro; o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, com jurisdição no Estado de São Paulo (capital); o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, com jurisdição no Estado de Minas Gerais; o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, com jurisdição no Estado do Rio Grande do Sul; o Tribunal Regional do Trabalho da

⁴¹³ Segundo o artigo 18 da CRFB, “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos”.

⁴¹⁴ Segundo jurisprudência do STF, as autarquias federais também podem ser demandadas no Distrito Federal (SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 627709, de 20 de agosto de 2014**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

⁴¹⁵ TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Institucional: sobre o Tribunal Superior do Trabalho**.

⁴¹⁶ TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Acesso à informação: TRTs**.

5ª Região, com jurisdição no Estado da Bahia; o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, com jurisdição no Estado de Pernambuco; o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, com jurisdição no Estado do Ceará; o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, com jurisdição nos Estados do Pará e Amapá; o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, com jurisdição no Estado do Paraná; o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, com jurisdição nos Estados do Distrito Federal e Tocantins; o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, com jurisdição nos Estados de Roraima e Amazonas; o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com jurisdição no Estado de Santa Catarina; o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com jurisdição no Estado da Paraíba; o Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, com jurisdição nos Estados do Acre e Rondônia; o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com jurisdição no Estado de São Paulo (interior); o Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, com jurisdição no Estado do Maranhão; o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, com jurisdição no Estado do Espírito Santo; o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, com jurisdição no Estado de Goiás; o Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, com jurisdição no Estado de Alagoas; o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, com jurisdição no Estado de Sergipe; o Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, com jurisdição no Estado do Rio Grande do Norte; o Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, com jurisdição no Estado do Piauí; o Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, com jurisdição no Estado do Mato Grosso; o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, com jurisdição no Estado do Mato Grosso do Sul⁴¹⁷.

A primeira instância da Justiça do Trabalho é formada pelos Juízes do Trabalho, que atuam nas Varas do Trabalho sediadas no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados, assim como em várias cidades do interior⁴¹⁸.

4.1.6 Justiça Eleitoral

A Justiça Eleitoral é integrada pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelos Juízes Eleitorais e pelas Juntas Eleitorais (CRFB, artigo 118), competindo-lhe, entre outras atribuições, organizar as eleições e assegurar o regular exercício dos direitos de votar e ser votado (artigos 22, 23, 29, 30, 35 e 40 do Código Eleitoral)⁴¹⁹.

⁴¹⁷ TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Justiça do Trabalho: TRT.**

⁴¹⁸ TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Acesso à informação: Justiça do Trabalho.**

⁴¹⁹ **LEI n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral)**

O Tribunal Superior Eleitoral tem sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (CRFB, artigo 92, §§ 1º e 2º), sendo composto por sete Ministros (CRFB, artigo 119). Trata-se do órgão máximo da Justiça Eleitoral⁴²⁰.

A segunda instância da Justiça Eleitoral no Brasil é integrada pelos Tribunais Regionais Eleitorais, havendo um na Capital de cada Estado e no Distrito Federal (CRFB, artigo 120).

A primeira instância da Justiça Eleitoral é composta pelos Juízes Eleitorais e pelas Juntas Eleitorais, vinculados a zonas eleitorais sediadas nas Capitais e no interior (artigos 32 e 40, inciso I, do Código Eleitoral)⁴²¹.

4.1.7 Justiça Militar

A Justiça Militar é integrada pelo Superior Tribunal Militar e pelos Tribunais e Juízes Militares (CRFB, artigo 122), competindo-lhe “processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (CRFB, artigo 124).

O Superior Tribunal Militar tem sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (CRFB, artigo 92, §§ 1º e 2º), sendo composto por quinze Ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, dos quais três são oficiais-generais da Marinha, quatro são oficiais-generais do Exército, três são oficiais-generais da Aeronáutica, três são advogados e dois escolhidos, de forma paritária, entre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar (CRFB, artigo 123).

Na esfera federal, a primeira instância da Justiça Militar está dividida em doze Circunscrições Judiciárias Militares, que abrigam uma ou mais Auditorias Militares. Essas Auditorias têm jurisdição mista, julgando processos relativos à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica, sendo que o julgamento é realizado pelos Conselhos de Justiça, formados por quatro oficiais e pelo juiz-auditor. Os recursos contra as decisões de primeira instância são remetidos diretamente para o Superior Tribunal Militar, que, portanto, funciona como segunda instância da Justiça Militar da União⁴²².

A Constituição brasileira também autoriza a criação da Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, por juízes de direito e Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça ou por Tribunal de Justiça Militar, desde que, nesse

⁴²⁰ TRIBUNAL Superior Eleitoral – **Sobre o TSE: apresentação.**

⁴²¹ **LEI n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral)**

⁴²² **SUPERIOR Tribunal Militar - O STM: Primeira Instância.**

último caso, o efetivo militar do Estado seja superior a vinte mil integrantes (CRFB, artigo 125, § 3.º). À Justiça Militar estadual compete processar e julgar os militares dos Estados relativamente a crimes militares, ressalvada a competência do tribunal do júri quando a vítima de crime doloso contra a vida for civil (CRFB, artigos 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, e 125, § 4.º). Também compete à Justiça Militar estadual o julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares dos Estados (CRFB, artigo 125, § 4.º).

4.1.8 Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios

A Justiça Estadual é composta pelos Tribunais e Juízes estaduais (CRFB, artigo 92, inciso VII), cabendo aos Estados a sua organização (CRFB, artigo 125).

A Justiça do Distrito Federal e Territórios é composta pelo Tribunal e Juízes do Distrito Federal e Territórios (CRFB, artigo 92, inciso VII), cabendo à União a sua organização (CRFB, artigo 21, inciso XIII).

A segunda instância é integrada pelos aludidos Tribunais, ao passo que a primeira instância é composta pelos mencionados Juízes.

A competência da Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios é residual, cabendo-lhe conhecer das demandas que não caibam a nenhum outro ramo da Justiça brasileira⁴²³, inclusive ações judiciais em matéria de saúde pública que não envolvam a União, entidade autárquica ou empresa pública federal como autoras, rés, assistentes ou oponentes (CRFB, artigo 109).

Além disso, em determinadas circunstâncias excepcionais, os juízes estaduais também exercem jurisdição, em primeira instância, relativamente a processos de competência da Justiça Federal (CRFB, artigo 109, § 3.º) e da Justiça do Trabalho (CRFB, artigo 112), mas, nesse caso, os recursos devem ser julgados, respectivamente, por Tribunal Regional Federal (CRFB, artigo 109, § 4.º) e por Tribunal Regional do Trabalho (CRFB, artigo 112).

4.2 Atenção dada à judicialização da política de saúde pública no Brasil

Conforme já salientado anteriormente, a partir da Constituição de 1988, verificou-se um aumento crescente da judicialização de demandas envolvendo a política de saúde pública no Brasil, especialmente no que tange à assistência farmacêutica, o que chamou a atenção de

⁴²³ GOVERNO do Brasil – Conheça os órgãos que formam o Poder Judiciário: Estrutura de Estado.

diversos órgãos e instituições, entre eles o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Saúde⁴²⁴ e a Advocacia Geral da União⁴²⁵.

Afinal, além do número expressivo de demandas judiciais, também são bastante elevados os valores despendidos pelo poder público no cumprimento de decisões do Judiciário sobre a matéria.

A título ilustrativo, a Advocacia-Geral da União apurou, apenas com base em dados de sua Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, os seguintes quantitativos de processos novos: 10.486 em 2009, 11.203 em 2010, 12.811 em 2011 e 13.051 em 2012. Identificou, ainda, os seguintes valores gastos anualmente pelo Ministério da Saúde com aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais: R\$ 2.441.041,95 em 2005; R\$ 7.600.579,92 em 2006; R\$ 17.530.346,45 em 2007; R\$ 47.660.885,03 em 2008; R\$ 83.165.223,93 em 2009; R\$ 124.103.206,10 em 2010; R\$ 243.954.000,00 em 2011; e R\$ 287.844.968,16 em 2012⁴²⁶.

O mesmo estudo ainda registra que, apesar de existirem 240.980 processos envolvendo questões de saúde em todo o Judiciário brasileiro⁴²⁷, no ano de 2010 esses processos representaram gastos de quase um bilhão de reais, considerados somente os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Geras, Tocantins e Alagoas, excluídos, portanto, os outros dezessete Estados, o Distrito Federal e todos os Municípios⁴²⁸.

Mais recentemente, em outubro de 2017, o Ministério da Saúde divulgou que, “em sete anos, foram destinados pela União R\$ 4,5 bilhões para atender a determinações judiciais de compra de medicamentos, além de depósitos judiciais, um aumento de 1.010%, entre 2010 e 2016”, sendo que, em 2017, até o mês de agosto, a cifra já chegava a R\$ 721,1 milhões⁴²⁹.

⁴²⁴ “O Ministério da Saúde é o órgão do Poder Executivo Federal responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, a prevenção e a assistência à saúde dos brasileiros” (MINISTÉRIO da Saúde – **Institucional**).

⁴²⁵ Segundo o artigo 131 da CRFB, “a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe [...] as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

⁴²⁶ ADVOCACIA-GERAL da União (Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde) - **Intervenção Judicial na saúde pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. p. 4-5 e 10. Esses números se referem apenas a ações judiciais intentadas contra a União, isoladamente ou em litisconsórcio passivo, não incluindo as demandas ajuizadas exclusivamente contra Estados e/ou Municípios. É relevante observar, ainda, que tais valores se referem apenas ao preço da aquisição dos medicamentos, sem incluir despesas adicionais com os procedimentos de compra e entrega dos produtos.

⁴²⁷ Dados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011 (CONSELHO Nacional de Justiça – **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011**).

⁴²⁸ ADVOCACIA-GERAL da União (Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde) - **Intervenção Judicial na saúde pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. p. 21.

⁴²⁹ MINISTÉRIO da Saúde - **Núcleo de Judicialização aprimora segurança do paciente em ações judiciais**.

Diante dessa escalada da judicialização da saúde e dos gastos do poder público com o cumprimento das respectivas decisões judiciais, o STF, em abril e maio de 2009, realizou audiência pública, ouvindo dezenas de especialistas da área jurídica, da área de saúde, gestores e usuários do SUS, com o objetivo de colher subsídios que pudessem colaborar no julgamento de processos de competência da Presidência daquela Corte⁴³⁰.

Para fundamentar a convocação da mencionada audiência pública, considerou-se a grande quantidade de pedidos então em trâmite na Presidência do STF destinados a suspender medidas cautelares que determinavam a entrega de prestações de saúde pelo Estado, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; a criação de vagas de UTI; a contratação de servidores de saúde; a realização de cirurgias; o custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior⁴³¹.

Note-se que alguns resultados da aludida audiência pública foram considerados pelo STF em julgamentos que a sucederam, a exemplo do proferido no processo STA 175 AgR/CE – Ceará⁴³².

A partir dos dados colhidos na audiência pública convocada pelo STF, o CNJ também passou a adotar diversas medidas referentes ao fenômeno da judicialização da política de saúde no Brasil⁴³³, conforme se verá adiante.

Inicialmente, instituiu Grupo de Trabalho, em novembro de 2009, “para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”⁴³⁴.

Expediu diversas recomendações, em março de 2010, objetivando aprimorar a atividade jurisdicional referente às demandas de assistência à saúde. Recomendou, entre outras medidas, a celebração de convênios pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça para disponibilização de apoio técnico a ser prestado por médicos e farmacêuticos, a fim de auxiliar os magistrados a formarem juízo de valor quanto à apreciação de questões clínicas apresentadas nas demandas relativas à saúde.

Recomendou, ainda, orientação aos magistrados para que: procurem, tanto quanto possível, instruir as ações com relatórios médicos, descrição da doença, prescrição de medicamentos com denominação genérica ou princípio ativo, bem como de produtos, órteses,

⁴³⁰ SUPREMO Tribunal Federal - **Principal**.

⁴³¹ SUPREMO Tribunal Federal – **Despacho de convocação de audiência pública, de 5 de março de 2009**. Presidente Ministro Gilmar Mendes

⁴³² SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo STA n.º 175 Agr/CE - Ceará, de 17 de março de 2010**. Relator Ministro Gilmar Mendes.

⁴³³ CONSELHO Nacional de Justiça – **Fórum da Saúde**.

⁴³⁴ CONSELHO Nacional de Justiça – **Portaria n.º 650, de 20 de novembro de 2009**.

próteses e insumos em geral, com posologia exata; evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA ou em fase experimental, salvo exceções legais; ouçam, sempre que possível, os gestores da saúde pública antes da apreciação das medidas de urgência; verifiquem junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Na mesma oportunidade, também recomendou: inclusão da legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pelo CNJ; promoção, para fins de conhecimento prático de funcionamento, de visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON); incorporação, pelas Escolas de Magistratura, da disciplina direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; e realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria⁴³⁵.

Instituiu, em abril de 2010, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com atribuições para: o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; o monitoramento das ações judiciais relativas ao SUS; a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; o estudo e proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional⁴³⁶.

⁴³⁵ CONSELHO Nacional de Justiça – **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010.**

⁴³⁶ CONSELHO Nacional de Justiça – **Resolução n.º 107, de 6 de abril de 2010.**

Realizou, em novembro de 2010, o I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, no qual foram ouvidos gestores da área de saúde, representantes de planos privados, autoridades e especialistas em direito sanitário, culminando com a elaboração de uma Declaração⁴³⁷.

Recomendou, em julho de 2011, aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que: celebrem convênios destinados a disponibilizar apoio técnico, sem ônus para os Tribunais, composto por médicos e farmacêuticos, indicados pelos Comitês Executivos Estaduais, para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, observadas as peculiaridades regionais; facultem às operadoras interessadas o cadastramento de endereços para correspondência eletrônica junto às Comarcas, Seções e Subseções Judiciárias, com vistas a facilitar a comunicação imediata com os magistrados, fortalecendo a mediação e possibilitando a autorização do procedimento pretendido ou a solução amigável da lide, independentemente do curso legal e regular do processo; orientem os respectivos magistrados, por meio de suas corregedorias, a oficiar, quando cabível e possível, à ANS, ANVISA, ao CFM e ao CFO, para se manifestarem acerca da matéria debatida dentro das atribuições de cada órgão, quanto às obrigações regulamentares das operadoras, medicamentos, materiais, órteses, próteses e tratamentos experimentais.

Na mesma oportunidade, recomendou à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e às Escolas de Magistratura Estaduais e Federais que promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, envolvendo magistrados, membros do Ministério Público e operadoras, a fim de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

Recomendou, ainda, aos Comitês Executivos Estaduais que incluam, entre os seus membros, um representante de planos de saúde suplementar, no intuito de fomentar o debate com as operadoras⁴³⁸.

Posteriormente, em agosto de 2013, recomendou a especialização de Varas da Justiça Federal, da Justiça dos Estados e da Justiça do Distrito Federal e Territórios para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública, bem como a orientação às Varas competentes para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar⁴³⁹.

⁴³⁷ CONSELHO Nacional de Justiça – **I Encontro do Fórum Nacional da Saúde.**

⁴³⁸ CONSELHO Nacional de Justiça – **Recomendação n.º 36, de 12 de julho de 2011.**

⁴³⁹ CONSELHO Nacional de Justiça – **Recomendação n.º 43, de 20 de agosto de 2013.**

Realizou, em maio de 2014 e em maio de 2015, duas Jornadas de Direito da Saúde, nas quais foram debatidos problemas relativos à judicialização da saúde e aprovados enunciados interpretativos acerca do direito à saúde⁴⁴⁰.

Instituiu, em fevereiro de 2016, o Comitê Organizador do Fórum Nacional para monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde, tendo, entre outras, as atribuições de: organizar encontros nacionais de membros do Poder Judiciário para a discussão de temas relacionados às suas atividades e proposição de medidas que contribuam para a solução de questões relacionadas às demandas de assistência à saúde; e promover a realização de seminários e outros eventos regionais, com a participação de membros do Poder Judiciário, estudiosos, especialistas e outras pessoas que tenham envolvimento com o tema, objetivando o estudo e o desenvolvimento de soluções práticas para a superação das questões relacionadas às demandas de assistência à saúde⁴⁴¹.

Determinou, em setembro de 2016, a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, de Comitês Estaduais da Saúde, bem como de especialização, em matéria de saúde pública, de varas em comarcas ou seções judiciárias com mais de uma vara de Fazenda Pública⁴⁴².

Lançou, em novembro de 2017, uma plataforma digital denominada e-NatJus, com o objetivo de “dar ao magistrado fundamentos científicos para decidir se concede ou não determinado medicamento ou tratamento médico a quem aciona a Justiça”⁴⁴³.

Realizou, em dezembro de 2017, audiência pública sobre a prestação jurisdicional em processos relativos à saúde, na qual foram ouvidas as opiniões de autoridades públicas, especialistas e representantes da sociedade civil acerca do acesso aos serviços de saúde pública e suplementar, inclusive quanto à incorporação de novas tecnologias, proporcionando elementos para o Poder Judiciário realizar uma análise mais adequada de diversas questões atinentes à matéria⁴⁴⁴.

Mas a adoção de medidas relativas ao fenômeno da judicialização da política de saúde pública no Brasil não ficaram restritas ao Poder Judiciário.

A título de exemplo, o Ministério da Saúde, em novembro de 2016, lançou ferramenta com subsídios técnicos para apoiar o Judiciário nas decisões relacionadas à saúde em todo o

⁴⁴⁰ CONSELHO Nacional de Justiça - **I Jornada de Direito da Saúde: a Justiça faz bem à saúde**; CONSELHO Nacional de Justiça - **II Jornada de Direito da Saúde: a Justiça faz bem à saúde**.

⁴⁴¹ CONSELHO Nacional de Justiça – **Portaria n.º 8, de 2 de fevereiro de 2016**.

⁴⁴² CONSELHO Nacional de Justiça – **Resolução n.º 238, de 6 de setembro de 2016**.

⁴⁴³ CONSELHO Nacional de Justiça – **Ministra lança plataforma para subsidiar decisões com evidência médica**.

⁴⁴⁴ CONSELHO Nacional de Justiça – **Audiência pública: prestação da jurisdição em processos relativos à saúde**.

país, baseados em evidências científicas para a solução das demandas analisadas pelos magistrados⁴⁴⁵.

Em outubro de 2017, o Ministério da Saúde também instituiu um Núcleo de Judicialização, com a finalidade de organizar e promover o atendimento das demandas judiciais no âmbito do Ministério da Saúde, assim consideradas as ações judiciais que tenham por objeto impor à União a aquisição de medicamentos, insumos, material médico-hospitalar e a contratação de serviços destinados aos usuários do SUS⁴⁴⁶. Cabe a esse Núcleo atuar na gestão do cumprimento das decisões judiciais e subsidiar a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde com informações necessárias para a apresentação de defesa nos processos que tramitam perante o Poder Judiciário⁴⁴⁷.

Como se vê, por sua dimensão significativa, pelos elevados recursos públicos que envolve e pela relevância dos direitos e valores constitucionais a ele relacionados (dignidade de pessoa humana, vida e saúde), o fenômeno da judicialização da política de saúde pública é objeto de grande atenção pelas instituições brasileiras.

4.3 Especialização de unidades jurisdicionais em matéria de saúde pública

Entre as diversas medidas adotadas com o objetivo de aprimorar a prestação jurisdicional brasileira nas demandas que envolvem o direito à saúde pública, estão os atos do CNJ que inicialmente recomendaram e posteriormente determinaram a especialização de órgãos jurisdicionais para processar e julgar as ações relativas à matéria.

Com efeito, por meio da Recomendação n.º 43, de 20 de agosto de 2013, o CNJ recomendou aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios que promovessem “a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública” (artigo 1.º, inciso I)⁴⁴⁸.

Constam, entre outros, os seguintes fundamentos dessa recomendação: “a judicialização da saúde envolve questões extremamente complexas, a exigir a adoção de diversas medidas interdisciplinares e intersetoriais”; “a saúde é direito fundamental e tem por objeto a preservação da dignidade da pessoa humana”; e “a especialização de Varas de Saúde Pública poderá garantir decisões mais adequadas e tecnicamente precisas”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ MINISTÉRIO da Saúde - **Núcleo de Judicialização aprimora segurança do paciente em ações judiciais.**

⁴⁴⁶ MINISTÉRIO da Saúde – **Portaria n.º 2.566, de 4 de outubro de 2017**

⁴⁴⁷ MINISTÉRIO da Saúde - **Núcleo de Judicialização aprimora segurança do paciente em ações judiciais.**

⁴⁴⁸ CONSELHO Nacional de Justiça – **Recomendação n.º 43, de 20 de agosto de 2013.**

⁴⁴⁹ Idem – **Ibidem.**

A partir da referida recomendação, alguns Tribunais iniciaram a especialização de varas em matéria de saúde pública. A título de exemplo, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região especializou, em 2016, a 3.^a Vara Federal de Curitiba/PR e as 1.^a, 2.^a, 4.^a e 5.^a Varas Federais de Porto Alegre/RS em matéria de saúde⁴⁵⁰. Por sua vez, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais especializou, em 2016, as 2.^{as} Varas das comarcas que tenham mais de uma vara de competência da Fazenda Pública e das comarcas que tenham mais de uma vara de competência cível que também tenham competência para os feitos da Fazenda Pública, para conhecer e processar novas ações que digam respeito à saúde pública⁴⁵¹.

Vários Tribunais, entretanto, não adotaram medidas concretas destinadas à aludida especialização de órgãos jurisdicionais.

Diante disso, decorridos pouco mais de três anos da mencionada recomendação, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 238, de 06 de setembro de 2016, agora determinando (e não apenas recomendando) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que, nas Comarcas ou Seções Judiciárias com mais de uma vara⁴⁵² de Fazenda Pública, promovam a especialização de uma delas em matéria de saúde pública, compensando-se a distribuição (artigo 3.º). Na mesma Resolução, ainda “recomendou” aos tribunais que tenham mais de uma Câmara⁴⁵³ de Direito Público que promovam semelhante especialização de órgãos de julgamento colegiado (artigo 3.º, parágrafo único)⁴⁵⁴.

Como fundamentos dessas determinações, a resolução indica que “a judicialização da saúde envolve questões complexas que exigem a adoção de medidas para proporcionar a especialização dos magistrados para proferirem decisões mais técnicas e precisas”, bem como que a especialização de varas para tratar da matéria “pode ser realizada por meio da concentração da distribuição de novas ações que envolvam direito à saúde pública e à saúde suplementar em uma das varas cíveis ou de Fazenda Pública de cada Comarca, com a devida compensação na distribuição de outros feitos”⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ TRIBUNAL Regional Federal da 4.^a Região – **TRF4 implanta as primeiras varas federais do país especializadas em saúde.**

⁴⁵¹ TRIBUNAL de Justiça do Estado de Minas Gerais – **Resolução n.º 829/2016, alterada pela Resolução do Órgão Especial n.º 841/2017.**

⁴⁵² Comarca é a divisão territorial da primeira instância da Justiça Estadual brasileira. Seção judiciária é a divisão territorial da primeira instância da Justiça Federal brasileira. Vara é uma unidade jurisdicional de primeira instância das Justiças Federal e Estadual brasileiras.

⁴⁵³ Câmara é um órgão colegiado de tribunais brasileiros.

⁴⁵⁴ CONSELHO Nacional de Justiça – **Resolução n.º 238, de 6 de setembro de 2016.**

⁴⁵⁵ Idem - **Ibidem.**

A partir de então, e diante de sucessivas cobranças do Conselho Nacional de Justiça⁴⁵⁶, outros Tribunais passaram a adotar medidas destinadas à especialização de órgãos jurisdicionais em matéria de saúde pública. Exemplificativamente, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região especializou, em 2017, a 3.^a e a 21.^a Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal em matéria de saúde pública⁴⁵⁷. E o Tribunal Regional Federal da Segunda Região especializou, em 2017, a 4.^a, a 15.^a, a 23.^a e a 28.^a Varas Federais da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro para, mediante concentração, processar e julgar as demandas que envolvam direito à saúde pública⁴⁵⁸.

Além desse movimento interno do Poder Judiciário, foi apresentada, em dezembro de 2016, uma proposta de emenda à Constituição brasileira com o objetivo de “determinar a especialização de varas de saúde pública no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça” (PEC 297/2016), a qual se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados⁴⁵⁹.

Evidentemente, a tendência de especialização de unidades jurisdicionais brasileiras em matéria de saúde pública decorre do grande volume de demandas judiciais nessa área, da complexidade e interdisciplinaridade envolvidas na solução dessas causas e da fundamentalidade do direito à saúde, especialmente considerando sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida.

Esse conjunto de fatores recomenda tal especialização, a fim de viabilizar decisões mais adequadas e tecnicamente precisas, que avaliem o conjunto de circunstâncias relevantes para a solução das controvérsias, concebendo, sempre que possível, a política de saúde pública como um todo, ainda que se esteja diante de uma simples discussão de direitos subjetivos individuais, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos médicos a uma única pessoa.

Importante observar que a especialização de unidades jurisdicionais também tende, ao menos em tese, a viabilizar uma gestão mais adequada dos acervos de processos judiciais sobre saúde pública.

Afinal, a medida favorece o aprimoramento de procedimentos para a declaração e efetivação céleres e eficazes de direitos nessa área tão sensível, diante de situações que muitas

⁴⁵⁶ Vide considerandos da Resolução Presi n.º 12/2017 (TRIBUNAL Regional Federal da 1.^a Região – **Resolução Presi n.º 12/2017**).

⁴⁵⁷ TRIBUNAL Regional Federal da 1.^a Região – **Resolução Presi n.º 12/2017**.

⁴⁵⁸ TRIBUNAL Regional Federal da 2.^a Região – **Resolução n.º TRF2-RSP-2017/00006 de 8 de março de 2017**.

⁴⁵⁹ CÂMARA dos Deputados – **PEC 297/2016**.

vezes envolvem risco de morte, agravamento de doenças, sofrimento e limitações físicas resultantes de enfermidades.

Não se pode olvidar, entretanto, que há críticas à tendência de excessiva especialização de unidades jurisdicionais. Cappelletti e Garth, por exemplo, já alertavam que, “a despeito do apelo óbvio da ‘especialização’ e da criação de novas instituições, os sistemas jurídicos não podem introduzir órgãos e procedimentos especiais para todos os tipos de demandas”⁴⁶⁰.

E indicaram alguns riscos da excessiva especialização de órgãos jurisdicionais, como a confusão das fronteiras de competência dos órgãos jurisdicionais; o isolamento dos juízes, fazendo com que desenvolvam perspectiva bastante estreita, perdendo de vista aspectos e problemas que não estejam diretamente relacionados ao seu campo de atuação no Direito; e o perigo de improvisação com o procedimento, acarretando efeitos indesejados, a exemplo do abandono de garantias como a imparcialidade do julgador e o contraditório⁴⁶¹.

Tais preocupações são relevantes, mas elas não contraindicam a especialização de varas em matéria de saúde pública, ao menos da forma determinada pelo CNJ.

Primeiro, porque não há risco da especialização em matéria de saúde pública gerar séria confusão acerca da competência dos órgãos jurisdicionais especializados e não especializados, já que o objeto de tal matéria é suscetível de clara definição.

Segundo, porque a especialização determinada pelo CNJ pode ser efetivada mediante concentração de ações que envolvam o direito à saúde pública em algumas unidades jurisdicionais, com compensação de distribuição e sem que haja atuação dos respectivos juízes exclusivamente nessa matéria.

Terceiro, porque o aprimoramento de procedimentos relativos às demandas judiciais de saúde pública é desejável, com o objetivo de tornar mais ágeis, precisas e eficazes as respectivas decisões⁴⁶², mas sempre mantendo as garantias básicas do processo, a exemplo da imparcialidade do juiz e do contraditório. Outrossim, eventuais distorções nesse aspecto estão

⁴⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 162.

⁴⁶¹ Idem – **Op. Cit.** p. 162-164.

⁴⁶² Apenas para exemplificar, muitas ações judiciais que objetivam o fornecimento pelo poder público de medicamentos de alto custo ainda não incorporados pelo SUS demandam procedimento parcialmente diferenciado, mediante a realização de perícia antecipada para apreciação de pedidos de tutela provisória. Com isso, busca-se, a um só tempo, atender à urgência alegada pelo paciente-autor e evitar a imposição de prestação onerosa ao sistema público de saúde sem haver segurança quanto à necessidade, urgência, adequação e eficácia do medicamento postulado. A especialização de varas, nessas circunstâncias, tende a contribuir para o aprimoramento e padronização de procedimentos em causas que versem sobre o direito à saúde pública, assegurando tratamento isonômico e mais eficiente pelo Poder Judiciário.

sujeitas à revisão por instâncias superiores do próprio Judiciário, como ocorre de maneira geral com a ampla maioria dos processos.

Diante disso, é possível concluir que a especialização de unidades jurisdicionais brasileiras em matéria de saúde pública se trata de medida de aprimoramento do acesso à justiça e de tratamento adequado à judicialização da política de saúde pública no Brasil.

Logo, está em consonância com a terceira onda de soluções para o acesso efetivo à justiça, que, segundo Cappelletti e Garth, “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”⁴⁶³.

4.4 Especialização de varas federais no foro nacional em matéria de saúde pública

Já foi dito que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do poder público e é de responsabilidade solidária dos entes federados, razão pela qual o polo passivo de ações dessa natureza pode ser composto por qualquer um deles (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), isolada ou conjuntamente⁴⁶⁴.

Também se observou que compete à Justiça Federal, entre outras atribuições, processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” (CRFB, artigo 109, inciso I), incluindo-se nesse rol todas as demandas ajuizadas contra a União em matéria de saúde pública, mesmo que em litisconsórcio passivo com Estados, Distrito Federal e/ou Municípios.

Consignou-se, ainda, que, por opção do demandante, as ações ajuizadas contra a União na Justiça Federal podem ser aforadas na Seção Judiciária do Distrito Federal (CRFB, artigo 109, § 2.º), a qual, por esse motivo, costuma ser identificada como foro nacional da União.

A soma de tais circunstâncias enseja a conclusão de que a especialização de varas da Justiça Federal no Distrito Federal em matéria de saúde pública é uma das mais significativas, nessa seara, no âmbito do Judiciário brasileiro.

⁴⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça**. p. 67-68.

⁴⁶⁴ SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 855178 RG/SE - Sergipe, de 05 de março de 2015**. Relator Ministro Luiz Fux.

Com efeito, podem ser ajuizadas em tais varas, por opção da parte demandante, praticamente todas as ações versando sobre o direito à saúde pública que tenha a União como parte, assistente ou oponente, mesmo que em litisconsórcio com outros entes federados.

Levantamento estatístico realizado pelo Tribunal Regional Federal da 1.^a Região no processo administrativo que culminou com a aludida especialização de varas federais no Distrito Federal (Anexo)⁴⁶⁵ bem demonstra isso.

De fato, embora o Distrito Federal tivesse apenas a 20.^a maior população estimada do Brasil em 2017, estando à sua frente dezenove Estados⁴⁶⁶, consta de tal levantamento que as varas da Justiça Federal na Seção Judiciária do Distrito Federal, em janeiro de 2017, tinham 4.192 processos versando sobre o assunto “TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR E/OU FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SAÚDE – SERVIÇOS – ADMINISTRATIVO”, quantitativo maior que o da Justiça Federal em Estados como Acre (110 processos), Amazonas (364 processos), Amapá (326 processos), Bahia (3.392 processos), Goiás (1.410 processos), Maranhão (980 processos), Mato Grosso (728 processos), Pará (638 processos), Piauí (1.046 processos), Rondônia (824 processos), Roraima (48 processos) e Tocantins (206 processos)⁴⁶⁷.

Mas é necessário consignar que a referida especialização de varas da Justiça Federal no Distrito Federal é bastante recente, tendo sido implementada somente a partir de setembro de 2017⁴⁶⁸.

Diante do curto período transcorrido desde a implementação da medida, especialmente considerando que houve recesso forense entre 20 de dezembro de 2017 e 06 de janeiro de 2018⁴⁶⁹, ainda não houve tempo suficiente para se avaliar os reflexos da especialização da 3.^a e da 21.^a Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal em matéria de saúde pública.

Não obstante isso, algumas notícias já dão conta de decisões relevantes sobre a matéria proferidas no âmbito das mencionadas varas após a especialização.

Em setembro de 2017, houve decisão de uma dessas varas proibindo a compra, em toda a rede nacional do SUS, do medicamento chinês Leuginase, utilizado no tratamento de

⁴⁶⁵ TRIBUNAL Regional Federal da 1.^a Região – **Processos tramitando, na primeira instância, em 17/01/2017, com assunto 01.04.04.05 – TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR E/OU FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SAÚDE – SERVIÇOS – ADMINISTRATIVO.**

⁴⁶⁶ INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – **Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1.º de julho de 2017.**

⁴⁶⁷ TRIBUNAL Regional Federal da 1.^a Região – **Processos tramitando, na primeira instância, em 17/01/2017, com assunto 01.04.04.05 – TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR E/OU FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SAÚDE – SERVIÇOS – ADMINISTRATIVO.**

⁴⁶⁸ TRIBUNAL Regional Federal da 1.^a Região – **Resolução Presi n.º 28/2017.**

⁴⁶⁹ Artigo 62, inciso I (LEI n.º 5.010, de 30 de maio de 1966).

leucemia infantil e criticado por não ter eficácia comprovada nem registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)⁴⁷⁰.

Em janeiro de 2018, houve determinação de uma dessas varas, em ação civil pública, para que todos os portadores de câncer no Distrito Federal tenham assegurado, em até dois meses, o tratamento de radioterapia por meio do SUS⁴⁷¹.

Em março de 2018, houve celebração de acordo, em ação civil pública que tramita numa dessas unidades jurisdicionais, objetivando a duplicação da oferta de atendimentos em radioterapia pelo SUS no Distrito Federal, bem como observância do prazo máximo de sessenta dias para início desse tipo de tratamento⁴⁷².

Não se pode olvidar que a especialização da 3.^a e da 21.^a Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal atualmente envolve apenas processos com os seguintes assuntos: serviços hospitalares, planos de saúde, tratamento médico-hospitalar, fornecimento de medicamentos, saúde mental e unidade de terapia intensiva (UTI) ou unidade de cuidados intensivos (UCI)⁴⁷³.

Apesar do avanço, seria mais interessante concentrar nessas varas não somente ações relativas ao fornecimento de medicamentos, tratamentos e outras prestações estatais de saúde, como também todas as demais questões que as tangenciam, a exemplo das que seguem: contratação de médicos e outros profissionais de saúde pelo Estado; licitação, contratação e, de forma geral, aquisição de medicamentos, equipamentos e outros materiais destinados à prestação de serviços de saúde pelo poder público; revalidação de diplomas estrangeiros de médicos e outros profissionais de saúde; requisitos para inscrição de médicos e outros profissionais de saúde nos respectivos conselhos profissionais; incorporação de medicamentos e outros tratamentos pelo SUS; fixação estatal de preços máximos de medicamentos e outros materiais destinados a cuidados com a saúde; registro de medicamentos e outros insumos destinados à saúde junto à ANVISA.

Afinal, são questões que se inter-relacionam, pois a falta de entrega de uma determinada prestação estatal de saúde pode resultar, por exemplo, de vícios ou demora na habilitação, contratação ou credenciamento de profissionais e/ou instituições para fornecê-la.

Com essa sugerida ampliação de assuntos no objeto da especialização, poder-se-ia assegurar, ao menos em tese, uma maior uniformidade e coerência na atuação do Poder

⁴⁷⁰ JUSTIÇA Federal proíbe compra e uso de Leuginate da China em toda a rede SUS. **G1**.

⁴⁷¹ JUIZ de Brasília determina que União e governo do DF cumpram lei que garante início de tratamento de câncer em 60 dias. **G1**.

⁴⁷² CONSELHO Nacional de Justiça. **Conciliação: projeto pretende zerar espera por radioterapia no SUS-DF**.

⁴⁷³ Artigo 2.º (TRIBUNAL Regional Federal da 1.^a Região – **Provimento Coger n.º 134/2017**).

Judiciário relativamente à política de saúde pública, além de possibilitar aos respectivos juízes uma visão mais ampla da complexa problemática que envolve a matéria no Brasil.

De todo modo, apesar da limitação de matérias e do curto período transcorrido, espera-se que a especialização já implementada da 3.^a e da 21.^a Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal contribua para atribuir maior celeridade, precisão e adequação às decisões em processos referentes à matéria de saúde pública de sua competência, assegurando, a um só tempo, o acesso efetivo à justiça e o direito fundamental à saúde.

CONCLUSÃO

A investigação, como afirmado na introdução, propôs-se a discutir a judicialização da política de saúde pública, sob o enfoque dos direitos de acesso à justiça e à saúde, dando especial atenção à especialização de unidades jurisdicionais brasileiras para a análise da matéria, considerando que o sistema judiciário português é mais comedido quanto ao ativismo judicial.

Objetivou-se analisar se essa especialização de unidades jurisdicionais constitui medida de aprimoramento do acesso à justiça e de tratamento adequado à judicialização da política de saúde pública no Brasil.

A partir desse objetivo geral, foram trabalhados quatro objetivos específicos, que podem ser sintetizados da forma a seguir.

O primeiro objetivo específico consistiu em apresentar sistematização e conceito de direitos humanos e direitos fundamentais, as gerações desses direitos, seu fundamento, sua previsão na ordem internacional e interna e outras questões relevantes, a exemplo da relatividade e ponderação.

O segundo objetivo específico consistiu em identificar a natureza e o conteúdo do direito de acesso à justiça, os principais obstáculos à sua efetivação, as ondas de solução do problema, bem como a separação de poderes e seus reflexos na atuação do Judiciário, especialmente quanto à judicialização de políticas públicas.

O terceiro objetivo específico consistiu em apresentar o contexto de reconhecimento do direito à saúde, seu conceito, as diretrizes básicas desse direito nos ordenamentos internos do Brasil e de Portugal e outras questões relevantes atinentes ao assunto, como a reserva do possível, o mínimo existencial e a judicialização da política de saúde pública.

O quarto objetivo específico consistiu em analisar, diante das questões anteriores, se a especialização de unidades jurisdicionais brasileiras em matéria de saúde pública se enquadra como medida de aprimoramento do acesso à justiça e de tratamento adequado à judicialização da política de saúde pública, partindo de um panorama da estrutura do Judiciário e da atenção dada à matéria no Brasil, de modo a contribuir, considerando a aproximação sistêmica com o ordenamento português, com o desenvolvimento do tema em Portugal.

Para tanto, realizou-se pesquisa em documentos de direito internacional, Constituições, normas infraconstitucionais, jurisprudência, doutrina de direito e filosofia, documentos históricos, dados estatísticos e notícias, entre outros.

A abordagem do tema partiu do estudo dos direitos humanos e fundamentais, apresentando-se notícia histórica relativa à sua evolução desde os primeiros pensamentos no mundo antigo e medieval, os quais contribuíram para o reconhecimento de valores que atualmente os inspiram (fase pré-histórica); passando pelo período de elaboração da doutrina jusnaturalista e dos direitos naturais do homem (fase intermediária); culminando com sua afirmação no âmbito interno dos Estados a partir das primeiras declarações de direitos dos novos Estados americanos em 1776 e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (fase da constitucionalização); e finalizando com seu subsequente reconhecimento pela ordem internacional (fase da internacionalização).

Nesse ponto, concluiu-se ser longa a evolução histórica dos direitos fundamentais e humanos, que passaram a se caracterizar como fundamentais a partir de sua constitucionalização e como humanos a partir de sua internacionalização, tendo sido objeto, nesse percurso, de contínua ampliação subjetiva (titulares) e objetiva (conteúdo).

Atribuiu-se aos direitos fundamentais o conceito de direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito interno de determinado Estado como constitutivos de sua estrutura básica, ostentando eficácia interna, supremacia normativa (geralmente constitucional e eventualmente apenas supralegal) e observância obrigatória por todos os poderes públicos.

Por sua vez, os direitos humanos foram conceituados como sendo aqueles reconhecidos ao ser humano pelo direito internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, revelando caráter supranacional.

Quanto à natureza jurídica, atribuiu-se aos direitos humanos e aos direitos fundamentais a natureza de direitos históricos positivados, mas sem negar a importância da visão jusnaturalista no processo de positivação interna dos direitos fundamentais e de posterior internacionalização dos direitos humanos.

Reconheceu-se a íntima relação dos direitos humanos e fundamentais com a dignidade da pessoa humana, materializada, atualmente, numa ligação jurídico-positiva entre eles.

Afirmou-se que, ao longo do tempo, as sucessivas transformações dos direitos humanos e dos direitos fundamentais quanto ao conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação guardam consonância com as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica, caracterizando fases tradicionalmente denominadas como gerações.

Apesar das críticas ao uso da expressão gerações para identificar o fenômeno, foi ela adotada sob o entendimento de que não envolve necessariamente a ideia de alternância, mas apenas de surgimento sucessivo de grupos de direitos (“gerações”), que podem (e devem) coexistir entre si (cumulatividade e complementaridade).

A primeira geração é integrada pelos direitos da liberdade (direitos civis e políticos), tendo por titulares os indivíduos, sendo oponíveis aos outros (especialmente ao Estado), traduzindo-se em faculdades e ostentando subjetividade, de modo que são comumente qualificados como direitos de resistência, de defesa ou de oposição perante o Estado, embora também possam reclamar uma conduta positiva por parte deste.

A segunda geração se caracteriza pelo reconhecimento de direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação e trabalho, envolvendo a ideia de igualdade material, além das denominadas liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização e o direito de greve, e dos direitos fundamentais dos trabalhadores, a exemplo do direito a férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo e limitação da jornada de trabalho. Têm, originalmente, conteúdo predominantemente positivo, apesar de também ostentarem uma dimensão negativa.

A terceira geração está relacionada aos direitos de solidariedade ou fraternidade, tendo por destinatário o gênero humano, e não mais um indivíduo, um grupo ou um Estado em particular, pressupondo dever de colaboração de todos os Estados e caracterizando-se pela titularidade coletiva ou difusa. É integrada, por exemplo, pelos direitos ao desenvolvimento econômico (sustentável), à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e qualidade de vida, à fraternidade, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e de comunicação.

Anotou-se que, diante do surgimento de novos direitos humanos e fundamentais, há autores que já reconhecem outras gerações desses direitos. Todavia, questionou-se a “inflação” nessa identificação de novas gerações de direitos humanos e fundamentais, com o argumento de que os novos direitos, na sua maioria, se fundamentam essencialmente na dignidade da pessoa humana e se relacionam, direta ou indiretamente, com valores já integrantes das três primeiras gerações, apenas apresentando uma roupagem mais moderna e adequada às transformações ocorridas na realidade social, política, cultural, econômica e científica.

Após afirmar a relatividade como característica geral dos direitos humanos e fundamentais, sustentou-se que eventual conflito entre tais direitos, ainda que circunstancial, deve ser resolvido por meio de sopesamento, para se definir qual deles tem maior peso no caso concreto, apesar de estarem abstratamente no mesmo nível.

No exercício de tal sopesamento, a ponderação dos interesses em conflito normalmente deve envolver a ideia de proporcionalidade, desdobrada em três subprincípios

(ou dimensões), quais sejam, idoneidade (ou adequação), necessidade (ou exigibilidade) e racionalidade (ou proporcionalidade em sentido estrito).

Passou-se à abordagem do direito de acesso à justiça, afirmando sua essencialidade como instrumento de tutela efetiva dos direitos e qualificando-o como direito humano e fundamental de primeira geração.

Acerca do conteúdo, observou-se que o direito de acesso à justiça envolve, na atualidade, muito mais do que a simples possibilidade de encaminhar uma postulação ao Poder Judiciário, pressupondo adequação e efetividade, o que inclui, entre outros aspectos, a igualdade de armas, a imparcialidade e independência dos julgadores, a duração razoável e a eficácia.

Identificados alguns dos principais obstáculos ao acesso efetivo à justiça (barreiras econômicas e temporais, muitas vezes potencializadas pelas possibilidades das partes), apresentou-se abordagem sobre as três ondas de soluções para esses problemas.

A primeira onda refere-se à assistência judiciária para os pobres, sendo uma resposta à barreira econômica. A segunda onda diz respeito à representação jurídica para interesses difusos, especialmente envolvendo a proteção do meio ambiente e do consumidor, sendo uma resposta às dificuldades para o acesso à justiça decorrentes do fenômeno da massificação das relações. A terceira onda, chamada de “enfoque de acesso à justiça”, envolve esses e outros instrumentos destinados a afastar, de forma articulada e compreensiva, todas as barreiras de acesso à justiça.

Apesar da relevância, sustentou-se que toda tentativa de minimizar os obstáculos de acesso à justiça deve ponderar entre os benefícios esperados e os prejuízos que dela poderão advir, numa típica avaliação da relação custo-benefício, objetivando assegurar a proteção jurídica mais eficaz e temporalmente adequada possível.

Na sequência, abordou-se a separação de poderes, apresentando-se as diretrizes básicas da teoria de Montesquieu e o conteúdo da separação de poderes e funções públicas na atualidade.

Quanto a esse último aspecto, registrou-se que, hodiernamente, o princípio da separação de poderes ostenta duas dimensões complementares: uma dimensão negativa, ligada à ideia de divisão, controle e limite do poder do Estado, assegurando medida jurídica a esse poder; e uma dimensão positiva, relacionada à ordenação e organização do poder do Estado, de modo a viabilizar decisões mais eficazes e mais justas.

Contudo, o fato de competir precipuamente a cada poder uma função pública fundamental (Legislativo – legiferação; Executivo – administração; Judiciário – jurisdição)

não impede que um pratique, de forma secundária, condutas próprias de outro, desde que imprescindível para alcançar suas finalidades institucionais (competência derivada) e desde que o que eles façam possa ser feito e seja feito de forma legítima.

Especificamente quanto ao Poder Judiciário, restou consignado que lhe cabe precipuamente (competência originária) a função pública essencial de solução dos conflitos de interesses (jurisdição), sem prejuízo do exercício de algumas funções de caráter legiferante e de administração (competências derivadas).

No exercício desse poder de julgar, diversamente do que sustentava Montesquieu, afirmou-se que nem sempre é possível que os julgamentos dos tribunais se limitem a simplesmente aplicar o texto exato da lei, sendo necessária, muitas vezes, uma atividade mais (cri)ativa dos magistrados, desde que isso não interfira no núcleo essencial da ordenação constitucional dos poderes.

Reconheceu-se, de forma geral, um agigantamento do Poder Judiciário e da criatividade judicial como consequência: da mudança de paradigma estatal, passando do Estado liberal para o Estado social; do crescimento dos ramos legislativo e administrativo, com a subsequente perda da credibilidade de ambos; da Revolução Industrial e da massificação por ela provocada; e da proclamação crescente do catálogo de direitos fundamentais, muitos com conteúdos vagos, fluídos e programáticos.

Em contrapartida, foram apontados alguns efeitos colaterais indesejados decorrentes desse agigantamento do Poder Judiciário, como o estímulo ao aumento da litigiosidade (cultura demandista), o desestímulo à solução não judicializada dos conflitos de interesses e a criação de focos de tensão com os demais poderes.

Mesmo assim, sustentou-se que, tendo o Poder Judiciário a missão de controlar os demais poderes num sistema de freios e contrapesos, é natural que os tribunais e juízes interpretem as leis e colmatem aparentes lacunas do ordenamento jurídico, numa atividade claramente criativa, inclusive com o objetivo de corrigir ações e suprir omissões dos demais poderes contrárias às diretrizes comumente genéricas de documentos de direito internacional e do texto constitucional. Mas nessa atividade, como já afirmado, deve-se evitar que a criação do direito pelo Poder Judiciário interfira no núcleo essencial da ordenação constitucional dos poderes, invadindo indevidamente as esferas de competências próprias do Legislativo e do Executivo.

Defendeu-se que, pelo critério democrático, a formulação originária de políticas públicas deve caber à política, e não à justiça. Entretanto, uma vez formulada a política pública – e enquanto não revogada –, seu cumprimento pode – e deve – ser imposto pela

Justiça, sob pena de não haver controle eficaz de omissões ilegítimas do Executivo e do Legislativo por um poder independente, a depender do sistema político constitucional (v.g., Brasil).

Sobre isso, consignou-se que, no Brasil, é bastante claro o fenômeno da judicialização de políticas públicas, ao passo que, em Portugal, observou-se um fenômeno em sentido contrário (desjudicialização da política), principalmente a partir da década de 1990.

De todo modo, existem sinais evidentes de reação ao agigantamento do Poder Judiciário em alguns países, a exemplo da Hungria, da Polônia, de Portugal e do Brasil.

Na abordagem do direito à saúde, depois de apresentar uma breve notícia histórica a seu respeito, concluiu-se que ele atualmente se qualifica como direito humano e fundamental de segunda geração, sendo fundamentado na dignidade da pessoa humana.

Conquanto objeto de críticas razoáveis, reputou-se aceitável o conceito de saúde constante da Constituição da OMS, qual seja, o de que se trata de um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não se limitando à ausência de doenças ou enfermidades.

Foram apresentadas as diretrizes básicas do direito à saúde nos ordenamentos internos brasileiro e português. Apesar do conteúdo amplo desse direito no Brasil e em Portugal, afirmou-se que ele não envolve uma espécie de direito de qualquer pessoa receber gratuitamente do Estado qualquer tipo de prestação de saúde (“direito de todos a tudo”).

Diante da importância do tema no âmbito da judicialização da política de saúde pública, abordou-se brevemente a reserva do possível e o mínimo existencial, defendendo-se a viabilidade de aplicação de uma reserva do possível, mas com as diretrizes a seguir sintetizadas.

Tratando-se de direito fundamental social suficientemente densificado, incide a reserva do possível se a prestação postulada não existe (impossibilidade material absoluta) ou se a prestação postulada existe, mas não pode ser fornecida pelo Estado por não ter esta a disponibilidade da prestação nem alternativa para obter essa disponibilidade (impossibilidade jurídica absoluta).

Ainda relativamente a direito fundamental social suficientemente densificado, não incide a reserva do possível se a prestação postulada existe e o Estado pode, em tese, dispor dela, mas apenas não conta com recursos específicos para custeá-la, embora tenha alternativas para isso (impossibilidade material relativa), bem como se a prestação postulada existe e, conquanto fora da disponibilidade direta do Estado, pode este obrigar terceiro à sua prestação, como, por exemplo, mediante requisição indenizada (impossibilidade jurídica relativa).

Esclareceu-se, no entanto, que a ausência de recursos econômicos poderá equivaler a uma espécie de impossibilidade material absoluta apta a justificar o não cumprimento de direitos fundamentais sociais suficientemente densificados apenas na improvável e excepcionalíssima hipótese de ausência total de recursos, de comprovada impossibilidade de aumento da arrecadação e de obtenção de empréstimos (internos e externos), enfim, de completa falência do Estado.

De outra parte, tratando-se de direito fundamental social não suficientemente densificado, o direito à efetivação de prestações qualificadas como integrantes do mínimo existencial deve se sobrepor à alegação de ofensa à reserva do possível baseada em obstáculos de ordem financeira e orçamentária, salvo casos de impossibilidade absoluta (material ou jurídica) do Estado satisfazê-las.

Além disso, ainda na hipótese de direito fundamental social não suficientemente densificado, o reconhecimento do direito a prestações que não se enquadrem no denominado mínimo existencial (ou social) está sujeito à ampla liberdade dos poderes políticos na formulação das respectivas políticas públicas, inclusive sob o enfoque da reserva do possível levando em conta restrições financeiras e orçamentárias.

Concluiu-se a abordagem do direito à saúde com a constatação de que, no Brasil, há um elevado grau de judicialização da política de saúde pública, embora já se verifiquem algumas medidas de desjudicialização de demandas nessa área. Diversamente, em Portugal, ocorreu um processo de desjudicialização de conflitos e das próprias políticas públicas a partir da década de 1990, inclusive quanto à saúde.

Como último capítulo, tratou-se da especialização de unidades jurisdicionais brasileiras em matéria de saúde pública, apresentando-se, de início, uma visão panorâmica da complexa estrutura do Poder Judiciário no Brasil, como meio de, reverberando a estrutura federativa de Estado, contribuir para o estudo do tema em Portugal.

Depois de apresentar números expressivos de ações judiciais sobre a matéria e de valores despendidos pelo Estado no cumprimento das respectivas decisões, foram elencadas várias iniciativas do poder público confirmando que o fenômeno da judicialização da política de saúde pública é objeto de grande atenção pelas instituições brasileiras.

Entre as diversas medidas adotadas com o objetivo de aprimorar a prestação jurisdicional brasileira nas demandas que envolvem o direito à saúde pública, deu-se destaque à especialização de órgãos jurisdicionais para processar e julgar ações relativas à matéria.

Nesse ponto, reconheceu-se que se trata de medida de aprimoramento do acesso à justiça e de tratamento adequado à judicialização da política de saúde pública no Brasil, enquadrando-se na terceira onda de soluções para o acesso efetivo à justiça.

Entre as especializações de unidades jurisdicionais, registrou-se a grande relevância da medida relativamente a duas varas da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Afinal, é possível o ajuizamento nessas varas, por opção da parte demandante, de praticamente todas as ações versando sobre o direito à saúde pública que tenha a União como parte, assistente ou oponente, mesmo que em litisconsórcio com outros entes federados.

Apesar de se reconhecer o avanço da especialização dessas unidades jurisdicionais, considerou-se que a medida poderia ser mais abrangente, a fim de ampliar a competência de tais varas não somente para ações relativas ao fornecimento de medicamentos, tratamentos e outras prestações estatais de saúde, como também para todas as demais questões que as tangenciam.

Com isso, poder-se-ia assegurar, ao menos em tese, uma maior uniformidade e coerência na atuação do Poder Judiciário relativamente à política de saúde pública, além de possibilitar aos respectivos juízes uma visão mais ampla da complexa problemática que envolve a matéria no Brasil.

Mesmo assim, afirmou-se acreditar que a especialização de unidades jurisdicionais brasileiras contribuirá para atribuir maior celeridade, precisão e adequação às decisões em processos referentes à matéria de saúde pública de sua competência, assegurando, a um só tempo, o acesso efetivo à justiça e o direito fundamental à saúde.

Como se vê, os objetivos inicialmente definidos para este trabalho foram alcançados.

Espera-se que a experiência brasileira de especialização de unidades jurisdicionais sirva, se não como modelo, ao menos para estudo e reflexão de Portugal e de outros países que, em algum momento, venham a se deparar com a explosão do fenômeno da judicialização de políticas públicas, especialmente na área da saúde.

BIBLIOGRAFIA

- ADVOCACIA-GERAL da União (Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde) - **Intervenção Judicial na saúde pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018]. Disponível em <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>
- ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. ISBN 85-392-0073-2
- ASENSI, Felipe Dutra – **Saúde, Sociedade e Judiciário: Estratégias de Reivindicação em Portugal e no Brasil**. Lisboa: Juruá, 2013. ISBN 978-989-712-182-1
- BOBBIO, Norberto - **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13.^a tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L'età dei Diritti. ISBN 85-7001-710-3
- BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 30.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 978-85-392-0271-3
- CÂMARA de Mediação em Direito da Saúde - CAMEDS – **Sobre nós**. [Em linha]. [Consult. 09 mar.2018]. Disponível em <http://www.cameds.com.br/sobre.html>
- CÂMARA dos Deputados – **PEC 297/2016**. [Em linha]. [Consult. 13 mar. 2018]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2121184>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. (5.^a reimp.) Coimbra: Almedina, [sd]. ISBN 978-972-40.2106-5
- CANOTILHO, J. J. Gomes – O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In **Direitos Fundamentais Sociais**. Coord. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09034-7. p. 11-31.
- CANOTILHO, J. J. Gomes – O direito dos pobres no activismo judiciário. In **Direitos Fundamentais Sociais**. Coord. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09034-7. p. 33-35.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada: Volume I**. 1.^a ed. brasileira/4.^a ed. portuguesa revista. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-85-203-3044-9

- CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. Título original: Giudici Legislatori?. ISBN 978-85-88278-28-6
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Reimp. Porto Alegre: Fabris, 2002. Título original: Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective, A General Report. ISBN 85-88278-29-4
- CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos – **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob uma ótica tópica e concretista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. ISBN 978-85-8440-515-2
- CARTA de Londres, de 08 de agosto de 1945.** [Em linha]. [Consult. 16 fev.2018]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/nuremberg/anexo.html>
- CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** [Em linha]. [Consult. 18 fev.2018]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>
- COMITÊ Internacional da Cruz Vermelha - **O desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário moderno.** [Em linha]. [Consult. 15 fev.2018]. Disponível em <https://www.icrc.org/por/who-we-are/history/since-1945/history-ihl/overview-development-modern-international-humanitarian-law.htm>
- CONSELHO Nacional de Justiça – **100 Maiores Litigantes 2012.** [Em linha]. [Consult. 22 fev.2018]. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf
- CONSELHO Nacional de Justiça – **Audiência pública: prestação da jurisdição em processos relativos à saúde.** [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/486-audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdicao-em-processos-relativos-a-saude>
- CONSELHO Nacional de Justiça. **Conciliação: projeto pretende zerar espera por radioterapia no SUS-DF.** [Em linha]. Brasília. (12 mar. 2018). [Consult. 13. mar.2018]. Disponível em <http://cnj.jus.br/noticias/judiciario/86324-conciliacao-projeto-pretende-zerar-espera-por-radioterapia-no-sus-df>
- CONSELHO Nacional de Justiça – **Fórum da Saúde.** [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude>
- CONSELHO Nacional de Justiça – **I Encontro do Fórum Nacional da Saúde.** [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema->

carcerario-e-execucao-penal/455-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/forum-da-saude/13435-i-encontro-do-forum-nacional-da-saude

CONSELHO Nacional de Justiça - **I Jornada de Direito da Saúde: a Justiça faz bem à saúde.** [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>

CONSELHO Nacional de Justiça – **II Jornada de Direito da Saúde: a Justiça faz bem à saúde.** [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Justiça em números 2017: Ano-base 2016.** [Em linha]. [Consult. 22 fev.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Ministra lança plataforma para subsidiar decisões com evidência médica.** [Em linha]. Brasília. (21 nov.2017). [Consult. 12 mar. 2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85802-ministra-lanca-plataforma-para-subsidiar-decisoes-com-evidencia-medica>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Portaria n.º 8, de 2 de fevereiro de 2016.** [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/7416acb59c746525fd9f278a5d7719b9.pdf>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Portaria n.º 650, de 20 de novembro de 2009.** [Em linha]. [Consult. 19 mai.2017]. Disponível em http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/portaria/portaria_650_20112009_18102012194714.pdf

CONSELHO Nacional de Justiça – **Prática da mediação é adotada para conter judicialização da saúde no DF.** [Em linha]. Brasília. (14 mai.2015). [Consult. 09 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79356-pratica-da-mediacao-e-adotada-para-conter-a-judicializacao-da-saude-no-df>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Recomendação n.º 31, de 30 de março de 2010.** [Em linha]. [Consult. 19 mai.2017]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Recomendação n.º 36, de 12 de julho de 2011.** [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Recomendação n.º 43, de 20 de agosto de 2013.** [Em linha]. [Consult. 19 mai.2017]. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_43_21082013_21082013190239.pdf

CONSELHO Nacional de Justiça – **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais até 2011.** [Em linha]. [Consult. 09 mar.2018]. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf

CONSELHO Nacional de Justiça – **Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014.** [Em linha]. [Consult. 09 mar.2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnotribunais.forumSaude.pdf>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Resolução n.º 107, de 6 de abril de 2010.** [Em linha]. [Consult. 19 mai.2017]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>

CONSELHO Nacional de Justiça – **Resolução n.º 238, de 6 de setembro de 2016.** [Em linha]. [Consult. 19 mai.2017]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>

CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. [Em linha]. [Consult. 19 fev.2018]. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2015.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6346-1

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos. [Em linha]. [Consult. 18 fev.2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. [Em linha]. [Consult. 20 fev.2018]. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

- CONVENÇÃO para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina.** [Em linha]. [Consult. 18 fev.2018]. Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf>
- CORREIA, Érica Paula Barcha – A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. In **Direitos Fundamentais Sociais**. Coord. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09034-7. p. 37-51.
- CRITSINELIS, Marco Falcão – A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e sua transposição para o direito público brasileiro. **Revista CEJ** [Em linha]. Ano XXI, n.º 71 (Janeiro/Abril de 2017), p. 122-136. ISSN 1414-008X [Consult. 13 mai. 2018]. Disponível em <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2221/2117>
- CRIVELLA insiste em proibir 'Queermuseu' no Rio: Prefeito diz que 'povo não quer exposições que promovam zoofilia e pedofilia'. **O Globo** [Em linha]. Rio de Janeiro. (03 out. 2017). [Consult. 20.2.2018]. Disponível em <https://oglobo.globo.com/cultura/artes-visuais/crivella-insiste-em-proibir-queermuseu-no-rio-21896531>
- DECLARAÇÃO e Programa de Ação de Viena aprovada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos Viena – 1993.** [Em linha]. [Consult. 16 fev.2018]. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>
- DECLARAÇÃO de direitos do bom povo de Virgínia – 1776.** [Em linha]. [Consult. 15 fev.2018]. 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-bom-povo-de-virginia-1776.html>
- DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789.** [Em linha]. [Consult. 15 fev.2018]. 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>
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem.** In **Constituição da República Portuguesa**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6346-1. p. 115-120.

- DECRETO Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008. In **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 387-415.
- DECRETO-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, com alterações até o Decreto-Lei n.º 131/2017, de 10 de outubro. [Em linha]. [Consult. 12 mai.2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2035&tabela=leis
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo - **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-8721-9
- DIREÇÃO Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas Fundação Casa de Bragança – **O foral novo: registros que contam histórias**. [Em linha]. [Consult. 15 fev.2018]. Disponível em <http://antt.dglab.gov.pt/wp-content/uploads/sites/17/2013/10/2013-05-Folha-sala-Expo-O-Foral-Novo.pdf>
- DIRETORIA-GERAL da Política de Justiça - **Duração média dos processos findos nos tribunais judiciais de 1.ª instância, por área processual, segundo a pendência processual - 2001 a 2016**. [Em linha]. [Consult. 22 fev.2018]. Disponível em http://www.sig.dgpj.mj.pt/DataVisualization/DataVisualization_Duracao.html
- DIRETORIA-GERAL da Política de Justiça - Estatísticas trimestrais sobre ações cíveis - 2007-2017. **Boletim** [Em linha]. N.º 50 (2018). [Consult. 22 fev.2018]. Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticas-trimestrais6898/downloadFile/file/DestaqueAcC%C3%ADveis_3.%C2%BAT2017.pdf?nocache=1518704524.22
- DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1510-6
- DWORKIN, Ronald – **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Life's dominion*. ISBN 978-85-7827-078-0
- EMENDA Constitucional n.º 45, de 2004. In **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 299-316.
- EMENDA Constitucional n.º 73, de 2013. In **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 363.
- GOFF, Jacques Le – **O Apogeu da Cidade Medieval**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Título original: *L'Apogée de la France Urbaine Medievale*. ISBN 85-336-0127-1. [Em linha]. [Consult. 15 fev.2018]. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3883019/mod_resource/content/1/LE%20GOFF%20jacques-o-apogeu-da-cidade-medieval

- GOMES, Conceição - **Protagonismo e Independência dos tribunais** [Em linha]. [sl]: CES, 2017. [Consult. 21 fev.18]. Disponível em <http://saladeimprensa.ces.uc.pt/index.php?col=opinioao&id=17962#.Wo36yKjwauU>
- GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional: Volume II**. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4681-5
- GOVERNO do Brasil – **Conheça os órgãos que formam o Poder Judiciário: Estrutura de Estado**. [Em linha]. [Consult. 10 mai.2018]. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/conheca-os-orgaos-que-formam-o-poder-judiciario>
- INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – **Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1.º de julho de 2017**. [Em linha]. [Consult. 13 mar. 2018]. Disponível em ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf
- JUIZ de Brasília determina que União e governo do DF cumpram lei que garante início de tratamento de câncer em 60 dias. **G1**. [Em linha]. Brasília. (08 jan. 2018). [Consult. 13. mar.2018]. Disponível em <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/juiz-de-brasilia-determina-que-uniao-e-governo-do-df-cumpram-lei-que-garante-inicio-de-tratamento-de-cancer-em-60-dias.ghtml>
- JUSTIÇA Federal proíbe compra e uso de Leuginase da China em toda a rede SUS. **G1**. [Em linha]. Brasília. (25 set. 2017). [Consult. 13. mar.2018]. Disponível em <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/justica-federal-proibe-compra-de-leuginase-da-china.ghtml>
- KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004. Título original: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. ISBN 972-44-0306-8
- LEI n.º 48/90, de 24 de agosto (Lei de Bases da Saúde)**. [Em linha]. [Consult. 01 mar.2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1668&tabela=leis
- LEI n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral)**. [Em linha]. [Consult. 10 mar.2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm
- LEI n.º 5.010, de 30 de maio de 1966**. [Em linha]. [Consult. 13 mar.2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm
- LEI n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Em linha]. [Consult. 14 mar.2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

LEI n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. [Em linha]. [Consult. 01 mar.2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm.

LOPES, Mauricio Caldas – **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. ISBN 978-85-375-0694-3

MAGNA Carta – 1215 (Magna Charta Libertatum). [Em linha]. [Consult. 15 fev.2018]. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>

MAGNA Carta: Muse and Mentor - Confirmation by Kings and Parliament. [Em linha]. [Consult. 12.mai.2018]. Disponível em <https://www.loc.gov/exhibits/magna-carta-muse-and-mentor/confirmation-by-kings-and-parliament.html>

MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6374-4

MINISTÉRIO da Saúde – **Institucional**. [Em linha]. [Consult. 12 mar. 2018]. Disponível em <http://portalms.saude.gov.br/institucional/o-ministerio>

MINISTÉRIO da Saúde - **Núcleo de Judicialização aprimora segurança do paciente em ações judiciais**. [Em linha]. Brasília. (05 out.2017). [Consult. 12 mar. 2018]. Disponível em <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/29890-nucleo-de-judicializacao-aprimora-seguranca-do-paciente-em-acoes-judiciais>

MINISTÉRIO da Saúde – **Portaria n.º 2.566, de 4 de outubro de 2017**. [Em linha]. [Consult. 12 mar. 2018]. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2566_05_10_2017.html

MIRANDA, Jorge – Constituição e Democracia. In **A constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições: estudos em homenagem a José Afonso da Silva**. Coord. Marcus Vinicius Furtado Coêlho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. ISBN 978-85-9524-028-5. p. 305-337.

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV, Direitos Fundamentais**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1613-4

MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis**. Trad. Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2000. Título original: L'esprit des lois de Montesquieu. ISBN 85-7394-293-2

MOREIRA, João Batista Gomes – **Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. ISBN 85-89148-75-0

MOREIRA, João Batista Gomes – Do ato administrativo às políticas públicas – controle jurisdicional. In **A constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições:**

- estudos em homenagem a José Afonso da Silva.** Coord. Marcus Vinicius Furtado Coêlho. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. ISBN 978-85-9524-028-5. p. 667-680.
- ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **A Carta das Nações Unidas.** [Em linha]. [Consult. 16 fev.2018]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/>
- ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** [Em linha]. [Consult. 16 fev.2018]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>
- ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU) – **OIT: Organização Internacional do Trabalho.** [Em linha]. [Consult. 16 fev.2018]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>
- PACTO da Sociedade das Nações.** [Em linha]. [Consult. 16 fev.2018]. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/PACTO_DA_SOCIEDADE_DAS_NACOES.pdf
- PACTO Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** [Em linha]. [Consult. 27 fev.2018]. Disponível em http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf
- PACTO Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.** [Em linha]. [Consult. 21 fev.2018]. Disponível em http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf
- PIOVESAN, Flávia - **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61846-6
- PIOVESAN, Flávia – Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas. In **Direitos Fundamentais Sociais.** Coord. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09034-7. p. 53-69.
- PIRES, Alex Sander Xavier – **Justiça na perspectiva kelseniana.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. ISBN 978-85-7987-167-2
- PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais.** Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7

- RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: A theory of justice. ISBN 85-336-1630-9
- RIBEIRO, Manuel de Almeida – **Um debate sobre a morosidade da justiça**. Coord. Manuel de Almeida Ribeiro. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-4027-1. p. 11-13.
- SANTOS, Boaventura de Sousa – A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas. **Manifesto** [Em linha]. Março de 2005, p.76-87. [Consult. 21 fev. 2018]. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Justica_em_Portugal_Manifesto_2005.pdf
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. ISBN 978-85-7348-935-4
- SARLET, Ingo Wolfgang – Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In **Direitos Fundamentais Sociais**. Coord. J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09034-7. p. 71-109.
- SEÇÃO Judiciária do Piauí – **Portaria n.º 180/2016-Diref**. [Em linha]. [Consult. 09 mar.2018]. Disponível em [//portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/123/156883/Portaria%20180%202016-DIREF%20-%20aprova%20regulamento%20do%20c%C3%ADrculo%20de%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20SJPI.pdf?sequence=2](http://portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/123/156883/Portaria%20180%202016-DIREF%20-%20aprova%20regulamento%20do%20c%C3%ADrculo%20de%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20SJPI.pdf?sequence=2)
- SENADO aprova projeto que altera Lei de Abuso de Autoridade. **Senado Notícias** [Em linha]. Brasília. (28 abr. 2017). [Consult. 24 fev.2018]. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/26/senado-aprova-projeto-que-altera-lei-de-abuso-de-autoridade>
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira – **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2010. ISBN 978-85-9989-531-3
- SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Institucional: atribuições**. [Em linha]. [Consult. 09 mai.2018]. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es
- SUPERIOR Tribunal Militar - **O STM: Primeira Instância**. [Em linha]. [Consult. 12 mai.2018]. Disponível em <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/primeira-instancia>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ADI 179, de 19 de fevereiro de 2014.**
Relator Ministro Dias Toffoli [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=5530244>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ADI 907/RJ – Rio de Janeiro, de 06 de agosto de 2017.** Relator Ministro Alexandre de Moraes [Em linha]. [Consut. 20 fev.2018] Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=14113979>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ADI 1703, de 08 de novembro de 2017.** Relator Ministro Alexandre de Moraes [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=14221619>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ADI 1809, de 29 de junho de 2017.**
Relator Ministro Celso de Mello [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13308187>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 639337 AgR, de 23 de agosto de 2011.** Relator Ministro Celso de Mello [Em linha]. [Consut. 03 mar.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=627428>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 685230 AgR, de 05 de março de 2013.** Relator Ministro Celso de Mello [Em linha]. [Consut. 03 mar.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3542167>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 745745 AgR, de 02 de dezembro de 2014.** Relator Ministro Celso de Mello [Em linha]. [Consut. 03 mar.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=7516923>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 926469 AgR/DF – Distrito Federal, de 07 de junho de 2016.** Relator Ministro Roberto Barroso. [Em linha]. [Consut. 20 jun.2017] Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11202259>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 955846, de 26 de maio de 2017.**
Relator Ministro Gilmar Mendes [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13009842>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 964542 AgR/RJ – Rio de Janeiro, de 02 de dezembro de 2016.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. [Em

linha]. [Consut. 20 jun.2017] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=12217048>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 977190 AgR/MG – Minas Gerais, de 09 de novembro de 2016.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. [Em linha]. [Consut. 20 jun.2017] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=12071365>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 1008992 AgR, de 23 de junho de 2017.** Relator Ministro Roberto Barroso [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13119728>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 1010267 AgR, de 31 de março de 2017.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=12726197>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 1028435, de 30 de junho de 2017.** Relator Ministro Dias Toffoli [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13337344>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo ARE 1088868, de 18 de dezembro de 2017.** Relator Ministro Dias Toffoli [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=14366180>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo HC 88240/SP – São Paulo, de 07 de outubro de 2008.** Relatora Ministra Ellen Gracie. [Em linha]. [Consut. 17 fev.2018] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2888240%2ENUME%2E+OU+88240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2ly7j8>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo HC 104410/RS – Rio Grande do Sul, de 06 de março de 2012.** Relator Ministro Gilmar Mendes [Em linha]. [Consut. 20 fev.2018] Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 393175 AgR, de 12 de dezembro de 2006.** Relator Ministro Celso de Mello [Em linha]. [Consut. 28 fev.2018] Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 429903/RJ – Rio de Janeiro, de 25 de junho de 2014.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. [Em linha]. [Consut. 20

jun.2017] Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=6511667>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 606171, de 07 de fevereiro de 2017.** Relator Ministro Dias Toffoli [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=12515820>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 627709, de 20 de agosto de 2014.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski [Em linha]. [Consut. 09 mar.2018] Disponível
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=7088876>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 668724 AgR/RS – Rio Grande do Sul, de 24 de abril de 2012.** Relator Ministro Luiz Fux. [Em linha]. [Consut. 20 jun.2017] Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2007679>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 808193 AgR, de 19 de maio de 2017.** Relator Ministro Roberto Barroso [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=12984299>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 855178 RG/SE - Sergipe, de 05 de março de 2015.** Relator Ministro Luiz Fux. [Em linha]. [Consut. 20 jun.2017] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=855178&classe=RE-RG>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 887734 AgR/MG – Minas Gerais, de 25 de agosto de 2015.** Relator Ministro Marco Aurélio. [Em linha]. [Consut. 20 jun.2017] Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=9353452>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 909943 AgR, de 02 de junho de 2017.** Relator Ministro Edson Fachin [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13109293>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 1021895 AgR, de 29 de setembro de 2017.** Relator Ministro Dias Toffoli [Em linha]. [Consut. 23 fev.2018] Disponível em
<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13879289>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 1049831 AgR, de 27 de outubro de 2017.** Relator Ministro Edson Fachin [Em linha]. [Consut. 28 fev.2018] Disponível em <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=14004206>

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo STA n.º 175 Agr/CE - Ceará, de 17 de março de 2010.** Relator Ministro Gilmar Mendes. [Em linha]. [Consult. 20 jun.2017] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=610255>

SUPREMO Tribunal Federal – **Decisão no processo ADI 5017 MC/DF, de 17 de julho de 2013.** Presidente Ministro Joaquim Barbosa [Em linha]. [Consult. 09 mar.2018] Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5017%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/k53aesx>

SUPREMO Tribunal Federal – **Despacho de convocação de audiência pública, de 5 de março de 2009.** Presidente Ministro Gilmar Mendes [Em linha]. [Consult. 12 mar.2018] Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf

SUPREMO Tribunal Federal - **Institucional.** [Em linha]. [Consult. 09 mai.2018]. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>

SUPREMO Tribunal Federal – **Pesquisa avançada: Tema 345 - Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS das despesas com atendimento a beneficiários de planos privados de saúde, andamento de 07 de fevereiro de 2018.** Relator Ministro Gilmar Mendes [Em linha]. [Consult. 28 fev.2018] Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2661252&numeroProcesso=597064&classeProcesso=RE&numeroTema=345>

SUPREMO Tribunal Federal - **Principal.** [Em linha]. [Consult. 19 mai.2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>

THE Magna Carta is currently undergoing important conservation work. [Em linha]. [Consult. 12.mai.2018]. Disponível em https://www.aph.gov.au/Visit_Parliament/Art/Top_5_Treasures/Magna_Carta

TORRES, Ricardo Lobo – O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. 2.º tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 978-85-375-0345-4. p. 313-339.

TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 80, de 7 de fevereiro de 2018.** Relatora Conselheira Maria José Rangel de Mesquita [Em linha]. [Consult. 20 fev.2018] Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180080.html>

- TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 84-039-P, de 11 de abril de 1984.** Relator Conselheiro Vital Moreira [Em linha]. [Consult. 01 mar.2018] Disponível em <http://www.dgsi.pt/atco1.nsf/904714e45043f49b802565fa004a5fd7/2e37efdb434a68e38025682d0064ba2a?OpenDocument&Highlight=0,sa%C3%BAde,direito,social,fundamenta> 1
- TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 214, de 29 de abril de 2011.** Relator Conselheiro Vítor Gomes [Em linha]. [Consult. 23 fev.2018] Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110214.html>
- TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 221, de 05 de maio de 2009.** Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha [Em linha]. [Consult. 01 mar.2018] Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090221.html>
- TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 267, de 31 de maio de 2017.** Relator Conselheiro Pedro Machete [Em linha]. [Consult. 23 fev.2018] Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170267.html>
- TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 400, de 22 de setembro de 2011.** Relator Conselheiro Vítor Gomes [Em linha]. [Consult. 03 mar.2018] Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110400.html>
- TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 510, de 21 de setembro de 2016.** Relator Conselheiro Pedro Machete [Em linha]. [Consult. 23 fev.2018] Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160610.html>
- TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 583, de 03 de novembro de 2016.** Relator Conselheiro José Teles Pereira [Em linha]. [Consult. 03 mar.2018] Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160583.html>
- TRIBUNAL Constitucional – **Acórdão com o número 731, de 14 de dezembro de 1995.** Relator Conselheiro Alves Correia [Em linha]. [Consult. 01 mar.2018] Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html>
- TRIBUNAL de Justiça do Estado de Minas Gerais – **Resolução n.º 829/2016, alterada pela Resolução do Órgão Especial n.º 841/2017.** [Em linha]. [Consult. 13 mar.2018]. Disponível em <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re08292016.pdf>
- TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão na Queixa n.º 73798/13, de 29 de outubro de 2015.** Presidente András Sajó [Em linha]. [Consult. 23 fev.2018] Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-163422"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- TRIBUNAL Europeu dos Direitos Humanos – **Acórdão nas Queixas n.º 58103/08 e 58158/08, de 31 de maio de 2012.** Presidente Dragoljub Popović [Em linha]. [Consult.

23 fev.2018] Disponível em
<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-119297&filename=CASE%20OF%20SOCIEDADE%20DE%20CONSTRU%C7%D5ES%20MARTINS%20%26%20VIEIRA%2C%20LDA%20AND%20OTHERS%20v.%20P%20ORTUGAL%20%28No.%204%29%20-%20%5BPortuguese%20Translation%5D%20by%20the%20Prosecutor%20General%27s%20Office%20%28GDDC%29.pdf>

TRIBUNAL Federal de Recursos – **Resolução n.º 1, de 06 de outubro de 1988.** [Em linha]. [Consult. 09 mar.2018]. Disponível em
https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/67714/RES_1_1988_TFR.pdf

TRIBUNAL Regional Federal da 1.ª Região – **Processos tramitando, na primeira instância, em 17/01/2017, com assunto 01.04.04.05 – TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR E/OU FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SAÚDE – SERVIÇOS – ADMINISTRATIVO.** Brasília: 2017. (Anexo)

TRIBUNAL Regional Federal da 1.ª Região – **Provimento Cogex n.º 134/2017.** [Em linha]. [Consult. 13 mar.2018]. Disponível em
https://edj.trf1.jus.br/edj/bitstream/handle/123/262709/Cademo_ADM_TRF1_2017-08-21_IX_152.pdf?sequence=1

TRIBUNAL Regional Federal da 1.ª Região – **Resolução Presi n.º 12/2017.** [Em linha]. [Consult. 13 mar.2018]. Disponível em
<http://portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/123/140277/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Presi%2012%20-%20Aprova%20a%20especializa%C3%A7%C3%A3o%20de%20duas%20varas%20federais%20na%20SJDF%20em%20Sa%C3%BAde%20P%C3%BAblica.pdf?sequence=1>

TRIBUNAL Regional Federal da 1.ª Região – **Resolução Presi n.º 28/2017.** [Em linha]. [Consult. 13 mar.2018]. Disponível em
http://portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/123/154705/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Presi%2028%20-%20Referenda%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Presi%2012_2017.pdf?sequence=1

TRIBUNAL Regional Federal da 2.ª Região – **Resolução n.º TRF2-RSP-2017/00006 de 8 de março de 2017.** [Em linha]. [Consult. 13 mar.2018]. Disponível em
<http://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2017/03/trf2-rsp-2017-00006.pdf>

TRIBUNAL Regional Federal da 4.ª Região – **TRF4 implanta as primeiras varas federais do país especializadas em saúde.** [Em linha]. Porto Alegre. (13 jul.2016). [Consult. 13

mar.2018].

Disponível

em

https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12050

TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Acesso à informação: Justiça do Trabalho.** [Em linha]. [Consult. 10 mai.2018]. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/aceso-a-informacao/justica-do-trabalho>

TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Acesso à informação: TRTs.** [Em linha]. [Consult. 10 mai.2018]. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/aceso-a-informacao/trts>

TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Institucional: sobre o Tribunal Superior do Trabalho.** [Em linha]. [Consult. 10 mai.2018]. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/guest/institucional>

TRIBUNAL Superior do Trabalho – **Justiça do Trabalho: TRT.** [Em linha]. [Consult. 10 mai.2018]. Disponível em <http://www.tst.jus.br/justica-do-trabalho>

TRIBUNAL Superior Eleitoral – **Sobre o TSE: apresentação.** [Em linha]. [Consult. 10 mai.2018]. Disponível em <http://www.tse.jus.br/o-tse/sobre-o-tse/apresentacao>

ANEXO

(TRIBUNAL Regional Federal da 1.^a Região – Processos tramitando, na primeira instância, em 17/01/2017, com assunto 01.04.04.05 – TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR E/OU FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SAÚDE – SERVIÇOS – ADMINISTRATIVO. Brasília: 2017.)