

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

IVAN DIAS DA MOTTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Ivan Dias da Motta – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-360-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

É com grande alegria e cumprindo com uma relevante responsabilidade acadêmica que apresentamos esta coletânea de artigos, a qual é fruto dos debates realizados no âmbito do XXV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, oriundo do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II . Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu entre 07/12/2016 e 10/12/2016, na Cidade de Curitiba, sendo sediado pela UNICURITIBA e pelo seu programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" em Direito.

Dentre os 66 trabalhos selecionados para a temática de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS, 22 artigos foram apresentados e debatidos neste Grupo de Trabalho. A abordagem geral dos artigos aponta a busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais, demonstrando a evolução e o interesse nas políticas públicas e a consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Os artigos apresentados enfrentaram os seguintes temas: acesso ao trabalho, educação, saúde, judicialização e gestão de políticas públicas, sustentabilidade e ambiente e questões de inclusão e gênero.

Discutiram-se como proposições do GT algumas questões aglutinadoras e metodológicas para futuras pesquisas:

- a necessidade de estudos sobre a concreção constitucional de direitos por meio de políticas públicas, assim como a eficiência, a efetividade e a eficácia da execução do orçamento público;
- na questão da judicialização da política pública, a necessidade de pensar um procedimento adequado para avaliação judicial da política pública e a efetividade da execução das sentenças;
- o tema da falta de dados públicos acessíveis sobre a concreção de políticas públicas de Direitos Sociais e mesmo Fundamentais individuais;

- metodologias para inclusão de direitos na agenda pública como vocalização de demandas sociais e Direitos Fundamentais.

Desse modo, fica patente nas pesquisas apresentadas a leniência ou mesmo a omissão do estado brasileiro na implementação de políticas públicas, apontando assim um comportamento juridicamente reprovável e transgressor. A atuação judicial, por sua vez, vem impondo ao Poder Executivo o cumprimento de muitas garantias e a efetivação de políticas públicas para garantia de Direitos Sociais previstos na Constituição.

Assim, os textos reunidos nesta obra refletem sobre questões centrais do Estado Democrático de Direito. Aos leitores, trata-se de uma ótima oportunidade para (re)pensar os Direitos Sociais e as políticas públicas.

Curitiba-PR, 09 de dezembro de 2016.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho - UPF e UFPR

Professor Doutor Ivan Dias da Motta - UNICESUMAR

**O ESTADO SOCIAL BRASILEIRO CONCRETIZADO PELO JUDICIÁRIO?
THE BRAZILIAN WELFARE STATE BROUGHT BY THE JUDICIARY?**

Stella De Oliveira Saraiva

Resumo

A partir da discussão dos conceitos de Estado Social e Direitos Fundamentais, revisitação da jurisdição constitucional e formação de precedentes, o presente artigo pretende discutir, a partir de uma postura crítica e reflexiva, a judicialização da política. Busca-se, a partir de uma pesquisa exploratória e do método dedutivo, que parte do geral e chega no caso específico do direito à saúde, verificar em que medida se pode identificar o Estado Social brasileiro, sempre tendo como pano de fundo a atuação do Judiciário e as novas tendências do processo civil brasileiro, trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Estado social, Direitos fundamentais, Judicialização da política

Abstract/Resumen/Résumé

From the discussion of the concepts of the Welfare State and of Fundamental Rights, revisiting the constitutional jurisdiction and judicial precedents, this article aims to discuss, from a critical and reflective attitude, the legalization of politics. Search up from an exploratory research and the deductive method, that part of the general and arrives in the specific case of the right to health, to verify to what extent they can identify the Brazilian welfare state, always with the backdrop of the performance of judiciary and the new trends of the Brazilian civil proceedings brought by the new civil procedure Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Welfare state, Fundamental rights, Legalization of politics

Introdução

A Constituição da República de 1988 significou para o Brasil um recomeço da ordem jurídica e o ingresso definitivo do país no rol dos Estados democráticos. A nova ordem, além de estabelecer diversas regras de representatividade e organização do Estado, incluiu de forma cabal os direitos fundamentais, inclusive sociais, como garantias do cidadão e como deveres do Estado.

Naquele momento histórico, o país, recém saído de um contexto ditatorial, que muito embora restringisse os direitos políticos e de liberdade acabou por entregar ao povo um rol de políticas assistencialistas, aproveitou a constituinte para recuperar todos os direitos fundamentais e garanti-los através do texto constitucional.

Como lembra Bolzan de Moraes e Valéria Ribas (2010, p. 25), o próprio preâmbulo da carta constitucional denota o sentimento de liberdade que se recuperava, ao externar a preocupação com o livre exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, desenvolvimento, igualdade e a justiça em busca da defesa do real sentido da cidadania.

Esse rol de direitos, muito embora previstos constitucionalmente, não representa uma realidade para a sociedade brasileira. Para a maioria da população os direitos sociais ainda são uma promessa e, com Moraes e Ribas (2010, p. 33-4), é possível dizer que a sociedade brasileira conquistou o direito de eleger seus representantes, manifestar seu pensamento livremente e a proteção dos direitos civis, políticos e sociais, mas problemas como a violência urbana, desemprego, analfabetismo e desigualdades sociais e econômicas ainda são situações longe de serem extirpadas da realidade do país.

Nesse contexto, é necessário investigar, a partir do contexto geral brasileiro, até os casos mais particulares, em que medida o Estado Social brasileiro está sendo concretizado.

É fato que os direitos fundamentais previstos na Constituição, em especial os direitos sociais, não são realizados por questões políticas e econômicas. O Estado argumenta impossibilidade financeira de arcar com todos os direitos para a população, utilizando, em demandas judiciais, de forma corriqueira, argumentações baseadas na teoria da reserva do possível.

De outro lado, o Judiciário, chamado a atuar através do ajuizamento de demandas, por vezes, acaba por determinar o implemento de determinadas políticas públicas, sob o fundamento de que os direitos fundamentais são obrigações estatais que não podem ser atingidas por eventual dificuldade financeira, visto que integrantes do mínimo existencial e abarcados pelo princípio da dignidade humana.

Eis o conflito. O Estado Social que todos sonham versus o capitalismo ditado pelo liberalismo econômico que conduz as contas públicas e o mercado. No meio desse dilema, o Judiciário se apresenta como a última esperança, a última porta a que se bate.

Será, pois, ele a solução?

1. Constitucionalismo Social e efetividade dos direitos fundamentais

O Estado Social, ou Estado do Bem Estar Social, pode ser definido como aquele em que o cidadão passa a ser titular não só dos direitos de liberdade e segurança, mas também de uma série de prestações sociais a serem executadas pelo Estado, agora, responsável pelo bem estar de seu povo.

O início desse modelo, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, pode ser identificado no início do século XX, a partir da luta de movimentos operários que passaram a exigir direitos trabalhistas e sociais como forma de imposição de freios ao poderio dos industriários e em prol de melhores condições de vida e trabalho.

Nas palavras de José Luis Bolzan de Moraes:

São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão só assegurar o não impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais e dos projetos individuais no âmbito do mercado caracterizado por vínculos intersubjetivos a partir de indivíduos formalmente livres e iguais – para o Estado Social – que passa a assumir tarefas até então relegadas ao espaço privado através de seu ator principal: o indivíduo. Mas não é só isso, por óbvio. *O Estado Social incorpora um novo caráter ao liberalismo, vinculando à liberdade liberal a igualdade própria da tradição socialista.* [g.n.]

É claro que a promoção de todos esses direitos gerou uma maior complexidade da estrutura estatal e o aumento da burocracia, gerando, hoje, um dos grandes problemas apontados pela chamada *crise* do Estado Social. No entanto, um ponto de extrema importância, conforme afirma Moraes (2011, p. 39), é perceber que com o Estado Social desaparece o caráter assistencial ou caritativo da prestação dos serviços, passando estes a serem vistos como direitos próprios do indivíduo, inerentes à dignidade humana.

Bonavides (2013, p. 184) esclarece que o Estado Social não se confunde com o Estado Socialista. O Estado Social representa uma transformação do antigo Estado Liberal, distinto do antigo socialismo proletário, aderindo à ordem capitalista de forma integral:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, (...) em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. (...) E, à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle (...) na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista. (BONAVIDES, 2013, p. 186).

O Estado Social sem se confundir com o Estado Socialista, é uma transformação do Estado Liberal, visto que calcado em suas bases econômicas, mas assume também uma posição de garantidor, ocupando um papel de regulador da economia e protetor do indivíduo, sem ser o dono dos meios de produção.

O aprofundamento desse Estado de Bem Estar Social é o Estado Democrático de Direito e a previsão dos direitos fundamentais sociais na Constituição, traz o constitucionalismo social para a discussão.

Sob esse enfoque, importe ressaltar que no Brasil, o déficit de concretização dos direitos sociais previsto constitucionalmente é uma constante. Os governos se sucedem e as promessas se renovam, mas o povo fica, muitas vezes, apenas esperando. As necessidades crescentes da população batem na porta dos recursos escassos e da administração irresponsável e corrupta.

Tomando por empréstimo as palavras de Pierre Rosanvallon (2015, p. 15):

Puede decirse que, si bien nuestros regímenes son democráticos, no se nos gobierna democráticamente. Ese es el gran hiato que nutre el desencanto y el desasosiego contemporáneos (...) Así, los representados se sienten con frecuencia abandonados por sus representantes estatutarios y el pueblo, pasado el momento electoral, se ve muy poco soberano.

O fato é que o Estado Social de forma indiscutível passa por diversas crises estruturadas ao menos em uma crise fiscal, uma crise ideológica e uma crise filosófica (MORAIS, 2016, p. 15). A crise fiscal, gerada pelo aumento das despesas frente à redução das receitas, faz com que a matemática não resulte positiva e cresça o déficit das contas públicas. A crise ideológica pelo questionamento geral da gestão e administração públicas, ao passo que a crise filosófica situa-se no fato do cidadão cada vez mais como ser individual e sem um

sentimento de coletividade, antes que um contribuinte do todo, apenas um destinatário puro e simples de políticas assistencialistas.

Por outro lado, a complexidade do ambiente social dos sistemas jurídico e político é muito acentuada, para que a atuação do Estado através de legislação possa ser apresentada como instrumento seguro de controle social. Desde as duas últimas décadas do século XX, tem-se discutido cada vez mais a situação paradoxal do aumento dos encargos do Estado em conexão com a redução da capacidade do direito de dirigir a conduta social. (NEVES, 2007, p. 29).

Partindo do pressuposto de que as normas constitucionais, em especial, aquelas que definem direitos fundamentais não encontram espelho na realidade fática, é possível defender que a lei e a própria constituição desempenham, ao menos em determinada medida, um papel simbólico. Marcelo Neves (2007, p. 33), a esse respeito, citando Kindermann, alerta que a legislação simbólica poderá tencionar: *“a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.”*

A legislação simbólica destinada à confirmação de valores sociais deseja registrar valores defendidos por determinados grupos, chegando a configurar para estes a denominada “vitória legislativa” e para os demais a derrota. Um dos exemplos citados por Neves é o da discussão sobre legalização ou não do aborto, a vitória legislativa será ostentada pelo grupo que conseguir aprovar a lei no exato sentido de suas posições. (NEVES, 2007, p. 34) Por outro lado, na modalidade simbólica de legislação álibi, tenciona-se produzir confiança nos sistemas político e jurídico, com edição de legislações para atender às expectativas dos governados.

Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor. (NEVES, 2007, p. 38)

Assim, conforme explica Neves (2007, p. 39-40), a legislação álibi é uma tentativa de responder normativamente aos anseios da sociedade para problemas que não são resolvidos por esta via. Muitas vezes o que se necessita são ações políticas, mudanças de comportamentos. A edição de uma legislação parece dar uma resposta imediata para um problema iminente de forma mais fácil e ágil. Contudo, após a edição da norma, o problema permanecerá sem solução, gerando o descrédito nas instituições políticas.

Enfim, Neves (2007, p. 41) alerta para a legislação como forma de compromisso dilatatório, que apenas posterga para outro momento a solução de um impasse. Em suma, a legislação simbólica terá lugar quando a vigência social, ou seja, o agir da norma não ocorrer, tornando-se inefetiva ou ineficaz.

Ferdinand Lassalle defendeu, já em 1862, que a constituição jurídica não seria mais que um pedaço de papel e que questões constitucionais não seriam outra coisa senão disputas de poder dos diversos atores da sociedade. (HESSE, 1991, p. 9) Sob esse raciocínio, tudo aquilo que existe na constituição não teria mesmo qualquer efetividade, vez que o direito não seria competente para comandar os desígnios do Estado e da sociedade, função esta destinada à política.

Entretanto, muito embora, se admita que as normas constitucionais possam ser em determinado grau simbólicas ou mesmo inefetivas, não participando da vivência do povo, não é possível admitir que a Constituição se resuma a um mero pedaço de papel.

Konrad Hesse (1991, p. 14-16) sustenta que o fato de não haver correspondência total entre a norma constitucional e a realidade fática não significa a total ineficácia da norma. Isso porque a norma representaria mais que um ser, afirmando também um dever ser que procura conformar a sociedade ao seu desejo de normativo.

Para Hesse a Constituição possui significado próprio, contudo, deve possuir base no espírito do povo, na história, sob pena de sempre permanecer estéril. Não importa, portanto, que a Constituição reflita um dever ser, desde que esse dever ser esteja refletido naquele buscado pela sociedade: “*A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente.*” (HESSE, 1991, p. 18)

A força normativa da Constituição será cada vez mais percebida à medida que for adaptada à realidade, isso porque a Constituição deve estar pronta a adaptar-se às mudanças da sociedade e, para tanto, estar baseada em princípios fundamentais e interesses gerais, utilizando-se da interpretação constitucional para exercer tal papel. (HESSE, 1991, p. 22).

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. (HESSE, 1991, p. 23)

E nesse contexto, de normatividade simbólica, mas em determinado grau com força concretizadora que a população, destinatária da norma constitucional, órfã das políticas públicas, passa a demandar o judiciário como única alternativa de ver concretizadas as garantias constitucionalmente previstas.

Demandas políticas então se tornam judiciais e vice versa, ao que se denomina judicialização da política ou politização do judiciário. Numa linha exponencial, de indiscutível e incrível aumento da demanda judicial, o Poder Judiciário se desenha como protagonista de um Estado social que soma fatores como carência de recursos e descrença da população na classe política (legislativo e executivo).

Ocupando cada vez mais espaço nas decisões políticas, chegando suas decisões a influir mesmo nos destinos da política, economia, orçamento do país, com fundamentações nem sempre racionais ou coerentes com a jurisprudência construída o judiciário determina políticas públicas e ações governamentais, funções típicas dos outros poderes da república.

Assim, muito embora o modelo de divisão funcional pareça ultrapassado, o fato é que a determinação de políticas não se encontra dentro das atribuições típicas do poder judiciário, motivo pelo qual a legitimidade de tais decisões, seu alcance e sua forma de construção/fundamentação passam a ser questionadas pela doutrina jurídica.

2. Jurisdição Constitucional e uma jurisprudência de precedentes

Como já salientado, o poder judiciário tem sido o destino de muitas demandas da sociedade, as quais na maior parte das vezes requerem do Estado a entrega de uma política pública, a concretização de um direito fundamental.

Nessas demandas, muitas vezes o judiciário precisa realizar a análise do texto constitucional em confronto com uma omissão estatal ou mesmo alguma lei vigente que regulamente, restrinja ou embarace o alcance da norma constitucional, no que tange ao exercício desses direitos pelo cidadão. Daí o necessário controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional que gera, nas palavras tomadas por empréstimo de Marinoni, a “ressignificação do direito”.

No Brasil, o controle de constitucionalidade poderá ocorrer tanto pela via difusa, quanto pela via concentrada. As decisões proferidas em sede do controle concentrado de constitucionalidade, segundo disposto na própria constituição, possuem eficácia contra todos e efeito vinculante. Ao passo que aquelas decisões proferidas em sede de controle difuso, pela via incidental, possuirão efeito restrito ao caso em julgamento, vinculando apenas as partes.

Nesses casos, poderá via recurso extraordinário as demandas individuais chegarem ao Supremo Tribunal Federal desde que a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Na atualidade, é elevado o número de demandas que aportam no judiciário, muitas vezes com o mesmo pedido ou causa de pedir, sustentadas individualmente, mas alinhadas ao processo coletivo pela homogeneidade dos interesses defendidos. Buscam de forma corriqueira o implemento de direitos previstos na Constituição, em especial, direitos fundamentais sociais, em relação aos quais o Estado se mostra omissivo. Tais ações, pelas razões expostas, passaram a ser consideradas repetitivas e a partir de uma tendência de modernização do processo, novos institutos foram adotados com o fim de entregar uma resposta judicial mais rápida e mais uniforme a essas causas. Eis o julgamento de recursos repetitivos encontrado na legislação processual vigente.

A recente vigência do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trouxe de forma clara a determinação da uniformização da jurisprudência nacional e observância pelos juízes e tribunais dos precedentes firmados pelos Tribunais Superiores. Muito embora o novo código pareça confundir os institutos do precedente e da súmula, a intenção do legislador processual pareceu ser atribuir eficácia vinculante aos julgados dos tribunais superiores.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (CPC, 2015) [g.n.]

Assim, também aquelas decisões tomadas pelo julgamento de recursos extraordinário e especial – este último para a legislação infraconstitucional, quando admitidos na modalidade repetitiva, serão objeto de observância obrigatória pelos demais órgãos do poder judiciário, conforme preceitua o código de processo.

De volta ao controle de constitucionalidade, não é possível deixar de lembrar seu início, em especial no que tange ao controle difuso, vindo dos Estados Unidos quando o juiz

John Marshall afirmou a supremacia da Constituição e o dever dos juízes de negar aplicação às leis a ela contrárias. (CAPPELLETTI, 1992, p. 47).

Assim, o primeiro sistema, conhecido como sistema do controle difuso, teve sua origem nos Estados Unidos sendo marcado pela simples premissa de que uma lei de grau inferior não poderia afastar a aplicação de uma norma constitucional, sob pena de ser possível alterar a constituição pela simples edição de leis ordinárias.

No método de controle “difuso” de constitucionalidade – no denominado método “americano”, em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. (...) *Pois bem, a introdução, nos sistemas de civil law, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros.* Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros “contrastes de tendências” entre órgãos judiciários de tipo diverso. (CAPPELLETTI, 1992, p. 77). [g.n.]

Conforme salienta Cappelletti (1992, p. 78-79), o perigo maior seria para a segurança jurídica, vez que a não aplicação do princípio do *stare decisis* nos países de tradição *civil law* implica no fato de que aquela decisão tomada via controle difuso não se estenderá aos demais casos, devendo cada novo indivíduo que pretender aquela aplicação ou não aplicação ajuizar sua própria demanda que será nova e inteiramente analisada pelo judiciário não vinculado à decisão anterior.

Nos países onde vige a *common law*, tal como nos Estados Unidos, esse risco inexistente, uma vez que o princípio do *stare decisis* importa em reconhecer as decisões da Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade como vinculantes e com efeitos contra todos.

Aos países de tradição *civil law*, algumas soluções foram e são apontadas para tal inconveniente. Eis que surge o controle concentrado de constitucionalidade, feito por um órgão especificamente incumbido de tal matéria, que analisará a lei de forma abstrata e sua decisão possuirá efeitos vinculantes e contra todos. (CAPPELLETTI, 1992, p. 84).

Com efeito, é óbvio que no sistema “concentrado” não vale mais o clássico raciocínio de Hamilton e de Marshall, que resolvia – ao menos aparentemente (supra § 5) – o problema da lei inconstitucional e do seu controle judicial, em plano de mera interpretação e de consequente aplicação ou não aplicação da lei. Em lugar daquele raciocínio, vale aqui, antes, a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos

juízes comuns. Na verdade, o sistema de controle “concentrado”, a inconstitucionalidade e consequente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito “válido” nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. (...) Eles devem sempre, se assim posso me exprimir, ter como boas as leis existentes... (CAPPELLETTI, 1992, p. 84-85).

O Brasil possui um sistema misto, onde coexistem tanto do sistema concentrado, quanto do sistema difuso. No sistema concentrado, partindo-se do pressuposto que julgada inconstitucional uma determinada lei, será considerada morta para o ordenamento jurídico, já que a decisão em sede deste controle alcançará a tudo e a todos, dentro dos limites propostos para o presente estudo, não restam maiores comentários a serem feitos.

No sistema difuso, por outro lado, em especial, a partir das já mencionadas disposições do novo Código de Processo Civil, a decisão da não aplicação de uma lei, ou melhor, sua declaração de inconstitucionalidade diante de um determinado caso concreto, poderá deixar o âmbito restrito das partes do processo e atingir a todos, isso porque, tornado precedente, este será de observância obrigatória.

A Corte assume a função de atribuir sentido ao direito quando se admite que o Judiciário trabalha ao lado do Legislativo para a frutificação do direito. O direito modelado pela Corte Suprema tem que ter estabilidade, de modo que os precedentes obrigatórios se tornam indispensáveis para garantir a igualdade e a liberdade, as quais não mais dependem apenas da lei. *A força obrigatória do precedente não se destina a garantir a uniformidade da aplicação do direito objetivo, mas a preservar a igualdade perante o direito proclamado pela Corte Suprema.* (MARINONI, 2015, p. 18-19) [g.n.]

O Brasil parece cada vez mais se aproximar do sistema *common law*, ao menos no que tange ao apreço aos precedentes obrigatórios. Neste contexto, não basta mais que se corrija uma aplicação equivocada da lei e da própria norma constitucional, mas a partir do momento que o judiciário assume o papel de atribuir sentido ao direito, deverá também cuidar para que a fundamentação de suas decisões seja clara o suficiente para que o jurisdicionado encontre os caminhos percorridos até a decisão final, o raciocínio adotado e as razões eleitas.

Como alerta Marinoni (2015, p. 20) não basta mais saber apenas a conclusão, é necessário saber as razões que justificaram a decisão e sua escolha interpretativa. São essas razões que dão corpo ao precedente, as quais denomina-se *ratio decidendi*.

Ressalte-se que o que se denomina precedente não pode ser confundido com as conhecidas súmulas. E, na esteira de Marinoni (2015, p. 23), também se defende ser lamentável a insistência da nova ordem processual na valorização destas últimas.

As súmulas foram concebidas como enunciados abstratos voltados a facilitar o trabalho de correção das decisões dos tribunais. É ilógico tentar dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere.

Precedente é concreto, dotado de razões baseadas em fatos, a súmula é abstrata, representa um resultado interpretativo. Mesmo que adotado de forma reiterada esse resultado interpretativo exposto na súmula, nunca poderá exercer o papel do precedente, este sim dotado de fundamentos concretos a serem denominados *ratio decidendi*. Não há dúvida o que vincula é a *ratio decidendi*, não o resultado do julgamento.

Sabendo, pois, que uma decisão servirá de parâmetro para casos futuros, os quais estarão vinculados pelas circunstâncias fáticas do precedente e deverão observar as razões do decidir deste, necessário se faz que o judiciário se atenha ao debate adequado e, ainda, à exposição clara das razões eleitas para se chegar a determinado resultado. Essas serão a *ratio decidendi* vinculante formadora do precedente.

Não importa que haja um resultado majoritário, o importante é que uma determinada razão tenha sido vitoriosa, transformando-se em *ratio*.

Ora, é possível verificar que em muitos dos casos, que embora haja um resultado por maioria, não existe uma razão adotada por este mesmo número de julgadores. Por caminhos diversos e razões totalmente divorciadas, os julgadores acabam por chegar a um lugar comum, contudo, sem compartilhar dos mesmos fundamentos. Nessas ocasiões, não se tem uma *ratio decidendi*, mas uma simples decisão plural.

Não poderá, portanto, ser esta a decisão objeto de força vinculante a que se refere a novel legislação processual, não será esse o precedente a ser adotado pelos demais órgãos do poder judiciário, porque não formou *ratio*, não será considerado precedente, mas um simples caso julgado.

Questão que também deverá ser objeto de cuidado pelo juiz e tribunal, responsável por todo o processo de construção da fundamentação da *ratio*, é a interpretação ou métodos interpretativos utilizados. É necessário que os critérios utilizados sejam critérios racionais, passíveis de serem extraídos da decisão judicial.

Como já salientado em outra oportunidade, Marcelo Neves (2014, p. 194), o judiciário deverá primar por decisões racionais, sem que o abuso da ponderação traga para o mundo o monstro mitológico da Hidra, em que a cada cabeça cortada outras novas são geradas.

No caso brasileiro, a invocação retórica da dignidade humana para afastar, em nome da justiça “inerente” a esse princípio, regras constitucionais precisas pode, embora isso pareça estranho, servir precisamente ao contrário: a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica às respectivas atividades. Mais problemático e muito mais presente do que tendências à absolutização de princípios em detrimento de princípios mais específicos e de regras é a “compulsão ponderadora”, que faz parte de um lugar comum na nova paisagem constitucional brasileira. Sem dúvida não só na política, mas também no âmbito jurídico e, especialmente, no campo da aplicação judicial da Constituição, há situações em que a necessidade de ponderar, especialmente, é inafastável. *Mas uma “ponderação sem limites” do ponto de vista da jurisdição constitucional tem efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado constitucional. Ela leva, ao mesmo tempo, a uma judicialização da política e a uma politização do direito.* (NEVES, 2014, p. 194) [destaques nossos]

Nesse ponto reside, inclusive, a legitimidade do poder judiciário para atuar: na adequada condução do processo e satisfatória fundamentação das decisões. Nos dizeres precisos de Marcelo Cattoni (2004, p. 49), “*o que justifica a legitimidade das decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões.*”

3. Os precedentes brasileiros e o direito fundamental à saúde

Os direitos fundamentais sociais são, pois, objeto de demanda constante seja em face do executivo e legislativo, seja em face do judiciário. Neste último, a demanda adquire contornos processuais e jurídicos, requerendo um resposta do judiciário. Este, por sua vez, tem proferido decisões as mais diversas acerca do tema, sendo possível encontrar decisões favoráveis ao cidadão com a determinação de implemento de uma política pública pelo executivo, mas também outras em que o judiciário acaba por argumentar sua incapacidade de interferência da gestão pública, indeferindo o pedido do cidadão.

A título de exemplo temos que um dos direitos fundamentais mais demandados é o direito à saúde. A saúde, entendida como direito de todos e dever do Estado, ocupa grande parte desse tipo de demanda, já tendo chegado ao Supremo Tribunal Federal em várias oportunidades. Em análise ao caso, a pergunta que faz aqui é a mesma colocada ao início desse estudo. Qual tem sido a resposta do Judiciário? Tal resposta é legítima? Tal resposta é vinculante? Forma precedente? Realiza o Estado Social?

Basta uma rápida pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal para perceber que as demandas cujo objeto é o direito à saúde se multiplicam, os casos se

agigantam e a solução para o Estado Social promotor e provedor da saúde fica cada vez mais distante. Novas doenças surgem a cada dia, assim como novos tratamentos, novos medicamentos, procedimentos cirúrgicos etc. As políticas públicas de saúde não acompanham esses novos tempos, ficando sempre com um déficit de vagas, de atualização, de modernização, de pessoal e financeiro.

Diante dessas e outras circunstâncias o judiciário tem decidido, de forma repetitiva, ao menos no que tange ao direito fundamental à saúde, pela obrigação estatal de suprir, providenciar e entregar ao cidadão o bem da vida: o tratamento, o remédio, a cirurgia, o direito.

Quanto ao tema, nos diversos julgados do Supremo Tribunal, ou em grande parte deles, há a menção de manutenção da jurisprudência e do precedente firmado. Em busca dele, ei-lo em sua ementa:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

O referido julgado, unânime - com apenas um voto dissidente do Ministro Celso de Mello, o qual se fez apenas para acrescentar fundamentos outros à decisão, especificamente no ponto que reconheceu ao judiciário a legitimidade para intervir em políticas públicas, determinando o implemento das mesmas -, fixou jurisprudência em torno do assunto, a partir do contexto fático do caso em julgamento. Ali, o pedido de custeio de medicamento para o tratamento de doença grave possibilitou ao Supremo Tribunal Federal firmar posicionamento a respeito da obrigação do Estado quanto ao direito social à saúde e a possibilidade do judiciário determinar o implemento de tal direito.

Analisando o inteiro teor do acórdão, é possível perceber que de fato houve a formação de precedente, visto que os fundamentos expostos pelo ministro relator Gilmar Mendes, foram acompanhados na íntegra pelos demais membros do colegiado. As razões expostas pelo relator foram totalmente acatadas pelos ministros julgadores de forma que a Corte acabou por prolatar a *ratio decidendi* da demanda.

É bem verdade que o voto dissidente do ministro Celso de Mello trouxe diversos argumentos para o segundo ponto, acerca da possibilidade do judiciário determinar a implementação de políticas públicas. Salientando que a omissão estatal configuraria uma censurável inconstitucionalidade por omissão, abrindo oportunidade para o exercício da dimensão política da jurisdição constitucional outorgada ao Supremo Tribunal, com o fim de concretizar os direitos sociais (STF, STA 175 AgR, Voto Min. Celso de Mello, p. 107-108). Contudo, tal fato não afasta a formação da *ratio*, vez que a maioria acolheu as razões eleitas pelo relator.

É certo, pois, afirmar que, ao menos no âmbito do direito fundamental à saúde há, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, precedente firmado no sentido de reconhecer o direito subjetivo do cidadão a uma prestação estatal e o dever do Estado de fornecer o tratamento e meios adequados à preservação ou recuperação da saúde do paciente.

O precedente também estabelece que a resposta do poder judiciário a essas demandas é legítima, visto que se faz apenas em determinação de cumprimento de políticas já existentes e não de criação de políticas inexistentes. Ademais, segundo exposto no julgado, diante da omissão injustificada do executivo na implementação dessas políticas e, ainda, o grau de essencialidade do direito negado, a resposta do judiciário se faz sem que isso se dê em afronta ao princípio da separação dos poderes.

Conclusão

O presente estudo após um passeio pelos conceitos do Estado Social, dos direitos fundamentais, constitucionalismo e jurisdição constitucional, desembarcou na análise de precedente do Supremo Tribunal Federal que concedeu ao cidadão o direito de exigir judicialmente do Estado o tratamento para manutenção e restabelecimento de sua saúde.

Foi realizada uma análise da demanda pelos direitos fundamentais, em especial os sociais, da judicialização dessa demanda e da atuação do judiciário em resposta a ela. Ponderando como deve ser essa resposta, de acordo com os postulados do novo Código de Processo Civil e com os princípios constitucionais vigentes, analisou-se como deverá ser a conduta do Judiciário, de forma a não escapar de sua legitimidade para decidir.

Assim, pode-se concluir que o Judiciário é a porta aberta ao cidadão que busca a tutela de seu direito e que a decisão prolatada será legítima desde que fundamentada de forma racional e adstrita aos limites impostos pela Constituição, a fim de que essa não se torne um mero pedaço de papel.

Ao final, contudo, a pergunta que resta: Será o Judiciário a cura para o Estado Social? Parece que não. Permanece o Judiciário como o remédio que diminui a dor, mas não trata a ferida.

Muito embora o direito fundamental à saúde esteja no rol daqueles integrantes do mínimo existencial do cidadão e dentre os deveres inerentes ao Estado Social e, portanto, diante da omissão injustificada do Estado, acredita-se legítima essa resposta - fundamentada racionalmente - do judiciário. Defende-se, sim, que a entrega individual e casuística do direito ao cidadão pelo judiciário não realiza o Estado Social.

Concorda-se com a afirmativa de Jose Luis Bolzan de Moraes, a Constituição não pode ser programa de governo, os governos é que precisam ser mais constitucionais (MORAIS, 2011, p. 102).

O Estado Social precisa, na verdade, é ser o reflexo das ações governamentais e da própria sociedade, não uma imposição jurídica ou normativa, mas uma vivência cotidiana e fática. Um busca constante que parte do todo e ao todo retorna.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. In: STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2013, 230p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1992, 142p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991, 34p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2015, 157p.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2011, 143p.

_____; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional – Entre direitos, deveres e desejos**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2016, 111p.

_____; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania – Por uma jurisdição constitucional democrática**. 1ª ed., Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010,100p.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Ed. WMF Martins Fontes. São Paulo: 2007, 263p.

_____. **Entre Hidra e Hércules, princípios e regras constitucionais**. 2ª. ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

ROSANVALLON, Pierre. **El buen gobierno**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Manantial, 2015.