

Introdução

É inegável que a realização dos direitos sociais integra a pauta de discussões do mundo jurídico. Talvez, mais do nunca, este seja um dos principais objetos de questionamento dentro dos tribunais e da academia, sendo um dos principais questionamentos, por exemplo, a própria possibilidade de justiciabilidade dessa classe de direitos.

Isso se deve ao fato de que ainda não está plenamente definido na doutrina a possibilidade de plena realização de todos os direitos que constituem os direitos sociais. Na verdade, é possível sustentar que há uma espécie de discriminação quanto a implementação desses. Isto é, há uma certa facilidade em admitir e defender a concretização de determinados direitos, como o direito social do trabalho que, apesar de divergências internas a respeito de determinados institutos, pode ser considerado como um direito consagrado na ordem jurídica brasileira, considerando o fato de há, inclusive, uma jurisdição federal especializada para o trato dessa ordem de litígios e violações.

O mesmo não pode ser dito a respeito dos demais direitos sociais. Ainda há uma grande dificuldade, até mesmo no senso comum, em reconhecê-los como direitos passíveis de plena e efetiva defesa e garantia. Essa desigualdade jurídico-social dentro do próprio sistema normativo não faz sentido quando está se tratando de direitos que integram um mesmo conjunto. Conjunto esse que não pode ser interpretado de forma fragmentada.

Pelo contrário, os direitos sociais – considerando a Constituição da República Federativa Brasileira – devem ser pensados de forma integrada, uma vez que a realização conjunta de todos eles é necessária para que os cidadãos que estão sob égide do Estado Brasileiro possam usufruir de uma vida minimamente digna, e possam assim dar segmento aos seus respectivos projetos de vida.

O presente trabalho se ocupa em se debruçar exatamente sobre essa desigualdade e desconfiança em relação aos demais direitos sociais. Contudo, elegeu-se apenas um direito social para ser pontualmente analisado, pois a análise completa de todos eles extrapolaria o limitado espaço de um artigo acadêmico. Ainda assim, em que pese se ter feito um recorte de ordem metodológica, é vital destacar o caráter indissociável dos direitos sociais¹, principalmente no que diz respeito à sua efetivação.

¹ É fundamental destacar que essa impossibilidade de fragmentação que se estende aos Direitos Humanos em todo o seu conjunto de direitos, sejam eles direitos Cíveis e Políticos ou Sociais, Econômicos e Culturais. Tais classificações são úteis do ponto de vista didático, mas é imperioso que se tenha em mente que os Direitos Humanos, enquanto microsistema jurídico-normativo, só serão verdadeiramente respeitados e garantidos, quando toda a ordem de direitos que o integram for igualmente observada.

1. Um direito social polêmico: o direito à saúde

Um bom exemplo para elucidar a falta de consenso a respeito da concretização dos direitos sociais é o direito à saúde. Ao mesmo tempo que tal instituto conquistou vários defensores, também arregimentou muitos adversários que elaboraram uma infantaria de argumentos, rebatendo a qualquer custo sua plena realização. Mas, antes de analisar os argumentos positivos e negativos que orbitam em volta dele, é necessário verificar a sua localização no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante notar que apesar de estar sob a nomenclatura de direito social, segundo a redação do art. 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o direito à saúde é consagrado como um direito fundamental, tendo em vista o papel essencial que esse desempenha na vida de todas as pessoas. Caso contrário, o legislador constituinte não teria se preocupado em garantir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, de acordo com o art. 196 do mesmo diploma.

Em outras palavras, o direito à saúde é um compromisso constitucional que o Poder Constituinte decidiu e assumiu cumprir. Ademais, por se tratarem de premissas constitucionais, não podem ser ignoradas, bem como não podem ser admitidos subterfúgios que visem justificar o não cumprimento das mesmas, pois os conteúdos dos dispositivos constitucionais mencionados consubstanciam o direito público subjetivo à saúde em si.

Ante a reflexão exposta, é essencial tecer algumas considerações a respeito dos direitos fundamentais e de suas atribuições na ordem jurídica.

Impende destacar que a despeito das reflexões desenvolvidas no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, estabelecer uma definição acerca do que são direitos fundamentais não deixa de ser uma tarefa árdua que talvez nunca se encerre, contudo, é um dever indispensável para a realização dos fins que se propõem aqui.

Quando se alude à expressão direitos fundamentais, percebe-se que se trata de terminologia que se relaciona com a perspectiva dos direitos naturais do homem, os direitos humanos, motivo pelo qual existem várias denominações para referir-se aos tais direitos considerados como fundamentais. Eis aí um ponto a ser equacionado.

Segundo Sarlet (2009, p. 29), existe uma diferença entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, que reside no seguinte:

[...] É de que o termo “direitos fundamentais” se aplica aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional

positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para que todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Nota-se que o autor determina a distinção dos termos de acordo com o nível de reconhecimento por documentos oficiais, quer em âmbito internacional, por meio das declarações e tratados, quer em âmbito nacional, pelos países do mundo por meio das Constituições de cada um. Entretanto, fica claro que os direitos humanos possuem um reconhecimento independente dos direitos fundamentais, não estando a eles atrelados para existirem; pelo contrário, as positivações dos direitos fundamentais nas Constituições são oriundas do processo de afirmação dos direitos humanos no mundo.

Sob essa perspectiva, ainda que para fins eminentemente didáticos, Sarlet (2009, p. 30) traça uma diferenciação entre as expressões direitos do homem, humanos e fundamentais, no sentido de que a primeira remete aos direitos naturais (jusnaturalismo), sejam positivados ou não; a segunda como sendo aqueles direitos positivados na esfera internacional, e os últimos sendo os direitos reconhecidos e resguardados pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Por outro lado, doutrinadores como Dimoulis e Martins (2011, p. 121-122), entendem como direitos naturais do homem aqueles que dizem respeito à sua condição enquanto ser biológico, aduzindo que, o que faz parte realmente da natureza humana são seus costumes e necessidades, tais como: alimentar-se ou dormir, por exemplo.

Ademais disto, no que tange ao conceito de direitos fundamentais, os referidos autores se posicionam no sentido de que um direito só é fundamental se for assegurado por meio de normas que tenham a força jurídica da própria supremacia constitucional, constituindo-se como uma condição necessária para que lhe seja atribuído caráter de fundamentalidade. De modo que Dimoulis e Martins (2011, p.122) afirmam que:

Um direito só existe juridicamente a partir de sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem este reconhecimento, tem-se que simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico.

Porém, não parece sensato condicionar a existência de direitos fundamentais à sua positivação constitucional em determinado ordenamento jurídico, pois, ainda que a grande maioria dos direitos considerados como fundamentais estejam positivados na Constituição Brasileira, não quer dizer que assim sejam em todas as outras Constituições existentes no mundo.

Ao revés, existem países que negam, tanto juridicamente, quanto culturalmente, determinados direitos ínsitos à condição humana, à vida em sociedade, à um Estado soberano de fato. Direitos esses que transcendem a todo e qualquer pressuposto constitucional positivo, que se referem às questões de humanidade, tal como a dignidade da pessoa humana².

De toda sorte, de acordo com os ensinamentos de César (2013, p. 18), fica claro que os direitos fundamentais representam um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo texto constitucional de cada país, e que servem como fundamento para o Estado de Direito.

Contudo, não obstante a tese defendida por Dimoulis e Martins (2011, p. 119-120) no que concerne ao fato de que “os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor de certos direitos”, resta necessário tecer algumas críticas a esse respeito.

Tal afirmação se mostra perigosa no sentido de desmerecer o conteúdo axiológico de determinados direitos fundamentais, principalmente se for tomada como referência a Constituição de 1988.

É que em virtude de suceder um longo período de ditadura militar, onde foram cometidas diversas arbitrariedades e desumanidades (com o respaldo jurídico de Atos Institucionais), o constituinte originário visou romper com esse status quo, inaugurando um Estado de Direito que consagra e resguarda inúmeros direitos e garantias fundamentais de diversas naturezas e espécies, estabelecendo, inclusive, a imodificabilidade *in pejus* desse rol por meio das chamadas cláusula pétreas.

Todavia, em virtude dessa circunstância histórica, o constituinte originário acabou por incluir no texto magno uma quantidade excessiva de direitos qualificados como fundamentais

² Sobre o ponto, cumpre destacar, ainda que de forma breve e sucinta, que se comunga do conceito e fundamento estabelecido por Brito Filho (2015, p. 25) aos Direitos Humanos; isto é, que tal microsistema normativo consiste no “conjunto de direitos indispensáveis à preservação da dignidade do ser humano, em qualquer lugar do planeta”. De modo que o autor acentua seu pensamento no sentido de que a universalidade é a principal característica dos Direitos Humanos, pois, de nada adianta haver um sistema de proteção à condição humana, fundado em sua característica singular que é a dignidade, se esse não for respeitado até nos mais remotos cantos do globo terrestre.

(dada a sua localização no ordenamento jurídico), mas que não necessariamente se enquadram nessa categoria, em função da perspectiva axiológica dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, conclui-se, em linhas gerais, que os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos, individuais e coletivos, dotados de força normativa constitucional e que ensejam o caráter de fundamentalidade, de estrutura de um Estado Democrático de Direito.

Por esse motivo, é na perspectiva acima descrita que o conteúdo dos arts. 6º e 196 da CF/88 devem ser pensados, isto é, o direito à saúde é muito mais do que um mero direito social, ou uma norma de cunho programático que representa uma diretriz que norteia as políticas públicas do Estado.

O direito à saúde integra o rol de direitos fundamentais presentes na Constituição de 1988, em virtude de que esse é imprescindível para o pleno desenvolvimento harmonioso da sociedade, tendo em vista que o suporte médico é crucial para que, sob o ponto de vista da saúde curativa, em uma eventual situação adversa, as pessoas possuam as condições necessárias para dar continuidade às suas atividades cotidianas e prosseguir na perene caminhada humana em busca da evolução, seja pessoal, profissional, etc.

Ainda se deve atentar ao fato de que o direito à saúde tem sido considerado como um desdobramento do direito à vida, garantido constitucionalmente pelo art. 5º da CF/88, tal como se pode observar no trecho do acórdão do Supremo Tribunal Federal:

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. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República. (STF, 2000).

Como se pode perceber, o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, exercendo grande influência na manutenção da existência humana. E isso não pode passar

desapercebido pelo Poder Público, principalmente quando ele é responsável por proporcionar o aparato necessário que garanta aos indivíduos o pleno gozo desse direito.

Traduzindo o entendimento adotado a respeito da realização dos direitos sociais – o que inclui a realização do direito à saúde – Brito Filho (2012, p. 87), quando trata do tema, aponta que:

[...] de pouco adianta consolidar a idéia de que há direitos mínimos garantidos a todos os seres humanos se ficarmos, sempre, postergando sua realização.

Argumentos contrários, com aparência de legalidade e até de bom-senso, sempre existirão. O que todos precisamos decidir é se vamos ceder a esses argumentos, fazendo a vontade da coletividade e da Constituição letras mortas, ou se vamos afastar esses argumentos contrários e materializar, de fato, o bem-comum.

De minha parte, penso que tempo é de praticar todos os atos necessários para que os direitos sejam concedidos, sem exceções, e sem condicionantes. Já é hora de todos termos o mínimo.

Como pôde ser observado, o direito à saúde possui a capacidade de determinar a vida, o destino das pessoas. E por exercer um papel decisivo na vida dos indivíduos, nele repousa a necessidade constante de ser realizado de forma efetiva, real.

2. Uma suposta vicissitude sobre a aplicabilidade do direito à saúde

Na linguagem dos Direitos Humanos, o direito à saúde está enquadrado na categoria dos direitos de segunda dimensão, uma vez que é conhecido como um direito social. Dessa maneira, cabe destacar, ainda que brevemente, a dicotomia feita entre os direitos de primeira e segunda dimensão.

De acordo com Terezo (2014, p. 51-52), tal classificação é feita correntemente para diferenciar os direitos sociais, econômicos e culturais dos direitos civis e políticos, no sentido de que os últimos prescrevem uma obrigação negativa, isto é, não admitem qualquer intervenção pública para que os direitos que integram tal classe sejam concretizados, ao passo que os primeiros exigem, via de regra, uma prestação positiva por parte do Estado para serem devidamente implementados, ou seja, uma ação concreta e efetiva.

A respeito do caráter positivo dos direitos sociais incluídos em um documento constitucional, há uma crítica que diz respeito ao *underenforcement*. Numa tradução literal,

pode-se dizer que isso significa uma aplicação parcial, abaixo daquilo que poderia ser considerado como uma aplicação total de um determinado instituto.

Em um texto clássico, Lawrence Sager aponta que existem situações em que o judiciário declina dar provimento a pedidos baseados em normas constitucionais, não por causa da interpretação a respeito da norma em questão, mas por causa de questões "institucionais", tais como o federalismo e a competência judicial. Ele argumenta que estas normas constitucionais são válidas do ponto de vista dos seus limites conceituais. Assim, uma vez aplicadas parcialmente, uma distinção pode ser feita entre o alcance que o judiciário pode impor à norma e a dimensão válida e executável da norma (SAGER, 1978).

Segundo o referido autor, as convenções jurídicas modernas compreendem “o alcance jurídico de uma norma constitucional como inevitavelmente coincidente com o âmbito da sua execução judicial”. E aponta que na tradição norte-americana do direito e da jurisprudência constitucional, existe “uma distinção importante entre uma afirmação que descreve um ideal que está consagrado na Constituição de uma afirmação que tenta traduzir tal ideal em um padrão viável para a decisão de questões concretas” (SAGER, 1978, p. 1213, tradução nossa).

Apesar de indicar que essa distinção não é objeto de unanimidade, ele prossegue afirmando que ela se funda na separação feita entre “o significado de um preceito normativo e a aplicação do referido preceito através da modelagem de uma teoria ou estrutura de análise” (SAGER, 1978, p. 1213, tradução nossa). De modo que isso é demonstrado ao se denominar a “afirmação do significado de *conceito*, e a afirmação da aplicação de *concepção*”. Por meio dessa distinção, o autor acredita que se pode justificar e explicar algumas situações de aparente “derrapagem” entre a aplicação de uma norma constitucional e o conteúdo dessa mesma norma tal como está inscrita na Constituição. No que tange ao status legal das normas constitucionais que são aplicadas parcialmente pelo judiciário, Sager (1978) afirma que elas devem ser entendidas como juridicamente válidas do ponto de vista de seus limites conceituais; ao passo que as decisões que aplicam essas normas apenas em parte devem ser vistas com demarcadoras dos limites do papel dos tribunais no cumprimento da norma constitucional em questão.

É importante perceber que para o autor “o conceito rege a concepção, com o propósito de que a concepção é a realização ou a compreensão do conceito”. (SAGER, 1978, p. 1214, tradução nossa). Percebe-se que, embora o autor indique a relação existente entre conceito e concepção de acordo com o contexto elaborado, ele permanece tratando a dinâmica entre esses institutos como um caso de “tudo ou nada”, de modo que um há de prevalecer sobre o outro. Provavelmente isso se deva ao fato que a base filosófica do autor (no que tange à

Teoria/Filosofia do Direito) é de raiz positivista, apoiando-se principalmente na literatura de H. L. A. Hart (SAGER, 1978).

Já Davis (2012, p. 1024) descreve o argumento do *underenforcement* da seguinte forma:

If X has a right to A, then a court must be able to enforce the right, upon the demand of X to her entitlement to A. If a court is unable to enforce this right on demand, as it would a right to assembly or freedom speech, than a social or economic right cannot be considered to be a legal right.

Isso significa que uma corte – e isso inclui um juiz singular, por suposto – não seria totalmente capaz de aplicar o direito à saúde quando esse estiver em questão em um determinado litígio, por lhe faltarem condições de decidir sobre detalhes que extrapolam o conhecimento jurídico. Nesse sentido, uma corte estaria impossibilitada de decidir sobre a concessão de um medicamento de alto custo por não dominar questões delicadas como o orçamento público, especificidades sobre a eficácia comprovada do medicamento em questão, dentre outros.

Dworkin (2012, p. 420-421) aponta que esse tipo de raciocínio só faz sentido para autores como Lawrence Sager que, por acreditarem em uma distinção entre teoria do direito e teoria da decisão judicial, são ferrenhos defensores dessa tese. Sager (2010, p. 580) afirma que existem limitações institucionais que impedem o judiciário – no caso, ele se refere ao judiciário americano – de assumir o conjunto de aplicação primária dos *material rights*.

Para Sager, o que pode e deve ser feito pelo judiciário é assumir o que ele denomina de aplicação secundária, e que significa basicamente duas coisas: a) que os procedimentos justos se conectam a uma negação seletiva desses benefícios; b) que há uma justificação moralmente convincente para qualquer negação seletiva desses benefícios. Acabando por declinar aplicar os direitos que estiverem em questão.

Por outro lado, é importante apontar que tal colocação é complexa e perigosa, considerando alguns pontos. O primeiro diz respeito à própria efetividade da constituição. Se há um direito elencado como um bem fundamental, algo que integra o rol de direitos indispensáveis para o florescimento da sociedade, não garantir sua plena efetividade (seja pela via típica ou atípica) é fazer com que os preceitos constitucionais se tornem letras mortas, que não produzem eficácia prática alguma.

A segunda se relaciona com a seguinte problemática: no caso no direito à saúde, quando um indivíduo chega até a instância judicial para exigir o cumprimento de uma prestação positiva do Estado, pressupõe-se que a postura reivindicada não foi praticada de forma espontânea pelo

Poder Executivo. Isto é, significa que o judiciário acaba por ser a única alternativa de efetivação diante da não-ação da função estatal originalmente responsável.

De maneira alguma o preenchimento de um espaço vazio significa, necessariamente, a violação do desenho institucional, ou uma afronta ao princípio democrático. Se tal hipótese é objeto de contestação, isso pressupõe o pensamento de que o judiciário deve manter-se apático em relação às violações e descaso em relação aos direitos dos cidadãos. Isso não parece ser coerente com a função judicial.

A resposta ao questionamento do *underenforcement*, corroborando o pensamento de Davis (2012, p. 1026), repousa no fato de que “judges can examine the evidence before their court by independent experts and then, on the basis of a forensic evaluation thereof, develop a jurisprudence of justification as opposed to policy conceptualization”. Ou seja, é possível, sim, que o judiciário concretize, garanta e implemente os direitos com a colaboração de profissionais que auxiliem na compreensão de termos, conceitos categorias que extrapolam o espaço jurídico.

O contato com essa interdisciplinariedade no momento de construir a decisão é fundamental para que o magistrado possa, além de concretizar o direito que porventura é pleiteado, fazer isso da maneira mais justa possível, de modo que ele possa realizar a finalidade do juiz Hércules de Dworkin: levar a sério significado do termo “*all things considered*”.

3. O papel do juiz na realização do direito à saúde

O modo como o ordenamento jurídico é concebido na atualidade é fruto de uma intensa construção teórica que se iniciou há vários séculos, por meio de contraposição de ideias, discussões entre pensadores do direito, que, inevitavelmente, perduram até os dias de hoje, estando muito distante de uma compreensão uniforme e unânime.

Assim, ultrapassando os ideais positivistas³, que durante muito tempo atuaram de forma hegemônica no pensamento jurídico, parte-se da premissa de que vigora hoje um Estado

³ Segundo Cambi (2011, p.80-84), as características elementares do positivismo são: 1) a identificação do direito com a lei, que teve como ponto de partida a codificação, concebendo-se um legislador onisciente e onipotente que faria com que os Códigos regulassem a maior variedade possível de circunstâncias da vida real, com o intuito de que não houvesse mais nada a ser interpretado pelos juízes; 2) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas), que possui como fundamento a característica anterior, pautando-se na ideia de segurança jurídica, em que a produção legislativa era única forma de manifestação do direito e o juiz era uma mera boca da lei, devendo restringir-se e submeter-se à lei; 3) o não reconhecimento dos princípios como normas, em que esses não eram considerados uma fonte autônoma do direito, possuindo somente a função secundária de preencher eventuais lacunas jurídicas que não tivessem sido resolvidas pela analogia e pelos costumes; e o 4) formalismo jurídico, derivado do princípio da legalidade formal, onde a validade e a legitimidade da norma decorreriam pura e simplesmente da obediência ao processo de elaboração da mesma, independentemente de seu conteúdo,

Constitucional, em que a Constituição possui um caráter de fundamentalidade, que é a pedra angular de todo e qualquer ordenamento jurídico existente, não só do Brasil, mas dos demais países ao redor do mundo.

Foi rompido o costume – oriundo de uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica⁴ (SARMENTO, 2009, p. 13) – de pensar a Constituição como uma mera carta de intenções políticas (LASSALLE, 1933), uma folha de papel. Pelo contrário, reconheceu-se a força normativa da mesma (HESSE, 1991), de modo que essa passa a ser o principal vetor normativo do sistema jurídico, possuindo, em regra, eficácia imediata e independente da intervenção do legislador ordinário.

Então, se verificou uma transição no paradigma jurídico⁵: as constituições deslocaram-se para um outro patamar. Passam a ser compreendidas como documentos jurídico-políticos que contêm normas dotadas de níveis profundamente axiológicos que, no caso da CRFB, dispõe sobre uma série de questões que, além de não terem sido objeto de atenção do constituinte originário nas Constituições pretéritas, ainda são tratadas de forma esmiuçada dentro do texto constitucional vigente.

Ao dissertar sobre o tema, Sarmiento (2009, p. 9) identifica cinco fenômenos que advêm do neoconstitucionalismo – em face do que se pretende, cabe analisar apenas dois deles – que são: a judicialização da política e das relações sociais e a reaproximação entre o direito e a moral.

Sobre a questão da judicialização, Barroso (2012) assevera que:

Questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

(...)

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim

pensamento esse que partia da noção de que a Constituição era apenas uma carta de intenções políticas que não vinculava o legislador ordinário.

⁴ Circunstância em que a lei era a fonte principal do direito e as Constituições eram vistas como meros programas políticos em que o legislador deveria inspirar a sua atuação.

⁵ Tendo como marco histórico principal o 2º pós-guerra. Entretanto, no Brasil, essa mudança só ocorreu de fato a partir da Constituição de 1988, pois nas Cartas anteriores, os direitos fundamentais garantidos eram violados reiteradamente, o que fazia com que essas não fossem consideradas juridicamente eficazes, caindo no descrédito social.

como na Europa e países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral.

Observa-se que a judicialização se tornou algo muito comum de algum tempo para cá. E a despeito do que se possa vir a pensar, não foi algo meticulosamente planejado, com o intento de obter qualquer tipo de louros; pelo contrário: uma vez provocada de forma adequada, a jurisdição tem, muito mais que uma mera obrigação, o dever institucional de se pronunciar sobre o que quer que seja questionado. Consequentemente, questões como a realização dos direitos sociais e, mais especificamente nesse caso, do direito à saúde, não estarão imunes à essa premissa.

No entanto, ainda existem posicionamentos críticos referentes ao modo como essa competência institucional vem sendo exercida pelos tribunais, sustentando que esses passaram a extrapolar os seus limites de atuação, interferindo mais do que o necessário nas outras esferas do Estado. Tal argumento também é conhecido como ativismo judicial. A esse respeito, impende destacar o que aduz Barroso (2012) quando ensina que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há o confronto, mas a mera ocupação de espaços vazios.

[...]

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Resta claro que se tratam de coisas distintas. Muitas vezes o ativismo judicial é encarado como algo que é ínsito à judicialização, como se todo magistrado fosse se comportar da mesma forma ao encontrar-se diante de casos da mesma natureza, o que, certamente, não é verdadeiro.

Por outro lado, percebe-se que assim como juízes e tribunais não são deuses, muito menos super-heróis; também não podem se manter indiferentes às circunstâncias que lhe são apresentadas, considerando o fato de que possuem o compromisso institucional, constitucional e, porque não, social, de zelar pelas diretrizes e enunciados constitucionais e, dessa maneira, de garantir a plena efetividade dos direitos previstos na Constituição. É diante dessa perspectiva

que se faz necessária a compreensão da dimensão que o direito à saúde possui dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, é importante perceber que quando o juiz lança mão de mecanismos que possibilitem a plena realização do direito à saúde, ele está agindo em perfeito acordo e simetria com a Constituição. E também possibilitando que os demais direitos e garantias que nela estão salvaguardados sejam de fato respeitados e observados na prática. Caso contrário, todo conteúdo axiológico não faria sentido, uma vez que careceriam de eficácia. E então a Constituição voltaria a ser vista como uma folha de papel.

Considerações Finais

A grande questão na tese do *underenforcement* é que a relação entre conceito e concepção não pode ser vista como algo polarizado; mas sim de forma dialógica, uma vez que é extremamente importante que além de legalmente válido, que um determinado conceito jurídico possa ser reconhecido também como eficaz, como algo que não está apenas no plano das ideias. É preciso perceber a relação fundamental de complementariedade entre as referidas categorias jurídicas. E mais ainda, lançar mão dos mecanismos que forem precisos para torná-la concreta no cotidiano social, na vida das pessoas.

Isso é fundamental se o Direito for pensado na perspectiva da justiça. Se a justiça é um valor ou um ideal que é valorizado por uma comunidade política e, por ato reflexo, incorporado pelas instituições sociais que a compõem, como conceber a unidade e a credibilidade do sistema estatal se o que é normatizado pelo documento jurídico-político mais importante de um Estado-nação não possui concretude na vida dos cidadãos?

Por isso, a compreensão de que existe a necessidade de se buscar incessantemente a concretização dos direitos inscritos no documento constitucional de um Estado, é fundamental para qualquer ordem jurídica que se preze a ser coerente. De que adiantariam tantas lutas sociais para conquistar direitos se esses não puderem ser realizados na vida cotidiana?

Acreditar na justiça como um bem/ideal/virtude que possui importância na organização social, política e jurídica, é compreender que sempre haverá desafios e complexidades a serem enfrentadas e superadas, que podem ser classificadas de duas formas: a) interna e b) externa. Além disso, sob ponto de vista das instituições, se pode afirmar que a complexidade interna da justiça está para um plano de justificação teórico, enquanto a complexidade externa da justiça está para um plano de justificação prático.

Em primeiro lugar, isso significa que aplicada às instituições, a justiça, por si só, já possui um desafio teórico interno (intrínseco) a ela: estabelecer uma unidade entre o que é a justiça e o que é o direito. Não há como pensar uma teoria do direito que não seja compatível com uma teoria de justiça específica. O direito é o reflexo prático da justiça. Sem uma coerência teórica interna entre esses dois conceitos, não haverá instituição que possa ser levada a sério.

Em segundo lugar, a complexidade externa à justiça (porém não independente dela) ocorre no contexto das justificações práticas, ou seja, é quando a justiça ganha vida: ao ser aplicada na concretude das relações sociais, dos litígios. Seja entre indivíduos, ou entre esses e as instituições. Isso significa que a justificação prática que se dá ao que é justo no caso concreto deve ser a expressão de uma justificação teórica consagrada, uniforme, coerente. Por isso, como descartar a hipótese de caos, quando nem o primeiro desafio, o aspecto intrínseco de unidade e coerência da justiça, foi vencido?

A tese sustentada por Lawrence Sager significa sem dúvida uma espécie de ceticismo sobre o justo e a relação que esse possui com os direitos materiais presentes na Constituição, sobretudo no modo como eles podem se manifestar concretamente na vida das pessoas. E afirmar que os juízes estão indefinidamente presos aos limites institucionais que os perseguem é, no mínimo, desanimador. Evidentemente, existem certas barreiras institucionais que impedem que as cortes atuem de forma mais incisiva. Contudo, isso não significa que o destino é imutável e os juízes estarão fadados a permanecer de braços cruzados diante de determinadas situações.

É preciso enfrentar os desafios institucionais em termos mais abrangentes. Caso contrário, se estará comungando do entendimento de que nem todos os direitos devem ser implementados, mesmo quando se trata de um direito constitucional. Qual o sentido dessa afirmação? Sem dúvida, esse tipo de discussão nos faz pensar a respeito do papel do Estado, a quem ele serve ou deveria servir.

No entanto, se há alguma dificuldade a respeito da realização dos direitos sociais em geral, e do direito à saúde especificamente, por parte do judiciário, deve ser algo relacionado com “quais os mecanismos mais apropriados para o juiz se utilizar?”. Ou “qual a melhor maneira de utilizar o mecanismo X?”. Isto é, se referem a termos de operacionalização do direito e não de possibilidade de aplicação do mesmo.

É preciso ficar claro que enquanto forem reproduzidas as escusas para a não realização dos direitos, os quais todos que estão sob a tutela de um Estado têm direito, dificilmente chegaremos a viver no país queremos viver. São tempos difíceis para sonhadores. Mas ainda vale a pena acreditar que é possível garantir uma vida justa e minimamente digna a todos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297> >. Acesso em: 1 set. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - RE 271.286, Relator: José Celso de Mello, Data de julgamento: 12/09/2000, Segunda Turma, Data da Publicação: DJ 24/11/2000.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário*. Revista A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, v. 5, n. 9, p. 136-145, 2012.

_____. *Direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DAVIS, D. M. Socio-economic rights. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, Andras (ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. Socioeconomic rights: do they deliver the goods?. *ICON*, v. 6, n. 3 e 4, p. 687–711, 2008. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/6/3-4/687.full.pdf+html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

DE LA TORRE, Mariano C. Melero. *Dworkin y sus críticos: el debate sobre el imperio de la ley*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão et al (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudo em homenagem a J.J Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora revista dos tribunais; Coimbra editora, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

_____. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. 1991. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2016.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 11, dez. 2009, p. 99-133. Disponível em: www.scielo.br/sur.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* 1933. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>. Acesso em: 13 set. 2016.

RAWLS, John. *A theory of justice*: revised edition. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

SAGER, Lawrence G. Material rights, underenforcement, and the adjudication thesis [Symposium: Justice for Hedgehogs: A Conference on Ronald Dworkin's Forthcoming Book]. *90 Boston University Law Review* 579, 2010. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/sager.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Fair Measure: the legal status of underenforced constitutional norms. *Harvard Law Review*, v. 91, n. 6, p. 1212-1264, 1978. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1340476?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 15 ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão et al (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudo em homenagem a J.J Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora revista dos tribunais; Coimbra editora, 2009.

TEREZO, Cristina. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

WOLFF, Jonathan. *The human right to health*. New York: Norton, 2012.