# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

**CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ**

**LORENA DE MELO FREITAS**

**MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal 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 Naspolini 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

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz; Lorena de Melo Freitas; Maurício Dalri Timm do Valle - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-420-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Inspiração realista. 3. Natureza.

4.Processo Judicial. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

---

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

---

## Apresentação

O presente livro "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico"" é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI.

O referido GT foi proposto em 2014.2 pela então Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e nesta ocasião coapresentadora e membro da coordenação deste Grupo por ocasião deste XXVI Encontro Nacional do CONPEDI Brasília, e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Neste encontro os professores Doutores Carlos Alberto Simões de Tomaz (Fundação Universidade de Itaúna – UIT), Maurício Dalri Timm do Valle (Universidade Católica de Brasília) e Lorena de Melo Freitas (Centro Universitário de João Pessoa - UNIPE/PNPD e UFPB) coordenaram os trabalhos no grupo.

Todos os artigos passaram - como já de praxe - pelo processo de avaliação cega por no mínimo dois professores, conforme plataforma Publicadireito do Conpedi e são pesquisas produzidas pelos pesquisadores docentes e discentes de Pós-Graduações em Direito do Brasil.

Vale consignar que todos os trabalhos foram desenvolvidos tendo em conta o tema central do evento, qual seja: "Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", mas sempre fazendo uma aproximação sob a perspectiva do pragmatismo, realismo jurídico e/ou teorias com foco na questão da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, porém os doze artigos que o compõem tratam sob múltiplas perspectivas do fenômeno jurídico na sua manifestação mais pragmática, ou melhor, investiga-se a natureza do processo judicial, parafraseando o famoso livro do teórico do realismo jurídico e juiz da Suprema Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo (The nature of judicial process).

Os primeiros quatro artigos têm em comum a centralidade em torno de um autor-objeto de pesquisa, assim, o livro permite perpassar aspectos dos pensamentos de Aulis Aarnio, Benjamin Cardozo, Ronald Dworkin, Sam Harris e Manoel Atienza. Em seguida temos três artigos com objetos afeitos ao debate de categorias teóricas centrais ao direito, quais sejam, validade, vigência, eficácia, raciocínio e método no direito. Já a parte final tem uma

característica mais empírica, nela encontramos cinco artigos que analisam problemas jurídicos atuais mas com referência à casos, decisões ou simplesmente a perspectiva de abordagem dos temas têm a delimitação em torno que objetos pautados na realidade.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por apenas apresentar a disposição dos artigos em seus aspectos identitários, mas sem pormenorizar um detalhamento de cada tema por inspiração na própria proposta de John Dewey, um dos expoentes do pragmatismo e realismo jurídico, cujo pensamento tem como categorias centrais a interação e a continuidade.

Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz - UIT

Profª. Drª. Lorena de Melo Freitas (UFPB)

Prof. Dr. Maurício Dalri Timm do Valle (UCB)

Brasília, julho/2017

# JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: REALISMO E UMA AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

# JUDICIALIZATION OF HEALTH: REALISM AND A THREAT TO THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

**Ester Soares De Sousa Sanches** [1]

**Resumo**

O direito à saúde é assegurado como direito fundamental a ser prestado pelo Estado, objetivando melhoria de vida da população. Devido morosidade e omissão dos demais poderes, o Judiciário tem sido invocado para garantia e efetivação desses direitos. Essa prática constante leva ao ativismo judicial com participação intensa do Judiciário, resultando inquietude pela ameaça de invasão de competências dos Poderes e insegurança jurídica quanto à legitimidade destas decisões num país democrático de direito. Baseados no realismo jurídico sobre direito vigente a partir da consciência de sua validade, apresenta-se o mecanismo de diálogo legitimando decisões consensualmente acolhidos pelos seus destinatários.

**Palavras-chave:** Direito à saúde, Ativismo judicial, Realismo jurídico. mecanismo de diálogo

**Abstract/Resumen/Résumé**

The right to health is ensured as fundamental right provided by the State, aiming improvement population'lives. Due to delays and omissions of the other powers, the Judiciary has been invoked to guarantee and enforce these rights. This constant practice leads to judicial activism with intense Judiciary'participation, resulting in concern about invasion of the Powers'skills and legal uncertainty as to the legitimacy of these decisions in a democratic country of law. Based on the legal realism of the current'law based on the awareness of its validity, the mechanism of dialogue legitimizes consensually'decisions received by its recipients.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to health, Judicial activism, Legal realism. mechanism of dialogue

[1] Advogada. Professora de Direito na Doctum. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Pós-graduada em Direito Processual pela UFJF. Mestranda em Direito na UCP Petrópolis

## INTRODUÇÃO

Como escopo do presente trabalho tem-se a precariedade da saúde pública que, hodiernamente, constitui em um dos maiores problemas sociais do Brasil. O Estado não pode se omitir do dever de promover o direito à saúde de forma eficaz e eficiente para todos, em respeito ao princípio basilar de todo o ordenamento jurídico, o da dignidade da pessoa humana. Conforme previsto na Lei Maior, as autoridades públicas têm a obrigação de assegurar o direito à saúde a todos, sem distinção.

A Constituição Federal de 1988, inspirando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pretendeu a transformação da sociedade, tratando não apenas dos direitos tradicionais, como a propriedade, porém, abordando direitos não patrimoniais que carecem de garantia, como o são os direitos sociais.

Com efeito, a saúde é compreendida como um direito fundamental social com previsão na Constituição Federal em seu artigo 6º, tendo como objetivo a melhoria de vida das diversas categorias da população através da implementação de políticas públicas.

O constituinte impôs ao Estado o dever de estruturar-se com a finalidade de desenvolver e executar políticas públicas e também de organizar-se para proteger esses novos direitos. Para isto, o Estado oferece uma política pública de saúde, que é o sistema sanitário, dispondo também de estrutura e instrumentos que possibilitam exigências de efetivação de tais direitos pelos indivíduos através do sistema de justiça, ambos convergindo na busca do desenvolvimento e garantia dos novos direitos.

De fato, em um Estado Democrático de Direito, a implementação dos direitos sociais torna-se prática exigível, sendo legítimo o Poder Judiciário na sua concretização.

Como agentes da transformação social, existe a necessidade de interlocução entre os sistemas responsáveis pela oferta e pela efetivação destes direitos, mas devido possuírem históricos e linguagens diferentes, existe grande dificuldade na comunicação entre os referidos sistemas.

Torna-se, portanto, imperioso que ambos os sistemas atuem de forma condizente com suas determinações legais, considerando que a Constituição Federal de 1988 protege tanto os direitos, quanto as estruturas sistêmicas para a efetivação de direitos, ou seja, políticas públicas. Portanto, exsurge a necessidade de que sejam criados mecanismos de diálogo e atuação

conjunta entre esses dois sistemas, de forma que o sistema de justiça seja capaz de conhecer a política pública de saúde, assim como protegê-la.

No Brasil, em um cenário em que coexistem diferenças econômicas e sociais acentuadas, com crescimento econômico tardio, resquícios do regime autoritário, com recente histórico de participação social, as transformações sociais, embora lentas, denotam o caminhar democrático para garantir-se a saúde, sendo que os processos de interlocução entre os sistemas sanitário e de justiça tomam certa forma e força.

Ao ser discutida a obrigação do Estado de garantir prestações positivas, as instituições públicas responsáveis pela oferta e pela efetividade das mesmas, são acionadas com frequência para responder de forma compatível às complexas e crescentes demandas atuais por saúde, tanto para o indivíduo como para a coletividade. Tais demandas ocorrem desde ações por prevenção de doenças, chegando até mesmo a pedidos que envolvem exames, medicamentos e procedimentos de alta tecnologia, portanto, de alto custo para o Estado.

Grande tem sido a expectativa da sociedade na resolução e suprimento dos serviços afetos à saúde, recorrendo então ao Poder Judiciário quando tais serviços são negligenciados ou negados pela Administração Pública.

Desta forma, juízes e tribunais saem do tradicional tecnicismo funcional para adotarem uma postura política, dialogando com a sociedade no intuito de defender os princípios e direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Em suas decisões, o Poder Judiciário tem agido de forma a implementar as previsões constitucionais relativas à saúde quando considerada inadequada sua tratativa pelo Poder Executivo, fato este que tem levado a uma discussão que gira em torno do fenômeno chamado ativismo judicial, chegando a repercutir sobre as relações entre os Poderes.

Será adotada neste trabalho a metodologia descritiva, fazendo uso do meio de pesquisa bibliográfica, através de um método teórico-jurídico.

Diante deste quadro, justifica-se o interesse pelo presente trabalho que, num primeiro momento, abordará o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, falando de sua evolução histórica, atribuições dos entes públicos quanto a este direito, positivação na Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional que envolva o tema aqui tratado.

Posteriormente, far-se-á uma análise a respeito do regime jurídico que envolve este direito, cuja natureza equivale a direito fundamental, tratando de sua definição, caracterização

e fundamentação, com uma discussão sobre políticas públicas, vinculação de recursos e o estabelecimento de limites constitucionais mínimos para a aplicação em saúde, conforme disposto no artigo 198 da Constituição Federal e Emenda Constitucional 29/00.

Além disso, será buscado demonstrar que embora exista previsão normativa e que seja realizada pela Administração Pública as políticas públicas de saúde, o direito à saúde não tem sido concretizado de acordo com seus ideais. Portanto, havendo inércia e omissão da Administração Pública, faz-se mister que os tribunais adotem uma postura mais ativa para permitir a promoção efetiva do direito fundamental à saúde.

Para debater a atuação do Poder Judiciário na realização do direito à saúde, há de ser desenvolvida uma análise, ainda que brevemente, das possíveis soluções para limitar a atuação dos juízes que vem ameaçando a harmonia dos Poderes, a exemplo do judicial *review* nos Estados Unidos dando ensejo a compreender algumas características presentes na afirmação do controle judicial de constitucionalidade.

Por fim, será apresentada a teoria realista do direito defendendo a ideia de que a vigência do direito decorre da consciência de sua validade pelos destinatários da norma, havendo necessidade do diálogo como possível solução à legitimação de direitos na busca do consenso entre a sociedade, ideal de um Estado Democrático de Direito.

## 1 DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao ser feita uma análise superficial da história brasileira no que se refere ao direito à saúde, pode-se atentar para sua complexidade quanto à precariedade na obtenção de medicamentos, tratamentos terapêuticos e preventivos. O Estado apresenta um certo avanço, embora ainda tímido, na materialização efetiva deste direito implementando políticas públicas, econômicas e sociais.

A partir da década de 30 é que o Estado brasileiro passou a atuar na esfera da saúde, criando o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs). Observa-se, entretanto, que os tratamentos oferecidos ficavam restritos aos cidadãos que pertenciam a alguma categoria profissional vinculada a esses órgãos, sendo que ainda não se aplicava o princípio da universalidade na prestação dos serviços de saúde.

Ocorre a criação do Ministério da Saúde na década de 50 por meio da Lei nº 1.920/53, sendo que, as competências de tal órgão apenas foram estabelecidas durante o regime militar,

em 1967, quais sejam: atividades médicas e paramédicas; ação preventiva em geral, vigilância sanitária de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos; política nacional de saúde; controle de droga, medicamentos e alimentos e pesquisa médico-sanitária.

Acontece ainda no regime militar, a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia vinculada ao então Ministério da Previdência e Assistência Social (atualmente Ministério da Previdência Social), com surgimento a partir da unificação dos INAPs, voltando-se especificamente para os trabalhadores que possuíam carteira assinada.

A partir do processo de redemocratização do país em 1988, passa a ser observado de forma efetiva o princípio da universalização do direito à saúde, quando o Brasil aborda pela primeira vez, na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde como direito fundamental a ser assegurado amplamente, seguindo assim uma tendência mundial de normatização.

O artigo 6º da Constituição de 1988 enumera os direitos sociais, a saber: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância e a assistência aos desamparados.

O direito à saúde, portanto, trata-se de direito social integrante da segunda dimensão de direitos fundamentais que abrange direitos para reduzir desigualdades, proteger os hipossuficientes e conceder melhores condições de vida à sociedade, exigindo assim, prestações materiais por parte do Estado.

Importante salientar que, de forma diferente dos direitos fundamentais de titularidade restrita a exemplo dos direitos políticos e direitos dos trabalhadores, o direito à saúde, além de abranger os cidadãos brasileiros, também deve ser garantido aos estrangeiros que se encontram de passagem pelo país necessitando de cuidados médicos.

Conforme leitura do disposto no art. 194 da CF/88, verifica-se a existência de três planos de ação social na seguridade social, quais sejam: a saúde, a assistencial social e a previdência social, dividindo-se nos sistemas contributivos e não contributivos. Dependendo do pagamento de contribuições pelos beneficiários, a previdência social faz parte do sistema contributivo; já a saúde e a assistência social, fazem parte do sistema não contributivo, oferecendo serviços públicos a toda e qualquer pessoa independe de suas contribuições, cujo financiamento advém dos impostos pagos pelos cidadãos.

A realização e fiscalização da prestação de serviços pelo Ministério da Saúde, é realizada através do Sistema único de Saúde (SUS), tendo alguns princípios basilares insculpidos no artigo 198 da Constituição a serem observados, como: descentralização, com direção única em cada esfera do governo; atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

Pelo princípio da descentralização entende-se que a prestação da saúde não se restringe apenas a um ente federativo, mas deve ser assegurada por todas as esferas do governo de forma solidária, de acordo com o disposto no art. 23, II, da CF/88. Ainda, o art. 30, VII do mesmo estatuto, assevera que os serviços na área da saúde serão prestados pelo Município mediante a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União, com destaque para a responsabilidade solidária entre esses entes. Verifica-se, também, neste último dispositivo, o princípio da municipalização mostrando que o município é aquele ente que possui mais responsabilidades na promoção do direito à saúde.

Tratar as moléstias quando estas já estão instaladas no indivíduo é bem mais oneroso. Disto decorre que, objetivando evitar maiores gastos de dinheiro público e com foco para atividades preventivas, depara-se com o princípio do atendimento integral.

Realçando a observância do princípio de participação da comunidade na prestação do serviço à saúde, cuja observância permite que o Poder Público venha a atuar nessa área de forma solidária e democrática, tem-se o Conselho Nacional de Saúde regido pelo Decreto nº 5.839/2006. Conforme artigos 1º e 2º deste decreto, este órgão é ligado diretamente ao Ministério da Saúde, sendo composto por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais da saúde e usuários, tendo a principal função de deliberar e controlar as políticas públicas a serem realizadas na área da saúde.

Tomando por base lições de Silva (2010), conceitua-se políticas públicas como "(...) conjunto de ações, medidas e procedimentos que representam as diretrizes estatais, regulando e orientando as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público (...)".

Como mecanismos de planejamento, racionalização e participação popular, as políticas públicas cumprem sua função como instrumentos de união e empenho para estruturar uma coletividade de interesses em torno de objetivos comuns.

A relação que existe entre realização dos direitos sociais e políticas públicas é direta, carecendo de prestações positivas por parte do Estado, o qual deve adotar medidas concretas, planejadas e bem definidas para evitar violação dos direitos humanos.

O atendimento ao interesse público na elaboração de políticas públicas deverá ser observado, não deixando margens para decidir livremente o que fazer, tornando assim difícil a tarefa do administrador para estabelecer as prioridades, tendo em vista a limitação de recursos financeiros dos cofres estatais. Daí a necessidade de um prévio planejamento na elaboração destas políticas para não comprometer a estabilidade social diante dos reclamos sociais, sob pena de intervenção judicial em suas decisões e omissões.

Conforme ensinamentos de Sarlet (2002), o direito à saúde exige do Estado, além de uma atuação no sentido prestacional com promoção de políticas públicas que permitam o acesso a diversos serviços atinentes à saúde, também impõe a este a proteção ao cidadão para que não sofra qualquer ato comprometedor de sua integridade física e psicológica por parte do governo ou de terceiros.

Devido às dificuldades administrativas apontadas acima quanto à adequada operação das prestações dos serviços, tem sido frequente as demandas apresentadas ao Judiciário para que este tome medidas que determinem cumprimento dos mandamentos constitucionais pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal assim como os demais órgãos de cúpula do Poder Judiciário, vem protagonizando uma função central na tomada de decisões sobre diversas questões relacionadas a políticas públicas, gerando demasiadas discussões.

Em estudos sobre o Poder Judiciário, assevera com maestria o Professor Luiz Werneck Vianna (1996, p. 263):

> Neste meio século que nos distancia do último conflito mundial, os três Poderes da conceituação clássica de Montesquieu se têm sucedido, sintomaticamente, na preferência da bibliografia e da opinião pública: à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, e que trouxe centralidade aos estudos sobre a burocracia, as elites políticas e a máquina governamental, seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida: Justiça.

Dentre as principais questões discutidas, destaca-se a invasão de competência dos Poderes constituindo ameaça deste ativismo judicial para a manutenção da harmonia e

interdependência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, um dos pilares de um país democrático de direito.

Os realistas consideram que a validade do direito depende daquilo que é aplicado na sociedade, onde o direito não é simplesmente um conjunto de normas que podem ter qualquer conteúdo, mas sim um fato social e isto quer dizer, trata-se de um conjunto de fatos sociais.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O "neoconstitucionalismo" vem atribuindo ao Judiciário a expressiva responsabilidade de concretizar as normas constitucionais.

Não mais percebidas como integrantes de um documento estritamente político, as normas constitucionais passam a ser aplicadas de forma imediata e direta pelos juízes e tribunais.

Nesse cenário, os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica, a exemplo do direito a medicamentos e terapias de alto custo, onde ocorre intervenção do Poder Judiciário, determinando à Administração Pública seu fornecimento com o fito de efetivar a garantia constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

O constitucionalismo pode ser entendido como respeito aos direitos fundamentais, assim como a democracia pode ser concebida como soberania popular e governo da maioria. Porém, nada impede que aconteça de a maioria política vulnerar direitos fundamentais e quando isto acontece, cabe ao Judiciário decidir.

A sociedade democrática passa agora a conhecer um movimento de migração do lugar simbólico da democracia para o da Justiça. Ocorre a decadência do Estado todo-poderoso que tudo pode satisfazer, sendo que as esperanças nele depositadas se transferem para a Justiça, na qual se encaminha a realização da ação política. Pode-se a isto chamar de "judicialização da política".

Faz-se pertinente destacar aqui a distinção feita pela doutrina entre judicialização e ativismo judicial apresentada por Barroso (2009, p.3):

> A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...]. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão,

> subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do ativismo judicial é 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 dois Poderes.

Disto decorre a dúvida sobre a possibilidade dos juízes e tribunais virem a interferir nas deliberações do Legislativo e Executivo, órgãos que representam as maiorias políticas, invalidando ações administrativas e políticas públicas.

Conforme defendido por Barroso (2010), isto é possível quando o Judiciário objetiva preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou precisa dar cumprimento a alguma lei existente. Neste caso, para que seja legítima sua decisão, não pode esta expressar um ato de vontade própria, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

O Poder Judiciário em um Estado constitucional democrático, tem a função de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico, dando sentido às normas jurídicas na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios.

Nesse sentido, argumenta Ross (2003) que a consciência jurídica deve desempenhar um papel decisivo quando as considerações práticas estão ausentes. Pode acontecer de faltarem argumentos ou de ser o ordenamento jurídico indiferente às considerações práticas determinadas pelo interesse, ou ainda ocorrer que o conhecimento atual das relações sociais não permita formar opiniões bem fundadas a respeito das consequências sociais das possíveis soluções, impossibilitando desta forma, realização de uma escolha racionalmente justificada entre essas soluções.

Quando isto vem a ocorrer, Ross (2003, p.429-430) argumenta que a consciência jurídica deve assumir o papel diretor, guiando as escolhas por meio da tradição jurídica e cultural existente na sociedade:

> A tarefa da política jurídica nesses campos consiste em lograr um suave ajuste do direito às condições técnicas e ideológicas modificadas, com a consciência jurídica como estrela polar. É mister preservar a continuidade da tradição jurídica e tentar, ao mesmo tempo, satisfazer novas aspirações. É claro, a configuração mais detalhada da consciência jurídica em regras de direito manejáveis tem que atender a considerações técnicas fundadas em conhecimentos sociológicos ou em cálculos. O respeito à tradição e à consciência jurídica explicam porque o ponto de vista dos advogados é profissionalmente conservador. Este ponto de vista se justificava particularmente outrora, já que considerações ideológicas, fundadas no direito natural ou em conceitos

> históricos, reinavam de forma quase suprema. O papel do jurista como homem político jurídico é atuar, na medida do possível, como um técnico racional; neste papel ele não é nem conservador, nem progressista. Como outros técnicos, simplesmente coloca seu conhecimento e habilidade à disposição de outros, em seu caso aqueles que seguram as rédeas do poder político.

Ao desempenhar seu papel de intérprete das normas constitucionais, o papel institucional dos Tribunais no Constitucionalismo contemporâneo veio a ser motivo de preocupação, conduzindo a uma forte discussão sobre poder ou não esta instância substituir aquelas responsáveis pelas decisões políticas tradicionais, levando-nos a uma análise dos mecanismos de revisão judicial.

Denota-se que a discussão sobre tal mecanismo passa, quase que na maioria, numa oposição entre a supremacia legislativa e a supremacia constitucional, que decorre do modelo inventado nos Estados Unidos da América e que ainda, em grande medida, influencia o sistema brasileiro. No entanto, falta nesse debate uma percepção, outro modo de olhar, uma nova resposta, que, em termos institucionais, significa um diálogo que vem propor uma terceira via para as interações entre os tribunais e os outros órgãos.

Através do *Judicial Review*[1], é permitido esse diálogo entre os poderes responsáveis pela implementação das políticas públicas no âmbito da aplicação e interpretação das normas constitucionais.

Avanços consideráveis têm sido percebidos em diversos países por intermédio das teorias do diálogo institucional, devido ao potencial que muitos veem de resolver os problemas da legitimação democrática da revisão judicial, na medida em que rejeitam o axioma central de que as reivindicações da supremacia legislativa e a tutela jurídica efetiva de direitos fundamentais, são necessariamente incompatíveis e mutuamente excludentes.

É possível notar a absoluta incompatibilidade do diálogo institucional com o modelo brasileiro, devido às regras estabelecidas da supremacia do Judiciário e a falta de uma estrutura política ou prática que possa justificar a supremacia do Parlamento (Silva, 2010). Isto se confirma no disposto pelo constituinte no artigo 102, *caput*, da CF/88, ao estabelecer que

[1] A revisão judicial das leis e dos atos do Executivo tendo como parâmetro o texto constitucional (judicial review), foi consolidada, no cenário norte-americano, pelo caso Marbury v. Madison, julgado em 1803 pela Suprema Corte Federal (Marbury v. Madison 5 U.S. 137). Esse é um controle exercido de forma difusa, isto é, tem competência para se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato administrativo todos os órgãos investidos de jurisdição. Para uma análise histórica sobre o desenvolvimento do judicial review nos Estados Unidos, cf. NELSON, William, in BOLONHA e ZETTEL, p.4, disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de594ef5c314372.

“compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição”, impondo a este órgão a prerrogativa da última palavra. Ainda, ocorrendo um vácuo normativo do Congresso Nacional, um comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal seria justificado.

Em algumas situações, de fato tem-se percebido a prerrogativa da última palavra pelo Supremo Tribunal Federal, mas não se pode negar que, em outros casos, esta Suprema Corte tem adotado um *weak judicial review*, de forma que não cumpre a sua competência contramajoritária tão fortemente, estabelecendo um debate democrático institucional, adotando medidas já conhecidas como o Mandado de Injunção e outras medidas dialógicas importantes como a interpretação conforme a Constituição, modulação de efeitos das decisões e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

No entanto, o déficit democrático tem sido uma crítica essencial ao mecanismo do *judicial review*.

Entre os críticos, encontra-se Habermas (1997) que aponta ocorrência de várias controvérsias nos locais onde ele existe, como nos Estados Unidos e Alemanha, relativas ao seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões, com ênfase na concepção liberal de direito, que opera no âmbito da divisão de poderes, em que a justiça não deveria lançar mão de competências legisladoras. Para ele, a prática da decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão dos poderes no Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito.

Para devida compreensão daquilo que seja o direito vigente, nada melhor do que reportar-se aos ensinamentos de Alf Ross (2003) no que concerne ao realismo jurídico.

## 3 O REALISMO JURÍDICO NA VISÃO DE ALF ROSS

Em contraposição à teoria idealista do direito cuja preocupação se limita apenas com a validade das normas jurídicas em suas variedades material cuja preocupação é justiça, e formal, totalmente despreocupada com o conteúdo das normas e considerando que a validade do direito seja algo abstrato sem relação direta com a efetividade destas normas, apresenta-se a teoria realista do direito.

Os realistas consideram que a validade do direito depende daquilo que é aplicado na sociedade, onde o direito não é simplesmente um conjunto de normas que podem ter qualquer conteúdo, mas sim um fato social e isto quer dizer, trata-se de um conjunto de fatos sociais.

As teorias realistas assentam a interpretação da vigência do direito como em termos de efetividade social das normas jurídicas. Difere uma norma vigente de um mero projeto de lei ou de uma petição de reforma legislativa pelo fato do conteúdo ideal normativo da norma vigente ser ativo na vida jurídica da comunidade; existe um direito em ação que correspondente ao direito nas normas, restando definir com maior precisão esse "ser ativo", ponto onde as teorias divergem.

Segundo o ponto de vista de Ross (2003, p. 98):

> Para comprovar se uma dada regra é direito vigente, devemos proceder acertas investigações sócio psicológicas. Teremos que nos indagar se a regra é aceita pela consciência jurídica popular. Somos informados que essa investigação pode ser fácil se a regra for encontrada numa lei adotada de forma constitucional; isto porque a consciência jurídica popular sustenta, acima de tudo, como seu conteúdo indireto e formalizado, a crença de que o direito é direito e que tem que ser obedecido. O público geralmente aceita que qualquer coisa estabelecida em conformidade com a Constituição se arvora objeto titular a ser respeitado como direito.

Dentro da teoria realista do direito tem-se o “realismo comportamentista americano e o realismo psicológico escandinavo.

Defendendo que o direito se sustentaria na produção dos juízes após proferirem as suas decisões, ou seja, o agrupamento de várias decisões formaria um conjunto do denominado direito real em face do fenômeno social após a atuação dos tribunais/juízes, tem-se o realismo comportamentista americano.

Por outro lado, encontra-se o realismo psicológico escandinavo sustentado na afirmação de que um ordenamento jurídico é aceito de acordo com a consciência psicológica da população, ou seja, um direito vigente/aplicado levaria todos a agirem conforme um modelo padrão de conduta.

Para Ross (2003, p.41), há direito vigente quando as normas são reconhecidas como normas, sentidas como tais e aplicadas às necessidades sociais. A leitura do direito vigente centra-se na figura dos juízes e na sua aplicação do direito e ainda na obediência dos cidadãos, os quais irão agir não baseados no medo da sanção, mas de forma desinteressada com consciência da validade da norma. Em sua visão, o direito confere sentido às ações sociais,

deixando claro que o direito vai depender por um lado, do fenômeno, ou seja, da realidade e por outro lado, da normatividade que é a psicologia onde a sociedade entende o "dever ser".

Entende-se, portanto, que deve haver participação efetiva da sociedade na tomada de decisões que sejam afetas a seus direitos, permitindo sua conscientização.

Valendo dos ensinamentos de Habermas (1997, p 164):

> A ideia da autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no médium do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador. Após essa mudança de perspectivas, nós não podemos mais fundamentar iguais direitos de comunicação e de participação a partir de nossa visão. Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia.

No Brasil, a valorização da importância da participação popular nas decisões políticas, com outorga de validade ao direito em um país democrático, ocorre a partir da Constituição de 1988 em que alguns mecanismos foram projetados visando a tal participação popular. Estes vieram a se tornar símbolos da soberania popular, marcando assim o surgimento de um Brasil Democrático de Direito.

Num cenário em que no Brasil se vivia o fim da ditadura militar, erige-se a Carta Magna trazendo para o povo a possibilidade de exercitar o seu poder político. De início, de forma clara, assegura que o povo detém o poder, podendo exercê-lo através de representante ou de forma direta por meio do plebiscito, referendo e iniciativa popular.

O plebiscito refere-se a uma consulta ao povo de forma antecedente à determinada decisão do Governo. Quanto ao referendo, trata-se também de uma consulta ao povo, mas após a tomada de decisão de determinada ação, é que o governo submete tal decisão à população, restando ao povo aprovar ou rejeitar esta mesma decisão. Em relação à iniciativa popular de leis, trata-se de um mecanismo de participação do povo de forma direta, sem intermédio de representantes onde o povo elabora um projeto de lei que deverá ser apreciado pelo Poder Legislativo, devendo ser respeitados os pressupostos legais.

O sucesso destes mecanismos depende de uma educação que venha a possibilitar o acesso do cidadão de forma clara e eficaz, garantidor do fortalecimento de uma democracia participativa.

Fora da abrangência constitucional, surge a audiência pública como uma importante ferramenta que permite o diálogo entre o cidadão e o Poder Público, abrindo a oportunidade de

legitimação das decisões com participação popular, fundamental para democratização de assuntos que envolvam seu interesse. Assim, permite-se elucidação de dúvidas, fornecimento de opiniões e sugestões de melhores formas de administração.

Além de detentor dos direitos processuais, o cidadão, como parte interessada, tem direito de controlar o que é produzido, de se informar e de fazer alegações, fortalecendo o debate e a construção de novas opiniões conforme as aspirações da sociedade.

Traduzindo a essência do conceito de audiência pública, Moreira Neto (*apud* CAVALCANTE, 2007, p.2), aduz que:

> (...) audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, quando criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.

As audiências públicas são as mais utilizadas no Congresso Nacional, pois a cada dia alcançam os objetivos a que se proponham. A capacidade de informar, debater ideias e opiniões torna o processo de elaboração de leis consciente. Desta forma, é possibilitada à sociedade a obtenção de conhecimento e esclarecimentos sobre as formas da administração pública, sendo avaliada a conveniência, oportunidade e a intensidade de suas ações. Isto faz com que seja oportunizada efetiva interação entre o Poder Público e o cidadão, capacitando este para o acesso e exercício do seu poder estabelecidos pelos princípios democrático e de direito assegurados na Constituição.

Mediante tais considerações, verifica-se que as audiências públicas, permitidas pelo legislador desde 1999, despontam como importantes instrumentos para fortalecimento do diálogo entre os agentes públicos responsáveis pela concretização do direito. Isto decorre do fato de ser propiciada uma resposta satisfatória para a sociedade em questões complexas, possibilitando mediação entre o Mundo da Vida e os Sistemas, com eliminação da tensão entre facticidade e validade das normas com garantia de legitimação do Direito através do consenso entre as partes envolvidas.

## CONCLUSÃO

A não concretização de direitos fundamentais, núcleo da própria dignidade humana, torna-se algo inadmissível. Como exemplo deste seleto grupo encontra-se o direito à saúde,

compreendida como um direito fundamental social, já que previsto na Constituição Federal, cujo objetivo é a melhoria de vida das vastas categorias da população, contando com amparo constitucional tanto no que diz respeito à sua promoção através de políticas públicas, quanto à proteção quanto à sua efetivação.

O notável descaso quanto à efetiva oferta de saúde pública pelo Estado sob alegação de falta de recursos para seu financiamento, tem levado os indivíduos a demandarem o Judiciário visando proteção de seus direitos. Disto decorre um demasiado ativismo judicial condutor de uma crise institucional dos outros Poderes que se sentem ameaçados em suas respectivas competências. Surge daí a necessidade de se buscar mecanismos que possibilitem o devido respeito à necessária tripartição de poderes do Estado, respeitada pelo Constituinte.

Apresentou-se como importantes mecanismos de fortalecer a participação popular nas decisões políticas previstos pelo constituinte de 1988 envolvendo interesses da sociedade, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

Despontando como valioso instrumento garantidor do diálogo entre os cidadãos e o Poder Público, surgem as audiências públicas fora da abrangência constitucional. Estas permitem a legitimação das decisões ao contarem com a efetiva participação do povo na regulamentação de seus direitos, fato que vem a contribuir para o fortalecimento da democracia em um Estado Democrático de Direito.

Tais considerações conduzem ao entendimento de que o diálogo institucional tem sido compreendido como uma forma de solução tanto para a ameaça de invasão de competências como para a tensão entre facticidade e validade das decisões ao permitir a legitimidade destas normas ao serem fundadas em argumentos racionais e consensualmente acolhidos pelos destinatários.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16/05/17.

BRASIL. *Lei nº 1.920/53*. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1920.htm. Acesso em 16/05/17.

CAVALCANTE, João Paulo de Souza, 2007, p. 2. Disponível em https://jus.com.br/artigos/10279/as-audiencias-publicas-como-forma-de-participacao-popular-na-construcao-dos-atos-administrativos-complexos.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade, v.1; tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*; tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

SARLET, SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. *Poder Judiciário, "Positivação do Direito Natural" e Política.* Estudos Históricos. Rio de Janeiro. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewFile/2033/1172. Acesso em 16/05/17.