

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Roberta Pereira Leitão

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA REPERCUSSÃO E DA EFETIVIDADE DA
AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Santa Cruz do Sul, março de 2012

CIP - Catalogação na Publicação

Leitão, Roberta

Os direitos fundamentais sociais e a jurisdição constitucional brasileira: : Uma análise da repercussão e da efetividade da audiência pública da saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Roberta Leitão. – 2012.

154 f. ; 3 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2012.

Orientação: PhD. Mônia Clarissa Leal.

Coorientação: Prof. Dr. Rogério Luiz da Silva.

1. Jurisdição Constitucional. 2. Direito Fundamental à Saúde. 3. Amicus Curiae. 4. Audiência Pública. 5. Judicialização. I. Leal, Mônia Clarissa. II. da Silva, Rogério Luiz. III. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Roberta Pereira Leitão

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA REPERCUSSÃO E DA EFETIVIDADE DA
AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Pós – Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal
Co-orientador: Dr. Rogério Luiz Nery da Silva

Santa Cruz do Sul, março de 2012

Roberta Pereira Leitão

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA REPERCUSSÃO E DA EFETIVIDADE DA
AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL.**

Essa dissertação foi apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Pós - Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal,
Professor Orientador.

Dr. Leonel Severo da Rocha
Professor Convidado.

Dr. Clóvis Gorczewski
Professor Participante.

Santa Cruz do Sul, março de 2012

Aos meus pais, Lauro e Ana e ao meu avô Jayr;
Todo meu amor, minha admiração e meu agradecimento...

AGRADECIMENTOS

Eis que é chegada a hora tão ansiosamente aguardada e tão temida quando se empreende uma jornada acadêmica dessa envergadura. O momento de agradecer significa que a jornada, em fim, findou-se. Assim como uma mãe que gera e cria seus filhos para o mundo, mas os deseja sempre juntos de seu amparo, é o pesquisador quando traz à luz o fruto de seu trabalho. As mais profundas e misteriosas sensações se misturam e as palavras faltam, assim como o ar.

Mas é preciso seguir em frente, é preciso encontrar as palavras e é preciso agradecer.

A caminhada trilhada não foi fácil, nem serena, mas o gosto da vitória não seria o mesmo, não fossem as pedras no caminho.

Caminho este que teve início com mais uma das “conversas de mãe”, aconselhando a sua filha que aprofundasse o estudo, que fizesse mestrado e que no final tudo daria certo. Essa mãe não sabia, contudo, que a semente havia sido plantada há muito tempo, com o amor pela docência, pelo dom especial em fazer diferença na vida das pessoas através do conhecimento, com o exemplo vivenciado de dedicação incondicional a esse sacerdócio que é a arte de ensinar. A “conversa” foi o empurrão definitivo para ingressar nesse caminho. Assim, mãe, toda minha gratidão não é capaz de exprimir o orgulho que sinto por ti, talvez, quem sabe o meu amor.

Ao lado dessa mulher incrível, sempre apoiando e sendo apoiado, estive um homem que me sustentou nos momentos de fraqueza, que não mediu esforços para tornar esta e tantas outras caminhadas menos desgastantes e mais leves. A mais genuína forma de cuidado, zelo, atenção e proteção em forma de amor. Por tudo isso, pai, talvez, também somente o meu amor consiga exprimir o orgulho que sinto por ti.

A vida é de uma perfeição primorosa. Ao lado deste homem e desta mulher que me presentearam com ela, caprichosamente, ela colocou outro casal que ao longo dos anos, vem me acompanhando como verdadeiros pais. Pais que amparam, cuidam, protegem e, sobretudo, orgulham pelo exemplo de retidão, caráter e amor. Dr. Edison e Dona Cilce, meus pais adotivos, minha eterna gratidão.

E então a caminhada ganhou novos ares, um novo lar e uma nova escola... E esse “país das maravilhas” ou “terra do nunca” foi povoado por pessoas, anjos que seguiram comigo no caminho, amparando a cada queda, rindo e chorando, dividindo

as belezas colhidas pela trilha.

Santa Cruz do Sul e a Unisc foram minha nova terra, meu novo mundo encantado durante três felizes anos. Neste período ganhei, quem diria, um amigo-irmão mais novo, que com a grandeza e a generosidade de um menino me acolheu em sua casa, em sua vida e acredito que em seu coração. Felipe, Fê, não tenho como agradecer todo o cuidado, o carinho, a parceria e a amizade. Entraste definitivamente em minha vida e isso é irreversível, portanto, espero ter muito tempo para te dizer: muito obrigada.

Ganhei também uma irmã, que com quase nenhum esforço, transformou-se em minha cunhada. Ganhei uma irmã mais nova, mas que com sua maturidade, serenidade, delicadeza, sabedoria, dividiu comigo, entre muitos risos e algumas lágrimas, a dor e a beleza desse caminho. Meu orgulho por ti, Tássia, maninha, é incomensurável. Sem ti, não teria conseguido chegar até aqui. Enfim, como sempre dissemos: tudo dá certo no final. Sei que a nossa vida vai seguir em trilhas paralelas e que ainda vamos rir muito abraçadas. Por tudo o que compartilhamos, minha eterna gratidão.

Muitos amigos se perderam nesse caminho, muitos ficaram sem notícias e com a pesada sensação de ausência ao ouvir sempre a mesma afirmação: Não posso, tenho trabalhos do mestrado. A todos os meus amigos que paciente e silenciosamente torceram por mim, toda a minha gratidão.

Mas estranha é a caminhada. Ao passo que muitos amigos se distanciaram, outros se fizeram presentes, marcando de forma definitiva, sofrendo comigo, vibrando comigo, rindo e chorando quando o tudo parecia grande demais.

Agradeço às minhas comadres, amigas-irmãs, que me honraram com a dádiva da maternidade, ao dividir comigo esta incrível e abençoada responsabilidade de amar e educar uma criança. Dani e Lidi, muito obrigada por fazerem parte da minha vida. Flavinha e Ana Carolina, a dinda promete ser mais presente e motivo de orgulho para vocês.

Q.A.s – Queridas Amigas – Sil, Mari e Ju, vocês foram o meu superego durante esta caminhada, dizendo que existe vida além do mestrado e do trabalho. Sem a presença de vocês, que entraram de forma tão definitiva em minha vida, o caminho teria sido muito mais árduo e triste. Sei que ainda terei muito tempo para agradecer, mas todo o tempo do mundo será insuficiente. Muito obrigada pela presença constante em minha vida, pelas alegrias partilhadas e por toda compreensão nos momentos de

afastamento. Amo muito tudo isso!

E como não falar e agradecer às minhas primas amadas, Carol, Marta e Nina, por ordem de idade para não haver ciúmes. Sempre presentes na distância, sempre compartilhando as novidades, as noites de estudo, as festas, as preocupações e sempre afirmando quando as coisas não iam bem ou iam muito bem: beba e verás que a vida é outra, afinal. Gurias, amo muito vocês. Obrigada por tudo e voltem logo!

O caminho foi também composto por outras pessoas queridas, sem as quais, todo o encanto teria desaparecido. A turma de 2010, melhor turma de todos os tempos do Mestrado em Direito da Unisc, vai estar guardada para sempre em minha memória e meu coração. Muito obrigada a todos os colegas, em especial aos do Constitucionalismo Contemporâneo pelos momentos divididos e aprendizados compartilhados. Àqueles colegas, que hoje tenho a honra em chamar de amigos, saibam que a presença de vocês foi e continuará sendo um presente em minha existência.

Neste mundo encantado, meu abrigo acadêmico foi a Universidade de Santa Cruz do Sul, instituição a qual merece meu imenso agradecimento, pela calorosa acolhida e pela oportunidade em realizar meus estudos, minha pesquisa e aprofundar meu conhecimento nesta linda e louca jornada denominada Mestrado. Agradeço a todos os professores, na pessoa do Prof. Jorge Renato dos Reis, então coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Não poderia deixar de agradecer à minha mãe substituta em Santa Cruz do Sul, Rosana Fabra, que facilitou sempre de forma amorosa e competente os trâmites junto à Secretaria do PPGD e abriu mais do que as portas da sua casa para me receber, abriu as portas do seu coração. Todo o meu carinho e admiração!

Enfim, o caminho não teria seguido esta trilha se não fosse a atuação competente, inspiradora e doce da minha orientadora Prof. Mônia Clarissa Hennig Leal, que também como minha mãe acadêmica, amparou-me nos momentos de dificuldade e vibrou em minhas conquistas e vitórias. Sua paixão acadêmica inspirou a minha busca pelo conhecimento. E como lhe disse na primeira aula em que tivemos, repito agora: Um dia, quero fazer despertar em um aluno, a paixão inspirada em mim por sua aula. Trabalharei sempre sob essa inspiração. Meu profundo agradecimento.

Por todas as dádivas que recebi e por tudo que me foi permitido conquistar. Consciente de que o caminho está somente, e novamente recomeçando. Na ausência de melhores palavras, agradeço a todos que me dão a honra em dividir comigo esta

existência. Desejo que meu amor seja de tamanha magnitude capaz de retribuir a todo esse bem. Muito obrigada!

O ÚLTIMO DISCURSO

Sinto muito, mas não pretendo ser um imperador. Não é esse o meu ofício. Não pretendo governar ou conquistar quem quer que seja. Gostaria de ajudar – se possível – judeus, o gentio... negros... brancos.

Todos nós desejamos ajudar uns aos outros. Os seres humanos são assim. Desejamos viver para a felicidade do próximo – não para o seu infortúnio. Por que havemos de odiar e desprezar uns aos outros? Neste mundo há espaço para todos. A terra, que é boa e rica, pode prover a todas as nossas necessidades.

O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza, porém nos extraviamos. A cobiça envenenou a alma dos homens... levantou no mundo as muralhas do ódio... e tem-nos feito marchar a passo de ganso para a miséria e os morticínios. Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz abundância, tem-nos deixado em penúria. Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que de máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido.

A aviação e o rádio aproximaram-nos muito mais. A própria natureza dessas coisas é um apelo eloqüente à bondade do homem... um apelo à fraternidade universal... à união de todos nós. Neste mesmo instante a minha voz chega a milhares de pessoas pelo mundo afora... milhões de desesperados, homens, mulheres, crianças... vítimas de um sistema que tortura seres humanos e encarcera inocentes. Aos que me podem ouvir eu digo: “Não desespereis! A desgraça que tem caído sobre nós não é mais do que o produto da cobiça em agonia... da amargura de homens que temem o avanço do progresso humano. Os homens que odeiam desaparecerão, os ditadores sucumbem e o poder que do povo arrebataram há de retornar ao povo. E assim, enquanto morrem homens, a liberdade nunca perecerá.

Soldados! Não vos entregueis a esses brutais... que vos desprezam... que vos escravizam... que arregimentam as vossas vidas... que ditam os vossos atos, as vossas idéias e os vossos sentimentos! Que vos fazem marchar no mesmo passo, que vos submetem a uma alimentação regrada, que vos tratam como gado humano e que vos utilizam como bucha de canhão! Não sois máquina! Homens é que sois! E com o amor da humanidade em vossas almas! Não odieis! Só odeiam os que não se fazem amar... os que não se fazem amar e os inumanos!

Soldados! Não batalheis pela escravidão! Lutai pela liberdade! No décimo sétimo capítulo de São Lucas está escrito que o Reino de Deus está dentro do homem – não de um só homem ou grupo de homens, mas dos homens todos! Está em vós! Vós, o povo, tendes o poder – o poder de criar máquinas. O poder de criar felicidade! Vós, o povo, tendes o poder de tornar esta vida livre e bela... de fazê-la uma aventura maravilhosa. Portanto – em nome da democracia – usemos desse poder, unamo-nos todos nós. Lutemos por um mundo novo... um mundo bom que a todos assegure o ensejo de trabalho, que dê futuro à mocidade e segurança à velhice.

É pela promessa de tais coisas que desalmados têm subido ao poder. Mas, só mistificam! Não cumprem o que prometem. Jamais o cumprirão! Os ditadores liberam-se, porém escravizam o povo. Lutemos agora para libertar o mundo, abater as fronteiras nacionais, dar fim à ganância, ao ódio e à prepotência. Lutemos por um mundo de razão, um mundo em que a ciência e o progresso conduzam à ventura de todos nós. Soldados, em nome da democracia, unamo-nos!

Hannah, estás me ouvindo? Onde te encontrares, levanta os olhos! Vês, Hannah? O sol vai rompendo as nuvens que se dispersam! Estamos saindo da treva para a luz! Vamos entrando num mundo novo – um mundo melhor, em que os homens estarão acima da cobiça, do ódio e da brutalidade. Ergue os olhos, Hannah! A alma do homem ganhou asas e afinal começa a voar. Voa para o arco-íris, para a luz da esperança. Ergue os olhos, Hannah! Ergue os olhos!

Charles Chaplin – O Grande Ditador - 1940

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar a repercussão e a efetividade da utilização do instrumento da audiência pública, tomando-se como base, a audiência pública da saúde, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao implementar direitos fundamentais sociais, notadamente o direito fundamental à saúde. Os direitos fundamentais, especialmente os sociais revestem-se de grande complexidade não apenas em razão da natureza aberta de seus conteúdos, carentes de integração hermenêutica, por constituírem no Estado Democrático de Direito, princípios normativos objetivos axiológicos que irradiam seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, mas também em razão de demandarem, elevados custos à sua efetivação. Estas circunstâncias aliadas à crescente Judicialização da Política e ao Ativismo Judicial, determinados por profundas e diversas raízes, implicam um protagonismo judicial crescente, mormente, na efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, expandindo-se, a atuação da Jurisdição Constitucional, não apenas quantitativamente, mas materialmente, o que acaba por gerar tensão na relação mantida entre os Poderes do Estado. Nessa complexa configuração social e jurídica, surge a figura do *amicus curiae*, sendo sua espécie a audiência pública, como uma tentativa de democratização da Jurisdição Constitucional, a partir da abertura, arejamento do *locus* de interpretação Constitucional. Instauram-se desse modo as condições para que a hermenêutica constitucional seja procedida pela Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, idealizada por Peter Häberle, podendo representar um fator de equilíbrio ao protagonismo judicial. Busca-se verificar, a partir do arcabouço proposto, tomando-se fundamentalmente a audiência pública da saúde, se a sua realização efetivamente legitima democraticamente ou tão somente respalda a atuação da Jurisdição Constitucional, especialmente do Supremo Tribunal Federal. O tema escolhido enquadra-se na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, caracterizada por tentar compreender o fenômeno constitucional e suas nuances na busca da efetivação do catálogo diverso de direitos contido Magna Carta Pátria. Considerando-se que o tema proposto e a problemática que ele encerra são contingentes ao Constitucionalismo Contemporâneo Ocidental, adéqua-se e se justifica a inserção da presente pesquisa nesta linha. A metodologia adotada utiliza como método de abordagem o dedutivo; sendo os métodos de procedimento utilizados o histórico e o analítico. A técnica de pesquisa utilizada é a da documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, como a consulta em livros, periódicos e jurisprudências, estas especialmente versando sobre a matéria tratada na audiência pública da saúde realizada pelo Supremo Tribunal. Destarte, justifica-se a presente pesquisa não apenas pela atualidade e complexidade do objeto envolvido, mas também em razão da relevância em se verificar com maior acuidade a atuação da Jurisdição Constitucional Brasileira, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, à luz do que pode representar um processo de democratização para esta, devido ao seu inegável e crescente protagonismo, notadamente ao efetivar direitos fundamentais, incluindo os sociais.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; Direito Fundamental à Saúde, Direitos Sociais; Judicialização; Ativismo; *Amicus Curiae*; Audiência Pública; Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição.

ABSTRACT

This research aims at analyzing the repercussion and effectiveness of the use of public hearings, taking as basis the public hearings on health, in the jurisprudence of the Supreme Federal Court, to implement fundamental social rights, notably the right to health access. The fundamental rights, especially the social ones, are of great complexity not only due to the open nature of their contents, which lack in hermeneutics integration and constitute axiological, objective, normative goals in the Democratic State that radiate their effects throughout the whole legal system, but also due to the high costs of their implementation. These circumstances coupled with the increasing Judicialization Policy and Judicial Activism, determined by deep and diverse roots, imply an increased judicial role, especially in the enforcement of fundamental rights, especially social ones, expanding the role of the Constitutional Jurisdiction, not only quantitatively, but materially, which ultimately generates tension in the relationship maintained between State Powers. In this complex social and legal setting, the *amicus curiae* role emerges, as an attempt to democratize the Constitutional Jurisdiction with the opening of the locus of constitutional interpretation. Thus, the conditions for the constitutional hermeneutics are established to be preceded by the Open Society of Interpreters of the Constitution, created by Peter Häberle, which may represent a balancing factor to the judicial role.

This research aims at verifying, using the proposed framework and considering mainly the public hearings on health, if the implementation of these hearings are effectively democratically legitimized or if it solely supports the role of Constitutional Jurisdiction, especially the Supreme Court. The chosen topic fits into the line of research of Contemporary Constitutionalism, characterized by the attempt to understand the constitutional phenomenon and its nuances in the pursuit of the realization of the diverse catalog of rights contained in the Magna Carta. Considering that the proposed topic and the issues it contains are contingent on Contemporary Western Constitutionalism, the inclusion of the current research in this line is justified. The methodology used is the one of deductive approach, and the methods of procedure used are historical and analytical. The research technique used is that of indirect documentation through the literature, as the consultation of books, journals and jurisprudences, especially those on the subject under discussion at the hearings on health held by the Supreme Court. Thus, this research is justified not only by the currentness and complexity of its theme, but also due to its relevance to more accurately verify the performance of the Brazilian Constitutional Jurisdiction, especially the Supreme Court, considering what a democratization process may represent, due to its undeniable and growing role in ensuring fundamental rights, including the social ones.

Keywords: Constitutional Jurisdiction; Fundamental Right to Health, Social Rights; Judicialization, Activism, *Amicus Curiae*, Public Hearing, Open Society Interpreting the Constitution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ORDEM DEMOCRÁTICA	21
2.1 O papel da Jurisdição Constitucional na concretização dos direitos fundamentais sociais – uma análise evolutiva.....	21
2.2 Judicialização e ativismo judicial – consequências da concretização dos direitos fundamentais sociais.....	43
2.3 A repercussão da concretização dos direitos fundamentais a partir da jurisdição constitucional na relação com os demais poderes.....	58
3. A DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CONTRAPESO AO PROTAGONISMO JUDICIAL.....	68
3.1 A problemática da implementação dos direitos fundamentais sociais a partir da necessidade de completude de seus enunciados em uma ordem de direito democrática: a relevância dos argumentos e de um amplo debate como sucedâneo de suas características.....	68
3.2 A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição de Peter Häberle (fundamento/instrumento da democratização da Jurisdição Constitucional).....	81
3.3 A audiência pública como instrumento de democratização de decisões judiciais na busca de uma Jurisdição Constitucional aberta, como possível contrapeso ao protagonismo judicial.....	93
4. A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA REPERCUSSÃO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO E/OU RESPALDO DAS DECISÕES RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE.....	102
4.1 Análise do procedimento da audiência pública nº 04 – denominada Audiência Pública da Saúde - realizada no Supremo Tribunal Federal.....	102
4.2 Análise das manifestações jurisprudenciais envolvendo a efetivação do direito social à saúde no Supremo Tribunal Federal, correlatas à Audiência Pública da Saúde, com foco nos aspectos econômicos e impactos financeiros considerados nas decisões.....	114

4.3 Análise da efetividade das manifestações/argumentos aduzidos nas audiências públicas nas decisões relativas ao direito à saúde e da repercussão do instrumento da audiência pública como fator de legitimação e/ou respaldo das decisões do Supremo Tribunal Federal, a luz da Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição.....	125
4.3.1 Decisões que efetivamente mencionam a Audiência Pública de Saúde	126
4.3.2 Decisões que não consideraram os argumentos aduzidos em sede da Audiência Pública da Saúde.....	132
5. CONCLUSÃO.....	141
6. REFERÊNCIAS.....	147

1. INTRODUÇÃO

A conformação contemporânea do Estado Democrático de Direito, marcado por uma sociedade díspar, plural e multifacetada, evidencia contingências históricas, agravadas com o decurso do tempo, distintas a partir da ampliação do papel do Estado e da Constituição. Aquele passa a ser fundado em bases democráticas, inspiradas pelo ideal objetivo de proteção e preservação da dignidade da pessoa humana através da implementação e efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os direitos sociais, visando à consecução de uma igualdade material e inclusão social.

A Constituição encarna uma conotação cultural, visão, essa, esboçada no pensamento de Peter Häberle, que a entende como resultado da vivência dos cidadãos sendo elemento de formatação da ordem social e por ela fundada. Nessa nova ordem destaca-se o papel da Jurisdição Constitucional atuando no sentido de efetivar os direitos fundamentais constitucionais que são compreendidos como tendo caráter objetivo e principiológico, inspirando todo o ordenamento jurídico pátrio, enquanto metavalores, mandados de otimização.

A atuação jurisdicional que pressupõe uma interpretação construtiva, em virtude da abertura dos dispositivos constitucionais, propicia inúmeras críticas e questionamentos no que pertine à sua legitimidade, uma vez que o Poder Judiciário passa em certa medida, a desempenhar funções que *prima facie*, seriam atribuições de competência, dos demais Poderes do Estado – Executivo e Legislativo.¹

Entre as principais críticas à atuação da Jurisdição Constitucional, encontra-se, a de que esta ao judicializar política pública, muitas vezes assumindo uma atitude mais pró-ativa, não raro, denominada de ativismo judicial, fere em especial o Princípio Democrático, vez que inexistente, no Poder Judiciário legitimidade popular. Surge nessa contenda, como possível alternativa à efetiva e inafastável atuação jurisdicional, a Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, desenvolvida por Peter Häberle, afirmando a Constituição como fenômeno cultural vivo, por um número ampliado e não restrito de atores, o que possibilita a democratização do processo de hermenêutica constitucional. Seguindo essa linha teórica, a Jurisdição Constitucional

¹ A título exemplificativo, quando o Judiciário atua diretamente na regulação de políticas públicas (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175/2010, oriundo do Ceará), substituindo o Poder Executivo; ou, quando atua como que substituindo o legislador em sua função típica, ao traçar regras que excedem os limites do caso concreto, fazendo as decisões judiciais às vezes de norma geral e abstrata (Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar- ADIMC-2381/RS).

Brasileira, em especial, o Supremo Tribunal Federal, vem atuando com iniciativas no sentido de ampliar institucionalmente, os instrumentos de abertura e de participação dessa sociedade aberta de intérpretes, através de institutos como o *amicus curiae* e considerada como sua espécie, as audiências públicas.

É a partir desse contexto que se delinea o questionamento norteador do presente trabalho: Se e em que medida o procedimento da audiência pública, utilizado como forma de democratização de decisões judiciais, à luz da teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição de Peter Häberle, conferindo legitimidade e/ou respaldo à atuação do Supremo Tribunal Federal, repercute e vem sendo efetivo nas decisões que envolvem a concretização do direito fundamental social à saúde – enquanto direito notadamente complexo – e até que ponto é possível afirmar-se que a audiência pública representa um contraponto ao protagonismo judicial, tomando-se em análise a audiência pública da saúde.

Tomando-se o questionamento norteador como parâmetro, o presente trabalho tem como objetivo central analisar se a utilização do instrumento da audiência pública, denotadamente a da saúde, pela Suprema Corte Brasileira repercute efetivamente em sua jurisprudência, atuando como forma de democratização da Jurisdição Constitucional, mormente na implementação do direito fundamental social da saúde, a partir da Carta Magna de 1988, legitimando e/ou respaldando tal atuação, representando um possível contraponto ao protagonismo judicial à luz da teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição de Peter Häberle.

No caminho trilhado à consecução do objetivo geral da pesquisa, buscando-se responder à problematização proposta, o presente trabalho vem desdobrado de modo a alcançar os seguintes objetivos específicos: a) Apontar o papel da Jurisdição Constitucional na concretização dos direitos fundamentais, identificando as diferenças entre a judicialização e o ativismo judicial, enquanto consequências da concretização dos direitos fundamentais; b) Analisar a repercussão da concretização dos direitos fundamentais e da judicialização na relação com os demais poderes, frente ao princípio da democracia; c) Buscar identificar a necessidade de democratizar a Jurisdição Constitucional, a partir do arcabouço teórico da Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição Häberleana, caracterizando-a como um possível contraponto ao protagonismo judicial; d) Averiguar o papel do instituto da audiência pública, como instrumento de democratização de decisões judiciais na busca de uma Jurisdição Constitucional aberta, como possível contraponto ao protagonismo judicial,

face à necessidade de conferir completude aos enunciados dos direitos fundamentais, em especial os sociais, possibilitando a sua implementação, e; e) Averiguar a utilização do instrumento da audiência pública pela Suprema Corte Brasileira e sua repercussão como fator de legitimação e/ou respaldo das decisões, na implementação dos direitos fundamentais sociais.

Delineado o horizonte do trabalho no que respeita ao seu questionamento norteador e objetivos, infere-se que este vem justificado por sua temática e inserção na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo onde foi desenvolvido.

Mais especificamente, a pesquisa envolvendo a temática apresentada, justifica-se pelo fato de que a prestação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito Brasileiro, incluindo os direitos sociais e mais especialmente ainda, o direito à saúde, demanda efetiva e ativa atuação do Poder Judiciário, em especial da Corte Constitucional, com o fim de garantir a proteção da dignidade da pessoa humana.

A judicialização das políticas públicas e muitas vezes uma atitude mais pró-ativa da Jurisdição Constitucional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, ao efetuar, em certa medida, funções que, *prima facie*, são de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, implica, a ela, ferrenhas críticas, fulcradas, no que se convencionou denominar, doutrinariamente, como “dificuldade contramajoritária”.

Faz-se, desse modo, necessária a abertura da interpretação da Constituição em razão da pluralidade e complexidade da sociedade hodierna, que está a exigir integração de conteúdo aos direitos fundamentais postos constitucionalmente, tendo como fim último a dignidade humana. Visando arejar a Jurisdição Constitucional, a Suprema Corte Brasileira vem fazendo uso de institutos democratizantes da hermenêutica constitucional, como o *amicus curiae lato sensu* e sua espécie, as audiências públicas.

Urge referir, ademais, justificar-se o estudo proposto, face ao fato de que apesar desta prática de democratização e abertura da Jurisdição Constitucional a partir dos instrumentos do *amicus curiae* – audiências públicas, estar se tornando mais e mais comum, ainda não há estudos científicos que analisem, com seriedade, os impactos e a efetividade desses movimentos de abertura e de informação nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

No que concerne ao desenvolvimento do estudo inserido na linha de pesquisa do constitucionalismo contemporâneo, considerando que a Jurisdição Constitucional e sua atuação numa perspectiva democrática constituem elementos fundamentais na

noção de Estado Democrático de Direito, sendo sua tarefa precípua a interpretação e integração da Constituição vista como fruto de uma ciência cultural, bem como, que tal atuação visa à efetivação e concretização dos direitos fundamentais, o presente trabalho encontra-se plenamente ancorado na linha de pesquisa em que está inserido, qual seja, o Constitucionalismo Contemporâneo, que tem por elementos centrais a busca da compreensão do fenômeno constitucional em seu aspecto de consolidação jurídica de garantias próprias de uma sociedade altamente complexa, em razão da pluralidade normativa que lhe é própria.

Uma vez estabelecidas as premissas materiais da abordagem ao tema, impõe-se referir acerca da metodologia adotada. Considerando que o presente trabalho possui natureza bibliográfica, adota-se, para sua realização, como método de abordagem, o dedutivo, partindo do pressuposto de sua definição clássica, eis que a pesquisa se inicia com a análise de elementos fundamentais, como a Jurisdição Constitucional, seu enquadramento, papel e atuação na ordem democrática, perpassando pelos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial e pela repercussão da implementação dos direitos sociais via jurisdição, com relação aos demais poderes, seguindo na seara da necessidade de democratização da Jurisdição Constitucional através de uma abertura hermenêutica, para, em seguida particularizar a abordagem, através da análise criteriosa e pormenorizada dos aspectos constitutivos das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, a fim de averiguar, se estes procedimentos efetivamente atuaram como instrumentos de abertura e arejamento das decisões da Suprema Corte, influenciando e/ou, tão somente respaldando sua jurisprudência. Utiliza-se, como método de procedimento, o histórico e o analítico, pois são verificados os aspectos históricos que contribuíram para o surgimento e conformação dos fenômenos abordados, sua evolução e seus reflexos não apenas na formatação do Estado Democrático de Direito Brasileiro, mas na sua organização social e na consecução de seus fins, quais sejam um crescimento equilibrado com o desenvolvimento e proteção do ser humano. Quanto à técnica de pesquisa, emprega-se a da documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, como a consulta em livros, periódicos e jurisprudências, estas versando especificamente sobre a matéria tratada na Audiência Pública da Saúde realizada pelo Supremo Tribunal, bem como das decisões proferidas pela Corte após esse fato.

Apresentado o delineamento da pesquisa como um todo incumbe referir que

esta vem organizada em três capítulos. O primeiro capítulo traça um panorama da Jurisdição Constitucional inserida na ordem democrática, iniciando por sua formação e amadurecimento entrelaçada à própria história do Estado e dos direitos fundamentais, em uma perspectiva evolutiva, para em seguida, enfrentar as contingências que decorrem de sua atuação na implementação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, investigando os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, encerrando-se com os efeitos desses aspectos na relação estabelecida pelo Poder Judiciário com os demais Poderes – Executivo e Legislativo.

O segundo capítulo versa sobre a democratização da jurisdição como contraponto ao protagonismo judicial. Inicia-se com a apresentação da complexidade e problemática representada pela implementação dos direitos fundamentais, incluindo e com destaque os sociais, no contexto do Estado Democrático de Direito, face à natureza ampla e aberta do texto normativo constitucional que encerra estes direitos. Em seguida, reforça-se a idéia de abertura da interpretação constitucional, sendo a Constituição, vista como um produto cultural ao se apresentar a Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição idealizada por Peter Häberle. Finaliza-se este capítulo com a análise e caracterização da figura do *amicus curiae* e mais especificamente da audiência pública, como instrumentos de abertura e democratização da Jurisdição Constitucional no sentido de significar um possível contraponto ao protagonismo judicial.

Finalizando, apresenta-se o último capítulo com a descrição do procedimento da Audiência Pública da Saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal em março e maio do ano de 2009, referindo-se as principais manifestações nela aduzidas. Sequencialmente, traz-se uma análise da jurisprudência produzida pela Corte Suprema, nas ações envolvendo direito à saúde, traçando-se como limite temporal, o término da Audiência Pública da Saúde. Finalmente, encerra-se a presente pesquisa com uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal selecionada, perquirindo, se e em que medida, as considerações nelas constantes acerca das conclusões levantadas em sede da Audiência Pública da Saúde, efetivamente legitimam ou, tão somente, respaldam a atuação da Suprema Corte, em uma perspectiva de abertura e democratização.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ORDEM DEMOCRÁTICA

2.1 O papel da Jurisdição Constitucional² na concretização dos direitos fundamentais sociais – uma análise evolutiva

O constitucionalismo contemporâneo³ vem se deparando com o acirramento de uma de suas mais debatidas e complexas problemáticas: a legitimidade da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais, incluindo os sociais.

A conformação do Estado Democrático de Direito fundado em pilas como um texto constitucional consagrador dos direitos fundamentais na condição de princípios irradiadores do ordenamento jurídico e da vida social; o robustecimento da força normativa da Constituição⁴, a redemocratização⁵ e a assunção da dignidade humana como valor basilar e dever primeiro de toda organização estatal e social, implicam uma proeminência na atuação da Jurisdição Constitucional, desequilibrando, mais uma vez o eixo entre os poderes do Estado⁶.

² Seguindo a orientação de BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.”

³ No pensamento de Luigi Ferrajoli em SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 25, uma correspondência para constitucionalismo: “el constitucionalismo corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración del paradigma positivista clásico.”

⁴ Idéia apresentada por HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

⁵ A redemocratização se fortalece com o final da Segunda Grande Guerra e seus eventos nefastos no continente europeu, sendo mais tardia na América Latina, que enfrentou regimes totalitários e ditatoriais nas décadas de 60, 70 e 80, quando então, inicia-se a fase de abertura e retomada democrática. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. e BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.9. p. 2-41, março/abril/maio. 2007.

⁶ Como se explicitará na sequência do trabalho, o equilíbrio entre os poderes estatais – Executivo;

Hodiernamente é imanente ao Estado Democrático de Direito, composto por uma sociedade plural e complexa de indivíduos com interesses muitas vezes conflitantes, porém amparados e protegidos pela ordem jurídica, uma ampla e efetiva proteção e realização dos direitos fundamentais, ancorados na dignidade da pessoa humana, bem como o reconhecimento de um direito de igualdade material, vedando qualquer espécie de discriminação. Cabe, assim, ao Direito a função de potencializar as diferenças existentes, construindo uma igualdade nas diferenças; e à Constituição, dentre outras coisas, garantir a estabilidade e convergência aos atores sociais.

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais, incrustados nos textos das constituições, têm sua natureza alterada, conformando-se em princípios informadores de todo o ordenamento jurídico e da vida social, sendo, pois, sua efetivação, a necessária ferramenta promotora de uma sociedade equilibrada, justa, igualitária, fundada sobre as bases do princípio parametrizante da dignidade humana.

A forma de organização política, jurídica e social dos Estados deita suas raízes no absolutismo, a partir dos Estados-Nação, sendo que a noção de Estado de Direito surge com a formação do Estado Liberal, evoluindo ao longo dos séculos e desembocando em sua feição democrática com a qual convivemos hodiernamente. Muitos institutos que se verificam na atual conjuntura democrática dos Estados identificam-se com seu nascedouro, em especial a doutrina da tripartição dos poderes⁷ (anterior ao Estado Liberal de Direito) e a proteção aos direitos humanos, primeiramente em um viés declaratório – Declaração dos Direitos do Homem⁸, eis que as Constituições eram mais diretamente dirigidas aos Estados, restando a proteção a estes direitos submetida ao seu reconhecimento pela lei, segundo o princípio da supremacia legislativa, para somente em um momento histórico ulterior, haver uma

Legislativo e Judiciário – tende ao desequilíbrio em favor de um ou outro, dependendo da conformação, liberal, social e/ou democrática que o Estado de Direito assume ao longo de sua história evolutiva.

⁷ Teoria desenvolvida por Montesquieu a qual preconiza que o poder em um Estado deve ser partido em três, sendo todos de igual hierarquia, independentes, harmônicos e equilibrados entre si. Não obstante a formação idealizada por Montesquieu jamais tenha ocorrido, nos exatos moldes por ele pensados, ao longo da história evolutiva do Estado de Direito, ela se faz presente nos Estados contemporâneos, sendo explícita no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, com *status* de Princípio Fundamental, em seu artigo 2º. Para uma análise mais abrangente: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, promulgada na França declarava em seu preâmbulo que, “a ignorância, o esquecimento e o desprezo aos direitos naturais do homem são as únicas causas das infelicidades do mundo, dos males públicos e da corrupção dos governos.” GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania*: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p.120-123, passim.

sedimentação dos direitos fundamentais como normas constitucionais principiológicas, incluindo os direitos sociais, mais precisamente, na Europa, em seguida ao final do segundo Pós-Guerra.⁹

A relação entre estes institutos conformadores da organização política, social e jurídica do Estado não vem se revelando tranquila¹⁰ ao longo do tempo, sendo que, a ascensão de um viés complexo pelas estruturas sociais, econômicas e estatais evidencia contingências decorrentes, como o acirramento da problemática na efetivação de direitos fundamentais, especialmente os sociais pelo Estado, refletindo na relação entre os Poderes Estatais.

A fim de que se possa empreender um estudo mais aprofundado sobre essas imbricadas inter-relações, é necessário, fazer uma retomada histórica de desenvolvimento da figura moderna denominada Estado de Direito¹¹, bem como da

⁹ Não raras vezes, nas mais abalizadas doutrinas nacionais e estrangeiras, encontram-se impropriedades conceituais acerca do que se entende por direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais. Por questões práticas e metodológicas, esclarece-se que no desenvolvimento do presente trabalho, se convencionou utilizar as definições assumidas e propostas por Ingo Wolfgang Sarlet, entendendo-se por direitos fundamentais aqueles incluídos nos textos constitucionais e direitos humanos os incluídos nos tratados e declarações internacionais. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁰ Faz-se referência ao termo “tranquilo” na acepção de estado de ordem, calmo e equilibrado.

¹¹ Böckenförde apresenta uma excelente evolução histórica do Estado de Direito e Constituição aduzindo que o Estado Liberal, primeira forma do Estado de Direito, tem seu núcleo fundado em garantir a liberdade e a propriedade dos cidadãos, subjugando-os à égide da lei, garantindo, especialmente a igualdade formal, pela qual, todos são iguais perante a lei e perante o tratamento estatal. Surge nesse conceito ainda formal de Estado de Direito a necessidade de se submeter também o atuar do Estado aos preceitos legais, nascendo uma legislação voltada para a Administração, ou seja, um Direito Administrativo, a fim de garantir o bem comum e manter intocadas as liberdades civis, uma vez que a Administração Pública não pode intervir na esfera da liberdade do indivíduo nem contra uma lei (*contra legem*), nem sem base legal (*praeter legem* ou *ultra legem*). A formalidade e o positivismo dessa fase do Estado de Direito também se demonstram, conforme o autor, na onipotência jurídica do legislador, representante do Poder Estatal em evidência nesse momento histórico. Todavia, esse Estado de Direito Liberal, sopesando severamente as liberdades individuais e mantendo o Estado à distância, bloqueando com preceitos legais a atuação estatal na vida social, acabou por gerar inúmeras desigualdades sociais materiais, eis que as pessoas, ainda que tratadas da mesma forma pela lei geral, não eram efetivamente iguais social e economicamente. A liberdade de apropriação determinou o enriquecimento de alguns e o severo empobrecimento de muitos que passavam a precisar de proteção efetiva. Outro fato que levou a transição do Estado de Direito Liberal ao Social, foi a configuração social e jurídica do pós-guerra, quando restou evidente a necessidade de um agir do Estado para minimizar as mazelas sociais deixadas pela guerra, bem como recriar e fortalecer a democracia em um Estado que tinha sido assolado pelo autoritarismo, permitido pela conotação do Estado de Direito Liberal. Essa nova realidade obrigou o Estado de Direito a evoluir não apenas reconhecendo os direitos fundamentais dos cidadãos incluídos nos Textos Constitucionais, mas ampliando-os e garantindo sua efetivação através de uma interpretação mais extensiva de seus conteúdos. Segundo o autor, desse modo o Estado não reduz ou renuncia a sua liberdade própria de Estado de Direito, mas tão somente, cria os pressupostos sociais desta mesma liberdade para todos, suprimindo as desigualdades sociais. Essa transformação acarreta consequências até hoje na atuação dos Tribunais Constitucionais, nas palavras de Böckenförde, ao aduzir que se dirigem primeiramente ao legislador como elaborador da norma e em seguida à sociedade e Estado como destinatários. Outra alteração de suma relevância no conceito de Estado formal de Direito para o Estado Material de Direito, conforme o autor dá-se na Alemanha após

noção de Constituição enquanto Carta Política dessa ordem social.

A Constituição enquanto Carta Política regulamentadora da vida social e função do Estado é uma conquista moderna. Apesar dos registros históricos ingleses do século XIII, com a Carta de João Sem Terra de 1215, é somente nos séculos XIV à XVIII que o mundo testemunha alterações significativas na ordem econômico-social com a decadência do modelo feudal, cedendo lugar à organização social e econômica moderna, sob a influência do arcabouço filosófico liberal, inspirado no iluminismo, ensejando o surgimento de regras cogentes, vinculantes ao Estado, que tutelassem e assegurassem as conquistas alcançadas por específicas camadas sociais, leia-se, a burguesia emergente.¹²

No cenário histórico evolutivo da transição da idade feudal para a idade moderna, abandona-se a conformação de modo de produção e organização social feudal, eminentemente agrária, sociedade organizada em estamentos, (clero, nobreza, servos-vassallos), território fragmentado e poder político descentralizado nas mãos dos senhores feudais, passando, tal poder, na transição da Baixa Idade Média à Idade Moderna, às mãos dos soberanos, com a unificação dos antigos reinos, em uma nova forma organizativa, qual seja, o Estado Nacional.¹³

O mercantilismo crescente proporciona a formação de uma nova classe social, formada pelos comerciantes e sequencialmente pelos industriais (proprietários dos meios de produção – sobretudo a partir da Revolução Industrial), que passa a viver nos “burgos” (cidades insipientes, centros comerciais) angariando grande poder econômico, denominando-se burguesia.¹⁴

Diante dessa alteração dos meios de produção e da sociedade, o Estado Absolutista, marcado pelo Antigo Regime, fundado sobre as bases de uma sociedade feudal, discriminatória, onde vigorava o teocentrismo – crença de que o poder

o final da República de Weimar, quando se passa a entender que o Estado está vinculado a determinados valores e princípios superiores ao Direito, passando a Constituição a assumir o papel de positivadora dos valores fundamentais da sociedade, abandonando seu caráter de simples limitadora do poder do Estado e organizadora da formação política de vontade e de exercício do poder. A Constituição passa a ser entendida como uma “ordem objetiva de valores”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 17-46.

¹² Para maiores reflexões: LEAL, Rogerio Gesta. *Constituição e Cidadania no Brasil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigo.asp?codigo=644>. Brasil, 2005, Acesso em: 21 de Agosto de 2010. e COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹³ BURNS, E. M.; LERNER, R. E.; MEACHAN, S. *História da Civilização Ocidental: do homem da caverna às naves espaciais*. v. 2. 30 ed. São Paulo: Globo, 1993. p. 403-719, passim.

¹⁴ BURNS, E. M.; LERNER, R. E.; MEACHAN, S. *História da Civilização Ocidental: do homem da caverna às naves espaciais*. v. 2. 30 ed. São Paulo: Globo, 1993. p. 403-719, passim.

emanava diretamente de Deus, sendo o Soberano, o representante Dele na terra, – acaba por ruir definitivamente frente às Revoluções Burguesas, especialmente a Francesa e a Americana.¹⁵

Os movimentos revolucionários burgueses foram inspirados especialmente pelas teorias do Humanismo, Antropocentrismo, Liberalismo e Racionalismo¹⁶ as quais preconizavam a retirada do poder das mãos do soberano, eis que, tal poder não mais era visto como uma decorrência divina, senão como uma criação de homens racionais e livres do mesmo modo que o Estado. Essas teorias configuram o arcabouço filosófico que fundamentou e criou as condições epistemológicas para o advento das Revoluções Liberais Francesa e Americana.¹⁷

Sob a ótica liberal, o Estado passa a ser visto como uma criação humana, e não divina, onde a liberdade deve ser a máxima para os indivíduos e a exceção para aquele.¹⁸ A intervenção do Estado na sociedade e nos direitos dos cidadãos passa a

¹⁵ BURNS, E. M.; LERNER, R. E.; MEACHAN, S. *História da Civilização Ocidental: do homem da caverna às naves espaciais*. v. 2. 30 ed. São Paulo: Globo, 1993. p. 403-719, passim.

¹⁶ ANTROPOCENTRISMO: Com o surgimento de novas condições de vida uma cultura diferente, de caráter humanista (valorização do homem e suas obras), laica e antropocêntrica (colocação do homem como centro do Universo), começou a nascer. É ao aparecimento e ao desenvolvimento dessa cultura que atribuímos o nome de Renascimento; RACIONALISMO: A inspiração dos renascentistas, na cultura greco-romana, não significou mera imitação, pois as condições históricas imperantes na Antiguidade Clássica e na passagem da Idade Média à Idade Moderna eram completamente diferentes. Ela serviu como base para uma visão de mundo mais racional, que colocava o homem não apenas no papel de criatura, mas também de criador. O termo renascimento foi difundido pelos próprios renascentistas, que, no afã de lutar contra tudo o que fosse medieval, chamavam a Idade Média de Idade das Trevas, período, segundo eles marcado pelo obscurantismo e pela ignorância; LIBERALISMO: É uma corrente econômica liderada por Adam Smith e David Ricardo que afirmavam que a economia deveria se guiar por si mesma, sem qualquer restrição ou regulamentação, norteando-se apenas na lei da oferta e da procura. Essa lei natural era a mão invisível que dirigia a economia, evitando suas crises. Normalmente, a economia tenderia para um ponto de equilíbrio entre a oferta e a procura. CÁCERES, Florival. *História geral*. 4. ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: Moderna, 1996. p. 460-466, passim.

¹⁷ LEAL, Rogerio Gesta. *Constituição e Cidadania no Brasil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigo.asp?codigo=64>, Acesso em: 21 de Agosto de 2009. “Os movimentos da Revolução Inglesa de 1688, Americana de 1776 e a Francesa de 1789, sem dúvida alguma trouxeram os ingredientes suficientes à tomada de posição de alguns setores da sociedade pela exigência de instrumentos mais formais e objetivos que garantissem o estabelecimento das regras do jogo no âmbito da produção de bens e capitais, bem como regulassem os termos de mobilidade social e política dos indivíduos no centro de um novo mercado econômico que se formava”.

¹⁸ Influenciaram a concepção dos Estados Nacionais incipientes, as ideologias contratualistas, de Hobbes, Locke e Rousseau acerca da formação do Estado, origem do poder, contrato social e liberdade do ser humano. Cumpre salientar, contudo, que se toma a lição contratualista de Hobbes como inspiradora do Estado Nacional, não exatamente com a conotação de Estado Liberal, eis que se reconhece em seu pensamento, em certa medida, a fundamentação do Estado Absolutista. HOBBS, Thomas. *Leviathã*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.; LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa; Org. Igor César F. A. Gomes. [Sl.]: Vozes. ebook. disponível em: < <http://www.scribd.com/doc/3270708/Clube-do-Livro-Liberal-John-Locke-Segundo-Tratado-Sobre-o-Governo-Civilebook>>, acessado em 09 de setembro de 2010.; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Também: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 35: “Porque lógicamente entre los individuos y el poder político habría de existir alguna relación, y es aquí donde

ser restrita e regulada sob a matriz do liberalismo econômico, acreditando-se que a não-intervenção proporciona um equilíbrio natural garantido e mantido pela “mão Invisível do mercado”.¹⁹

Uma vez no poder, fez-se necessário, à classe burguesa, uma criação engenhosa capaz de garantir e efetivar seus direitos, impondo-os ao Estado. Nenhuma outra forma pôde calhar mais ao caso do que a lei²⁰, fruto do racionalismo humano, uma vez que o texto legal é produção do Parlamento (representativo). Imperioso, porém, se fazia fomentar uma lei capaz de subjugar também o Estado (nesse sentido, já rumando para a noção de Estado de Direito) à sua aplicação e ao seu conteúdo, passando-se a ver na Constituição – formal e rígida – a resposta para tal necessidade.²¹

aparece un segundo factor que será capital: la versión de la teoría del contrato social que se divulga en los siglos XVII y XVIII y cuya consecuencia directa es la concepción artificial, individualista e instrumental de las instituciones: el poder político deja de ser una realidad natural, el fruto de los designios divinos o el resultado de pactos e compromisos que se pierden en la noche de los tiempos y que asignan a cada grupo su lugar y función en el seno de una comunidad orgánica, para convertirse en un artificio, en una obra de individuos aislados que, guiados por su propio interés, deciden constituir el Estado con el propósito de obtener determinados fines u objetivos. Esta gran transformación se explica a partir del proceso de secularización del Derecho natural que sigue la ruptura de la unidad religiosa en Europa; la secularización conduce al racionalismo e este desembocara en el contrato social.”

¹⁹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Também em LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17-18.

²⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 12 “O princípio da legalidade expressa, portanto, em geral, a idéia da lei como ato normativo supremo, ao qual não é oponível, em princípio, qualquer direito mais forte, qualquer que seja o seu fundamento: nem o poder do rei, em nome de uma superior “razão de Estado”, nem a resistência por parte dos particulares ou a sua inaplicação, por parte dos juízes, em nome de um direito mais alto (direito natural ou tradição).” Também: GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 9. “Somente quando a ampla reivindicação de direção do Estado monárquico absolutista teve que ceder lugar às concepções de ordem da burguesia, voltou a haver restrições à disposição política sobre o direito. Uma vez que a burguesia partia do pressuposto de que a sociedade só poderia se regulamentar se seus membros estivessem face a face de forma igualitária e livre, ela necessitava do direito apenas como garantia de igual liberdade individual. Por outro lado, deviam ser evitadas obrigações legais que contradiziam a autonomia social. [...] A pretendida limitação da disposição política sobre o direito só podia ser novamente alcançada por intermédio do direito. Esse direito devia ser superior ao direito estabelecido, mas não podia ser válido como suprapositivo. A solução para o problema foi oferecida pela Constituição.”

²¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5. “A Constituição, enquanto documento jurídico de organização do poder é uma “invenção” moderna. Ela nasce com a pretensão de vinculação do poder ao Direito, numa clara (e maquiavélica) tentativa de consolidação das conquistas alcançadas e pretendidas pelo triunfo burguês da Revolução Francesa, razão pela qual não é por menos que devemos aos humanistas franceses a construção e o desenvolvimento de nossas principais instituições jurídicas e políticas, todas herdadas da modernidade.” Também: LEAL, Rogerio

Instaura-se desse modo, o Estado de Direito, sendo sua organização e da sociedade, estabelecida pela lei com seu caráter de generalidade²² e segurança, assumindo a Constituição, hierarquia superior no sistema legislativo, como instrumento fixador do poder político (Constituição como lei voltada ao Estado). No sentido de atender aos interesses burgueses, há também, a necessidade de reelaboração das noções e instrumentos protetivos das liberdades e garantias individuais, que são, pela primeira vez, inscritas no texto constitucional aparecendo como limitações ao Estado, mais do que como direitos fundamentais propriamente ditos, significando que sua proteção dependia, muito mais, de um reconhecimento legislativo – força da lei – do que de sua força fundamental.²³

Não somente a lei foi instrumento de asseguramento e manutenção de direitos à classe burguesa. A forma de estruturação do poder no Estado recém criado, com a teoria de tripartição de poderes – Executivo; Legislativo e Judiciário – propugnada por Montesquieu²⁴, também foi elemento decisivo na fixação dos limites ao exercício do poder no Estado, visando impedir a concentração deste nas mãos de um ou de uma oligarquia dominante (como ocorria no modelo anterior absolutista, além disso, tanto o Executivo quanto o Judiciário estavam estritamente vinculados à figura da lei – limitação do poder, legalidade e exegetismo – criada pelo Parlamento).

Por todo esse arcabouço, infere-se que, dos três poderes idealizados por Montesquieu, o Poder Legislativo²⁵ foi o que desempenhou um papel de maior

Gesta. *Constituição e Cidadania no Brasil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigo.asp?codigo=644> Brasil, 2005, Acesso em: 21 de Agosto de 2009. “Para fugir da discricionariedade da nobreza e da Igreja, ainda detentoras de poder político significativo nos umbrais da Era Moderna, a criação de regras de comportamento e condutas que vinculassem a toda sociedade poderia servir de base à organização dos interesses em conflito. Para tal fim, nada melhor que uma cartilha de normas gerais e abstratas, por todos aceita, eis que fruto do livre arbítrio: a Constituição

²² LEAL, Rogerio Gesta. *Constituição e Cidadania no Brasil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigo.asp?codigo=644> Brasil, 2005, Acesso em: 21 de Agosto de 2009. “No que tange à característica de generalidade, pode-se dizer que, por ser produto da razão e, conseqüentemente, anterior aos fatos, segunda a lógica dedutiva, a lei é tida como sendo aplicada em todas as situações em que se verificarem os seus pressupostos fáticos, independentemente de quem seja o sujeito envolvido, o que traduz os ideais de igualdade e de segurança jurídicas, bem como o de legalidade (reserva legal), já que a lei se destina somente a situações futuras, acontecidas após a sua promulgação por um órgão competente – no caso, o Legislativo – e desde que tenham sido observados, em sua elaboração, as formalidades e os procedimentos adequados, previstos e estabelecidos também por meio da lei.”

²³ Sobre a evolução dos direitos fundamentais no Estado de Direito: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁵ LEAL, Rogerio Gesta. *Constituição e Cidadania no Brasil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigo.asp?codigo=644> Brasil, 2005, Acesso em: 21 de Agosto

relevância no Estado de Direito Liberal, uma vez que toda a segurança jurídica era vista na lei tida como válida somente a partir de uma criação procedimentalmente vinculada do Parlamento.²⁶

Outra alteração evidenciada com o advento do Estado de Direito, e merecedora de relevância ocorre na noção de “cidadania”. Explicitação desse fenômeno é encontrada nas palavras de Leal:

O discurso da modernidade passa a focalizar e a identificar a cidadania como a *ciudadania passiva*, isto é, ser cidadão significa ser sujeito de direitos e de deveres; trata-se de uma cidadania civil, extensiva a todos os indivíduos – considerados isoladamente – indistintamente. Já a *ciudadania ativa* (noção tradicional herdada da Grécia Antiga), identificada com o direito de participação na vida pública, continua restrito a uma pequena parcela da população. Em outras palavras, a idéia de que os direitos naturais são civis, isto é, de gozo de liberdades, e não políticos, ou seja, de exercícios de decisão pública, vigorou por muito tempo e justificou a limitação do direito de votar e ser votado.²⁷

Esta noção de cidadania, considerada em sua conotação passiva pelo Estado de Direito Liberal, acaba, contudo, por criar inúmeras desigualdades materiais, ao tomar todos os cidadãos em condição de igualdade frente à lei – noção formal de igualdade. O Estado e o Direito não reconheciam as reais diferenças existentes entre os cidadãos, que garantem uma tônica complexa à sociedade.

Considerando que no período mais liberal do Estado de Direito, o poder público

de 2009. p. 17-18: “A assembléia enquanto representativa da vontade geral e da soberania do povo, passa, então, a ser um espaço destacado de atuação caracterizando-se o Legislativo como o órgão privilegiado desta nova estrutura de poder. Fecha-se assim, o círculo de consolidação da nova ordem, em que a burguesia, na condição de detentora do poder econômico, assume o poder político, fazendo da lei racional e da igualdade jurídica seus instrumentos de atuação no sentido de consecução de seus interesses. Enquanto todos são iguais perante a lei, todos possuem igual capacidade para contratar, o que amplia os limites do mercado, que regido, pelo princípio do *laissez faire, laissez passer, le monde va a lui même*, possibilita o acúmulo de capital e de propriedade daqueles que possuem maior e melhor competência.”

²⁶ LEAL, Rogerio Gesta. *O poder judiciário e os direitos humanos no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto306.rtf>>, Brasil, 2005. Acesso em: 21 Agosto de 2009. “Compreende-se, assim, que o Estado de Direito é concebido como um muro de contenção ao absolutismo, e a lei como emanção da vontade do povo e não como expressão da vontade do governante”. ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecnia, 2009. p. 09: “El Estado liberal desarrolló principios organizativos que tenían por objeto asegurar la libertad y autonomía del individuo frente a los abusos de los gobernantes, se somete a estos al ordenamiento jurídico fundado en la razón, generándose el principio de imperio de la ley y la reserva de ley para regular los derechos fundamentales, la distribución del poder del estado en órganos y funciones diferentes, el principio de control horizontal y vertical de la acción de los gobernantes y el sistema de responsabilidad de los gobernantes y agentes de la administración del Estado, para señalar los aspectos más básicos de este modelo organizacional.”

²⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16.

em exaltação era o Legislativo, representativo dos interesses da classe dominante, responsável pela elaboração das leis e do ordenamento jurídico, vislumbra-se uma atuação muito pouco expressiva do Poder Judiciário. Esta, então, era vinculada e fundada em uma compreensão de que a interpretação das normas deve ser silogística, não restando espaço para criação ao intérprete que se limita a verificar a existência dos pressupostos lógicos de aplicação do texto legal ao fato concreto.²⁸

A conformação do Estado de Direito liberal, fundado sob a concepção do liberalismo econômico, não intervenção do Estado na esfera privada, igualdade formal perante a lei, cidadania passiva, legalismo e aplicação silogística do texto da lei, culminou em crises que já a partir do final do século XIX, início do século XX, implicaram a necessidade de revisão no papel e na função do Estado, a minimizar e evitar as distorções e injustiças sociais causadas, em especial, pela noção de igualdade formal. Os movimentos sociais passam a reclamar uma atuação mais intervencionista do Estado que já não mais se podia ser concebido com um Estado regulado pelo próprio mercado, como pretendia o liberalismo, pois grandes desigualdades se consubstanciavam sob esse modelo liberal de igualdade jurídica.²⁹

Diante desta realidade tornou-se imperiosa uma efetiva atuação do Estado na vida social e econômica, buscando minimizar as profundas catástrofes sociais que compõe o panorama do primeiro pós-guerra.³⁰ O Estado de Direito assume, pois, a conformação de Estado de Direito Social, também conhecido como Estado

²⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 25: “Este ideal de plenitude e de suficiência da lei, que não deixa abertura para a interpretação, atende, por sua vez, aos ideais de certeza e de *segurança jurídica* tão caros à burguesia ascendente que, além de assumir o poder político e institucionalizá-lo na forma da lei, precisa assegurar e garantir o estrito cumprimento de seus conteúdos.”(...) “Daí o caráter extremamente restrito reservado á atividade judicial neste período, que se apresenta absolutamente vinculada e submetida às deliberações do Legislativo”

²⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31

³⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 33: “Neste contexto, o Estado abandona a sua (aparente) neutralidade e apoliticidade e assume fins políticos próprios, tomando para si a responsabilidade de transformar a estrutura econômica e social no sentido de uma realização material da igualdade, a fim de impedir que a desigualdade de fato destrua a igualdade jurídica. A política estatal passa a levar a cabo, então, direta ou indiretamente, uma estruturação da sociedade que se manifesta em múltiplos aspectos, estendendo o usufruto dos bens materiais e imateriais por meio do incremento dos serviços sociais, especialmente de saúde e de educação. Na esteira dessa evolução, constitucionalizam-se catálogos mais ou menos amplos de direitos econômicos, sociais e culturais – direitos estes que, contrariamente aos direitos de liberdade, não são meros poderes de agir, mas poderes de exigir.”

Providência ou como *Welfare State*³¹, eis que passa a tutelar e a garantir direitos sociais, a desenvolver e implantar políticas públicas visando à inclusão social igualitária, o acesso de todos aos direitos fundamentais (notadamente daquela parcela excluída da população).³²

No afã de instrumentalizar a mudança de sentido na conformação do Estado que se vê obrigado a interferir na esfera privada visando à promoção de igualdade material na sociedade, afastando-se da igualdade meramente jurídica e formal, a Constituição passa a tutelar um catálogo, até certa medida, amplo de direitos sociais e, abandonando seu caráter eminentemente jurídico, para assumir a feição de Carta Política, eis que deixa de constituir tão somente, limites ao poder do Estado, passando a positivar valores fundamentais da vida da comunidade, fixando uma ordem objetiva de valores.

Dentro deste novo contexto, a Constituição do Estado Social não configura, pois, um simples registro das relações de poder vigentes no momento constituinte, assumindo, antes, uma estrutura programática ao compreender sempre um elemento de “utopia concreta” cuja realização é dependente da ação política. Tem-se, portanto, na Constituição do Estado social, uma Constituição eminentemente *política*.³³

A Constituição Social³⁴ apresenta-se não mais como um texto exclusivamente normativo, mas como um texto também político, programático (noção de Constituição Dirigente³⁵), indicando direitos fundamentais a serem alcançados e formas políticas

³¹ Tradução Livre: “Estado de Bem Estar”

³² ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecnia, 2009. p. 10. “El Estado Social y Democrático de derecho o el Constitucionalismo Social estructura una imbricación diferente entre principios generales de la organización constitucional del Estado y garantías de los derechos fundamentales. Los derechos económicos, sociales y culturales inexistentes en el Estado Liberal viene a complementar los derechos individuales y políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana y calificando la forma de Estado. En el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos.”

³³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 34

³⁴ Entende-se por Constituição Social aquela fruto do Estado Social de Direito, a qual abarca não mais tão somente direitos fundamentais individuais, direitos de defesa contra o Estado, sendo um documento de fixação do poder do Estado, garantias e deveres dos cidadãos, mas também, direitos sociais, direitos a uma efetiva prestação por parte do Estado para com o cidadão, sobretudo, no sentido de preservar e tutelar a dignidade da pessoa humana, visando minimizar as mazelas e horrores propiciados pela conformação liberal do Estado em sua face mais perversa, nos regimes totalitaristas que culminaram nas duas grandes guerras mundiais.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 455-459. Para Canotilho, a Constituição Dirigente é uma constituição estatal e social, tendo como função

que possibilitem a consecução desse fim. As normas constitucionais passam então a revelar um caráter de programaticidade, destinando-se principalmente ao Poder Executivo, devido ao fato de que a ele, pela Teoria da Separação de Poderes, cabe a efetivação das políticas públicas. Perdem, contudo, força normativa, nesse período, as disposições constitucionais.³⁶

O aprofundamento das relações sócio-estatais implica a evolução desta formação do Estado Social à sua forma democrática, marcada, mormente a partir da redemocratização vivenciada na Europa do segundo Pós-Guerra. Essa transformação se dá sob a noção de recrudescimento dos direitos fundamentais, incluindo os sociais e com a assunção principiológica desses direitos inscritos no texto da Constituição, que se vê ampliada e expandida buscando abarcar todas as nuances da vida cotidiana.³⁷

Em sua conformação democrática, não mais é suficiente ao Estado a sua limitação, característica da formação liberal, nem tão pouco, a determinação de sua intervenção, típica da formação social, impõe-se, na busca da igualdade material, promoção da dignidade humana, que este Estado Democrático busque a mutação do *status quo*, configurando-se a lei como ferramenta básica à transformação da sociedade, a partir da permanente reestruturação das relações sociais.³⁸

Ganha corpo, uma preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais,

principal a mudança da realidade pelo direito. Nesse sentido, seu objetivo é garantir força e substrato jurídico para as mudanças sociais, sendo um programa de ação para a alteração da sociedade.

³⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 51 et. seq.: “Os adventos nefastos verificados por ocasião da II Guerra Mundial, notadamente as atrocidades praticadas pelo nazismo e pelo fascismo, acabaram por gerar um forte movimento no sentido de resgate e de fortalecimento da noção de democracia e da própria noção de direitos humanos, elementos que passam, mais do que nunca, a ocupar um lugar de destaque nas Constituições, associados à máxima da dignidade humana. Esses direitos tidos como universais e invioláveis – e que vinculam, portanto, o legislador – trazem consigo, por sua vez, a idéia de que a Constituição ultrapassa o simples critério da maioria, protegendo, inclusive, o direito daqueles que não podem integrar essa mesma maioria (seja por ausência de representatividade, seja por impossibilidade fático-temporal, como ocorre com as gerações futuras no caso dos direitos que envolvem o meio ambiente, por exemplo.) (...)As Constituições deste período assumem e incorporam a pluralidade subjacente ao tecido social, desmascarando, desse modo, a artificiosa homogeneidade social procedente da tradição democrático-liberal, que concebia o povo como uma totalidade agrupada em torno de uma identidade de interesses, identificada pela vontade da maioria.” Cf. MARTOS, José A. Montilla. *Minoría política & Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002. p. 87.

³⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 40, passim.

³⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 41, passim.

incluindo os sociais, que particularmente representam um desafio especial, a qual vem causando grande celeuma no mundo jurídico não apenas em decorrência da natureza primordialmente prestacional e positiva destes últimos, mas também no que diz respeito à possibilidade de sua judicialização.³⁹

Cristina Queiroz aduz que “de um ponto de vista estrutural, os direitos económicos, sociais e culturais ou genericamente, os direitos fundamentais sociais, constituem obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma “acção positiva” a cargo dos poderes públicos.”⁴⁰

Essa acepção prestacional e positiva dos direitos fundamentais (notadamente dos direitos sociais), não raras vezes, é utilizada para justificar a impossibilidade de justiciabilidade destes, eis que demandam uma prestação do Estado para sua implementação. Argui-se faltar ao Poder Judiciário, sobretudo à Jurisdição Constitucional legitimidade para ordenar as ações estatais necessárias à efetivação dos direitos fundamentais sociais.⁴¹

Outro óbice construído doutrinária e judicialmente contra a efetivação dos direitos sociais via Jurisdição Constitucional é a alegação de que esta demanda elevado custo para os cofres estatais por se tratar de direitos positivos e prestacionais, ao contrário

³⁹ O termo judicialização é utilizado no presente trabalho, em linhas gerais, como a busca de tutela jurisdicional a determinados direitos, sendo que oportunamente se realizará a análise deste assunto em tópico específico.

⁴⁰ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais* – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 16. Nesse sentido, Robert Alexy comenta que a grande questão, a saber, é se podem os direitos fundamentais sociais ser construídos como “posições subjetivas jusfundamentais de natureza prestacional”, como ocorre com os direitos individuais. Afirma como resposta que em um sistema constitucional “pluralista”, como o que se verifica no Estado Democrático de Direitos, as normas que consagram direitos fundamentais – constitucionais – devem ser abertas, amplas possibilitando uma gama diversa de concretizações. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 232-240, passim.

⁴¹ Não são raros os doutrinadores que enfrentam a problemática da caracterização e efetivação dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo. Entre estes, KRELL, Adreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha* – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.; ROLLA, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. México: Porrúa, 2006.; SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.; SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos humanos u constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2004.; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.; QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais* – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006.; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.; GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. Estudio preliminar de Antonio López Pina; traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón.

do que ocorre com os direitos clássicos de defesa, ou direitos individuais.⁴²

Não se pode deixar de refutar, ainda que em apertada síntese, neste momento do trabalho, os argumentos acima referidos. A natureza prestacional e positiva dos direitos fundamentais sociais, bem como o custo que estes demandam para sua efetivação, não são argumentos suficientes a afastar a possibilidade de sua justiciabilidade.

Não há diferença de natureza entre os direitos sociais e individuais vez que ambos são jusfundamentais, o que elimina de plano a “tese da inexigibilidade intrínseca” dos primeiros. Dito de outro modo, os direitos individuais, enquanto clássicos direitos de defesa – liberdade negativas – exigem também da esfera pública, não apenas um dever de abstenção, mas uma obrigação de prover todas as complexas condições institucionais garantidoras do respectivo exercício e asseguramento.⁴³

Os direitos subjetivos são classificados em dois tipos pela doutrina e jurisprudência, sobretudo a alemã. Primeiro, os direitos subjetivos entendidos como “direitos de defesa”, sendo este o núcleo de proteção visado e em segundo, os direitos subjetivos prestacionais, que restam fundamentalmente a cargo do Estado. Dito de outra forma quer se tome em consideração a dimensão subjetiva e/ou objetiva dos direitos e liberdades fundamentais, ter-se-á primeiro uma liberdade frente à intervenção e em segundo, uma reconstrução, releitura da função clássica dos direitos fundamentais, capaz de criar uma liberdade real e efetiva, condizente com a realidade de um Estado Social e Democrático.⁴⁴

Inegável, pois, que tanto garantias e liberdades individuais quanto sociais

⁴² HOLMES, S.; SUSTEIN, C. *The cost of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Esta obra trabalha este vies no sentido de demonstrar que todos os direitos possuem custos e dependem o seu custeio da tributação, ainda que os direitos fundamentais individuais de defesa, vez que atém-se à realidade americana, a qual não conhece direitos sociais, na mesma acepção conhecida na realidade pátria.

⁴³ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 18 “Na literatura jurídica, os direitos fundamentais sociais, usualmente, vêm caracterizados segundo diferentes “estratégias”, “métodos”, ou “técnicas” de positivação: - Como tarefas legislativas (Gesetzgebungsaufträge), - como determinações dos fins do Estado (Staatszielbestimmungen), - como tarefas constitucionais (Verfassungsaufträge), - como princípios directivos (Leitprinzipien), ou – como mandatos de optimização (Optimierungsgebote). Em termos jurídicos- dogmáticos, esta caracterização dos direitos fundamentais sociais, que decorre da natureza “objectiva” das normas constitucionais, apresenta duas dimensões fundamentais, a saber: a) os direitos fundamentais sociais não garantem posições jurídico-subjectivas. Dirigindo-se fundamentalmente ao Estado e a outros poderes públicos; b) mas constituem, apesar disso, normas jurídicas vinculantes.”

⁴⁴ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 20-21.

acarretam custos ao Estado para sua efetivação, ainda que os primeiros sejam considerados negativos – absenteístas e não prestacionais como os últimos, positivos. Nesse sentido não se pode deixar de trazer a obra de Cass Sunstein e Stephen Holmes: *The cost of rights* (Cambridge: Harvard University Press, 1999). No Brasil, esse importante estudo é especificamente desvendado por Flávio Galdino (Introdução à Teoria do Custo dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).⁴⁵

Buscam estes autores, em linhas gerais, “demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação.”⁴⁶

Diz-se, pois, em resumo que todos os direitos demandam custos para sua efetivação, não apenas os direitos sociais, vez que mesmo os direitos denominados negativos, necessitam de todo um arcabouço institucional para sua manutenção e proteção.

Os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento.⁴⁷

Sustein e Holmes apresentam duas questões que podem explicar o não reconhecimento da realidade acerca dos custos dos direitos, ao menos na sociedade norte-americana, que em uma análise mais ampliada se aplica perfeitamente à realidade pátria.

em primeiro lugar, a ignorância de tais questões deixa encobertas as discussões acerca das opções políticas (e, por conseguinte, econômicas) subjacentes levadas a efeito pelos poderes públicos. A crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação

⁴⁵ Também em: ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecna, 2009. p. 12.

⁴⁶ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200.

⁴⁷ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15184/14748>. Acesso em: 14 Ago 2010. p. 11-12.

conservadora de proteção máxima de tais direitos (normalmente os estritamente individuais: liberdade e, principalmente, propriedade) em detrimento dos chamados sociais [...]. Em segundo lugar, também os liberais – expressão perigosa, aqui empregada no sentido de progressistas, ou promotores dos direitos humanos – de seu turno, parecem preferir deixar a questão em tela de lado. Deveras, há o receio velado de que a consciência e as discussões acerca dos custos dos direitos diminuam o comprometimento com a respectiva proteção.⁴⁸

Não obstante a consagrada doutrina que pugna no sentido da impossibilidade dos direitos fundamentais sociais serem tomados em uma acepção subjetiva e desse modo, postulados (em sentido individual, como direito subjetivo, já que nada exclui uma apreciação judicial em outros sentidos) em juízo, o presente trabalho posiciona-se no sentido contrário. Os direitos fundamentais individuais e sociais, inscritos nos textos constitucionais devem ser tomados em suas dimensões objetivas, enquanto mandamentos de otimização do Estado Democrático e em sua dimensão subjetiva, enquanto direitos pessoalizáveis os quais podem ter sua efetivação pleiteada via jurisdição.

Diante do panorama apresentado, vislumbra-se a necessidade de ampliação da interpretação constitucional, afim de, abarcar o real conteúdo que as normas constitucionais possuem frente à vida cotidiana, eis que os direitos fundamentais, incrustados na constituição, assumem caráter principiológico, informadores de todo o ordenamento jurídico. Nesta nova ordem, entenda-se Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais são erigidos a categoria de normas axiológicas, universalmente reconhecidas, conformadores de toda a ordem jurídica e social, cuja efetivação e proteção são as mais eficazes ferramentas para a proteção e promoção da dignidade humana.⁴⁹

⁴⁸ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 204-205. Outra hipótese é levantada por NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15184/14748>. Acesso em: 14 Ago 2010. p. 11-12. “Mas se todos os direitos têm custos financeiros públicos, cabe então perguntar pela razão ou pelas razões de tão duradoura ficção. Uma pergunta cuja resposta parece passar pela distinção de custos em que assentam uns e outros, pois enquanto os direitos sociais têm por suporte fundamentalmente custos financeiros públicos directos visíveis a olho nu, os clássicos direitos e liberdades assentam sobretudo em custos financeiros públicos indirectos cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula. Com efeito, os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exacta medida dessas despesas.”

⁴⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta*: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 40, passim. “Na passagem para o Estado Democrático de Direito, por sua vez, especialmente em face do recrudescimento da idéia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a Constituição

Essa abertura dos dispositivos constitucionais, e a necessidade de melhor adequação destes à realidade cotidiana implicam uma interpretação mais abrangente, ampliada qualitativamente em termos de possibilidades interpretativas, fugindo do silogismo legalista até então praticado. Essa nova conformação, conjugada a outros fatores que se terá oportunidade de análise no decorrer do trabalho, acabam levando ao Poder Judiciário e dele exigindo, ainda que não exclusivamente, sobretudo, da Jurisdição Constitucional a tarefa de interpretar e aplicar o texto constitucional, materializando seus preceitos fundamentais.⁵⁰

A inovação no que tange ao papel da Constituição na fase democrática do Estado de Direito verifica-se, em especial, no âmbito de sua extensão, pois os direitos fundamentais individuais, ou direitos de defesa não atingiam a totalidade da ordem jurídica o que ocorre com a qualificação material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. A Constituição assume então, o *status* de ordem jurídica fundamental.⁵¹

acaba, mais do que nunca assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita.”

⁵⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 40 et. seq. “[...] A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece, por seu turno, através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional. [...] Assim, conforme Streck, a democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trouxeram à luz Constituições cujos textos positivavam direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine, por sua vez, a relação entre os poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a integrar a arena política e fazendo com que o constitucionalismo moderno confiasse, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, ao Judiciário, mais especificamente à justiça constitucional, a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.”

⁵¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 53-54.: “Dito de outro modo, toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas. Essa referência aos direitos acaba, portanto, por atribuir às Constituições uma natureza aberta, carente de concretização em face da realidade, o que demanda, por sua vez, uma atividade criativa por parte dos Tribunais, de natureza notadamente hermenêutica e depende de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos, especialmente quando um conflito com outros direitos também fundamentais, caso em que não há uma resposta pronta e acabada, razão pela qual a sua solução fica dependente da argumentação e dos elementos que se conectam com aquela determinada situação, que se apresenta, por sua vez, em um momento particular e também em um contexto particular, que precisam ser considerados. A partir disso, a Constituição passa, por conseguinte, a ser entendida não mais como mero instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado (como o foi no período liberal clássico), ou como simples mecanismo de direção política (noção predominante no constitucionalismo social), mas sim como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, isto é, como materialização do contrato social de uma ordem democrática, caracterizadora do modelo de Estado Democrático de Direito.”

Neste novo panorama constitucional, instaurado com o Estado Democrático, o poder estatal em destaque é o Judiciário, vez que os direitos fundamentais tutelados pela Constituição, reconhecidos em sua natureza principiológica, objetiva, como metavalores, frente à complexidade e pluralidade social, demandam uma interpretação diferenciada do texto constitucional, de natureza aberta e ampla a fim de que seus conteúdos sejam efetivados.

Como decorrência das novas exigências hermenêuticas, o Poder Judiciário, em especial a jurisdição constitucional, revela-se como arauto da interpretação e efetivação das garantias fundamentais e dos direitos sociais, tentando solucionar a inoperância do Estado e a crescente tensão entre a política e o Direito. A hermenêutica positivista, até então prevalente, necessita ser revisada, qualificada, a partir da ampliação de suas fontes e da valorização da interpretação, superando o positivismo legalista estrito, a fim de que se possam desenhar as reais necessidades sociais e as atender da forma mais eficiente, eficaz e efetiva.

Exsurge, dessa forma, uma necessidade de interpretação e de integração da Constituição do Estado Democrático de Direito, a fim de que os direitos fundamentais contidos em seu texto sejam aplicados de modo a conformar todo o ordenamento jurídico, visando à consecução da dignidade humana na prestação estatal e na vida social, caracterizando-se esta como um limite mínimo, irrenunciável, inalienável e imprescritível; dito de outro modo, o limite dos limites (Schranken-Schranken – Alexy) à atuação do Estado na implementação dos direitos fundamentais, mais especialmente, os sociais, consolidando a idéia da proibição de retrocesso.⁵²

Vem-se presenciando na realidade pátria e se afirmando ao decorrer do texto que na configuração democrática do Estado de Direito, cabe, notadamente, mas não exclusivamente à Jurisdição Constitucional efetuar a hermenêutica constitucional, especialmente dos direitos fundamentais individuais e sociais, garantindo a sua implementação, considerando-se o caráter materialmente vinculantes que estes assumem sendo referenciais de valor e diretivas a todo o ordenamento, Estado e sociedade que implica uma nova dimensão no controle de constitucionalidade.

Contudo, urge ressaltar que essa função foi assumida pela Jurisdição Constitucional recentemente, ao se considerar a história do constitucionalismo, eis que sua origem remonta uma função de asseguramento da superioridade do texto

⁵² QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais* – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006.

constitucional nos Estados Unidos em 1803, na forma de controle difuso e posteriormente na Áustria, tendo ganho notoriedade na Alemanha a partir da década de 1920, na forma do modelo concentrado.

A atual conformação da Jurisdição Constitucional em nada se parece com o controle de constitucionalidade instaurado no direito norte-americano com o caso *Marbury v. Madison*. Não obstante a relevância desta decisão, a Suprema Corte Americana somente veio a proclamar outra decisão em controle de constitucionalidade dos atos do legislativo 40 anos mais tarde.⁵³

Relatam os assentos históricos que Thomas Jefferson, derrota John Adams nas eleições presidenciais de 1800. John Adams antes do término de seu mandato, ainda com a maioria do Congresso, visando manter o controle político através do Poder Judiciário, consegue aprovar uma lei reduzindo o número de ministros da Suprema Corte, criando dezesseis cargos novos de juizes federais, nomeados ao crepúsculo de seu governo. Também em fevereiro de 1801 é aprovada uma lei permitindo ao Presidente nomear quarenta e dois juizes de paz, sendo que estes nomes foram confirmados pelo Senado na véspera da posse de Jefferson. Ocorre que os atos de posse deveriam ter sido expedidos pelo Secretário de Estado John Marshall, que ocupava esta função no governo do Adams, estando licenciado da Suprema Corte. Diante do acelerar dos fatos, nem todos os atos de nomeação e posse foram entregues a tempo, restando alguns a serem convalidados e assinados pelo novo secretário, James Madison que se recusa a fazer. William Marbury é um dos juizes de paz que não consegue ser nomeado e empossado a tempo. Ingressa então com um *writ of mandamus* contra Madison, junto à Suprema Corte, pleiteando que essa obrigue àquele a proceder sua nomeação, fundamentando juridicamente seu pedido em uma lei de 1789, *the Judiciary Act*, a qual atribuía à Suprema Corte competência originária para o processamento e julgamento das ações contra autoridade federais.⁵⁴

John Marshall retorna à Suprema Corte como *Chief of Justice*, cabendo a ele o

⁵³ Diz-se que o fenômeno do controle de constitucionalidade e da instauração da Jurisdição Constitucional propriamente dita, deu-se “acidentalmente” no caso *Marbury v. Madison*, eis que a figura do controle de constitucionalidade não figurava prevista no Texto Constitucional de 1787, vindo a ocorrer enquanto construção a partir da Constituição. LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v.1. p. 224.

⁵⁴ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional – entre o constitucionalismo e a democracia*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 90-95 e LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 224.

juízo do *writ of mandamus* proposto por Marbury contra Madison. Esse histórico juízo afirmou que a Suprema Corte não possuía competência para julgar o caso, vez que era tão somente um tribunal de recurso e não de apelo, pela leitura do texto da Constituição, sendo o *Judiciary Act*, lei que instituiu esta competência inconstitucional. Reconheceu, contudo o direito de Marbury ser nomeado e empossado deixando de determinar esse procedimento diante da incompetência constitucional da Corte para este fim. Com essa decisão, Marshall sustenta pela primeira vez a tese da Constituição como lei suprema do ordenamento, base de todos os direitos, sendo que seu texto não pode ser alterado pelas vias ordinárias, devendo todo o restante do ordenamento se coadunar com os princípios por ela consagrados. Essa conotação justifica a idéia controle dos atos legislativos que contrariem a Constituição pelo Poder Judiciário, sob pena de em se entendendo de forma contrária, aceitar-se a idéia de qualquer ato legislativo como capaz de modificar a Constituição.⁵⁵

No continente europeu, a jurisdição constitucional teve expressão e fixou espaço a partir do pós-guerra de 1919,⁵⁶ sendo marcada, pela célebre dicotomia entre o

⁵⁵ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional* – entre o constitucionalismo e a democracia. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 90-95. A autora apresenta os princípios fundamentais que justificaram a defesa do controle de constitucionalidade pelo *Chief Justice* Marshall: “(i) é dever do Judiciário interpretar a lei e a Constituição; (ii) a Constituição é superior aos atos legislativos ordinários, como consequência de uma Constituição escrita e rígida; (iii) os atos legislativos em desconformidade com a Constituição devem ser declarados nulos; (iv) pensar que a constituição não impõe limites ao Legislativo seria o mesmo que dar a este poderes incontrolláveis.” Também, LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 224. Ainda: Nesse sentido: “Dentro desse contexto, é com base exclusivamente sobre a perspectiva normativa – pois politicamente o legislador é soberano – que se erige a figura do controle de constitucionalidade, pois, enquanto aplicador das normas, cabe ao Judiciário aplicar também a Constituição, cujo fundamento reside, notadamente, no aspecto hierárquico. Em outras palavras, também o argumento de construção da idéia de controle é silogístico: a Constituição é uma norma jurídica tanto quanto as demais, porém superior; na lógica do Estado de Direito, cabe ao Judiciário aplicar as normas jurídicas; cabe, então, por via de consequência, ao Judiciário também a função de aplicar as normas constitucionais, velando pela sua prevalência em face das normas inferiores do ordenamento jurídico. [...] A função jurisdicional possui, nesta perspectiva, a natureza de uma simples aferição acrítica (dogma da neutralidade do juiz) e desprovida de qualquer aspecto construtivo. Assim, a partir desta supervalorização da lei como produto da racionalidade, produziu-se, na França, um sistema cuja lógica era a desconfiança com relação ao Judiciário, que permaneceu limitado, situação oposta àquela que se verificou na realidade norte-americana, onde, pelo exposto anteriormente, a desconfiança se dava com relação à lei e às assembléias onipotentes, vistas como potenciais neutralizadoras dos direitos naturais que constituem patrimônio inerente a todo indivíduo. Dentro desse contexto, em que o Legislativo é limitado pelos direitos, cabe ao Judiciário, a partir da Constituição, um papel ativo na salvaguarda, tendo origem, então, o ativismo judicial que, notadamente, marca o sistema de direito americano”. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 26. et. seq.

⁵⁶ Não se pode olvidar um dos motivos relevantes para o tardio desabrochar e fortalecimento da Jurisdição Constitucional na Europa. Diferenças fundamentais marcam os processos revolucionários liberais que resultaram na conformação das bases institucionais do Estado de Direito na Europa,

pensamento de Carl Schmitt e Hans Kelsen, em meio a tentativas de estabilização da Constituição de Weimar que institui em seu texto um Tribunal competente para resolução dos conflitos entre os poderes constitucionais. Todavia, o sistema que acabou por se consagrar em definitivo, mais especialmente no segundo pós-guerra, com as mudanças que conduziram a Jurisdição Constitucional ao seu perfil atual, foi o proposto por Kelsen, incorporado pela Constituição alemã no ano de 1920. O grande debate entre estes dois pensadores consistia no fato de que Schmitt entendia que a competência de zelar pela Constituição cabia ao *Fuhrer* do *Reich* alemão, ou seja, ao chefe do Executivo, eis que este sim dispunha das condições necessárias para manter a unidade política e jurídica, sendo ademais legitimado por representar a vontade da maioria, vez que eleito. Para Kelsen, todavia, a aplicação das leis e o controle de constitucionalidade não diferem em termos quantitativos, mas sim qualitativos, inexistindo razão para se rejeitar a existência de um órgão específico destinado a executar esta tarefa. Este sistema de controle difere procedimentalmente do *judicial review* americano, por adotar uma lógica concentrada de controle de constitucionalidade, entregando a um único tribunal, leia-se, o Tribunal Constitucional, a função de guarda e preservação da Constituição, enquanto este adota o sistema difuso.⁵⁷

denotadamente com a Revolução Francesa e na América com a Revolução Americana. A França buscava limitar os privilégios do antigo regime, do soberano e tudo por ele representado, (inclui-se Judiciário), confiando maior poder ao Parlamento, representante do povo, enquanto nos Estados Unidos, buscava-se limitar o poder do Parlamento Inglês, criando para tanto uma Constituição rígida, que, na condição de lei suprema, atingisse esse objetivo. E é exatamente neste contexto de limitação do poder do Parlamento e supremacia da Constituição que nasce a figura da Jurisdição Constitucional especialmente do controle de constitucionalidade. Merecem atenção nesse sentido, as colocações de Lênio Streck: “[...] os revolucionários franceses, em face ao absolutismo e ao sistema de privilégios do antigo regime, circunstâncias que implica um forte componente estatista no processo de ruptura com o velho, uma vez que, contra os antigos privilégios, era necessário afirmar a autoridade do legislador soberano que, como o instrumento da lei geral e abstrata, tornaria possível, ao mesmo tempo, os direitos em sentido individual e a unidade do povo ou nação, mediante o artifício da representação. Ao seu turno, a revolução americana se afirma precisamente contra toda versão estatista dos direitos e liberdades. Se os colonos decidem em 1776 romper o cordão umbilical com a Coroa, é porque pensam que ela dispensou todo o patrimônio histórico de direitos e liberdades, agora em mãos de um parlamento que, de fato, crê-se soberano e onipotente, e, por isso, pretende impingir sua vontade à Colônia independentemente do consentimento de seus súditos. Ou seja, enquanto a Revolução Francesa confia na obra do legislador virtuoso, combinando individualismo e estatismo, a Revolução Americana, combinando individualismo e historicismo, desconfia das virtudes do “virtuoso legislador”, preferindo confiar os direitos e liberdades à Constituição, isto é, à possibilidade de limitar o legislador através de uma norma de âmbito rigidamente superior.” STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 330. Também em: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 47-48.

⁵⁷ LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 226.

O controle de constitucionalidade da forma como foi idealizado por Kelsen não possuía função propriamente judicial, agindo mais especificamente como um “legislador negativo”, sendo atribuição do Tribunal Constitucional tão somente verificar -em abstrato – a compatibilidade da lei com a norma constitucional, a partir de uma análise silogística. Dito de outro modo, o Tribunal Kelseniano analisa a validade da lei. Aproxima-se, pois, da função do legislador ao efetuar um controle de constitucionalidade *a priori* (em abstrato) no momento da elaboração do texto da lei, fugindo de uma decisão concreta e singular, função típica da atividade jurisdicional.⁵⁸

Como já se referiu acima, a função da Jurisdição Constitucional na atualidade ultrapassa em muito a conotação de “legislador negativo”. A necessidade de integração do texto constitucional no qual se encontram positivados os direitos fundamentais, sobretudo os sociais por sua característica mais ampla e aberta, implicam o fortalecimento da atividade hermenêutica desenvolvida pelos Tribunais Constitucionais, no sentido de garantir e efetivar os direitos fundamentais constitucionais e todo o texto da Constituição. Essa necessidade de integração do texto constitucional, bem como de sua adequação à realidade sócio-cultural do Estado, proporciona à Jurisdição Constitucional a elaboração de uma dimensão construtiva e criativa.⁵⁹

Esse espaço mais criativo e interpretativo ocupado pela Jurisdição Constitucional começa a ser desenhado a partir de outro julgamento paradigmático protagonizado no Tribunal Constitucional Alemão, em 1958, conhecido como “Caso Lüth”. Erich Lüth, crítico em cinema e diretor do Clube de Imprensa da cidade de

⁵⁸ LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 226.

⁵⁹ LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 227. Dizem os autores que a atividade criativa e interpretativa da Jurisdição Constitucional se dá em especial nas sentenças interpretativas e manipulativas. “As sentenças interpretativas podem ser tidas como aquelas em que o Tribunal, para dar conta de sua tarefa de preservação e de realização da Constituição, se vale de recursos hermenêuticos e interpretativos – tais como as figuras da interpretação conforme à Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto – para assegurar a constitucionalidade dos dispositivos legais questionados. Já no caso das chamadas sentenças manipulativas (aditivas, redutivas ou substitutivas) o Tribunal, com a mesma finalidade de assegurar a conformidade de determinada norma com a Constituição, prefere manipulá-la textualmente, isto é, altera o seu texto original (acrescentando, retirando ou substituindo, respectivamente conforme o caso), evitando, assim, a declaração de inconstitucionalidade.” Ver também: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Interpretação conforme à Constituição X nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal*. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. Tomo 6. p.1563-1586. e SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: *Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos*. ROCHA, J. C. de Carvalho; FILHO H. T. H. P.; CAZETTA, U. (Org). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Hamburgo, organizou um boicote em toda a sociedade e todos os distribuidores cinematográficos contra o filme *Amada Imortal*, produzido por Veit Harlan, antiga estrela do regime nazista, produtor de um famoso filme incitando a violência e os desrespeitos aos direitos humanos cometidos contra o povo judeu. Contrariado com o prejuízo colossal Harlan e os empresários que investiram no filme ingressam com ação judicial, alegando que o boicote promovido por Lüth constituía uma afronta ao Código Civil alemão, subsistindo a esse o dever de indenizar. O cineasta foi vitorioso em todas as instâncias ordinárias. Contudo Lüth não conformado com a decisão, fundamentando seu pedido no direito constitucional de liberdade de expressão, ingressa com Reclamação junto ao Tribunal Constitucional Alemão, pleiteando que este lhe assegurasse seu direito constitucional de manifestação de pensamento e expressão.⁶⁰

O tribunal ao decidir, deu ganho de causa à Lüth, reconhecendo pela primeira vez que os direitos fundamentais, muito mais que uma dimensão negativa – liberdade, proteção contra o Estado – representam uma ordem objetiva de valores que informa todo o ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos enquanto normas de natureza principiológica e axiológica. Na decisão, o Tribunal Constitucional Alemão, também apontou outra circunstância que revolucionou a hermenêutica constitucional e ainda é contingente ao constitucionalismo contemporâneo, qual seja a noção de que quando presente um conflito entre direitos fundamentais, normas de caráter principiológico, a solução não pode ser dada com a utilização dos métodos tradicionais de interpretação que implicam a exclusão de um dos enunciados legais, mas sim, a partir de um sopesamento, de uma ponderação entre princípios enquanto mandamentos de otimização, em uma perspectiva Alexyana.⁶¹

Desde então, a Jurisdição Constitucional vem atuando de forma mais ativa e criativa, realizando uma hermenêutica constitucional que foge ao silogismo legal, a fim de efetivar os direitos fundamentais individuais e sociais, que cada vez mais figuram no ordenamento jurídico como normas parametrizantes, gerando efeitos vertical e horizontalmente, tomados em suas dimensões objetivas e subjetivas.⁶²

⁶⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 64-66.

⁶¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 64-66.

⁶² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

A atuação mais ativa e criativa da Jurisdição Constitucional não tardou em levantar contra si uma avalanche de críticas e questionamentos. Os críticos da Jurisdição aduzem que esta estaria a invadir esfera de competência dos outros Poderes do Estado ao desempenhar funções que são atreladas, *prima facie* aos Poderes, Executivo e Judiciário, como, na judicialização de políticas públicas, e criação de “normas” não explicitadas pelo Legislador, ou seja, que não se subsumam perfeitamente ao texto da Lei. Também não faltam vozes aclamadas atacando a Jurisdição Constitucional por entenderem que esta prescinde de legitimidade democrática para “dizer” e/ou “fazer” o direito, vez que os membros do Poder Judiciário, sobretudo os Ministros dos Tribunais Constitucionais não são eleitos democraticamente.⁶³

A atuação da Jurisdição Constitucional constitui-se desse modo uma das mais complexas contingências presentes no constitucionalismo contemporâneo e na democracia. Dentre as principais celeumas encontram-se o ativismo judicial e a judicialização da política, bem como os efeitos desses fenômenos na relação entre os três Poderes do Estado. Estes termos, muitas vezes utilizados como sinônimos merecem uma atenção mais acurada e serão objetos de estudo dos próximos itens.

2010.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

⁶³ “Em outras palavras, a questão que assume, então, o centro do debate é: como é possível juízes, não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para esse fim e aplicadas por um Poder Executivo também eleito? Pode o princípio da maioria ceder espaço para a supremacia da Constituição, que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a ‘liberdade de conformação do legislador’? Como é possível, dentro desse contexto, construir-se, democraticamente, o sentido do texto constitucional? [...] As críticas mais ferrenhas a este modelo de jurisdição e de controle se dão, por seu turno, sob a égide e o argumento do paternalismo representado pela jurisprudência de valores incorporada pelos tribunais constitucionais, que passam a ser, com isso, na designação de Böckenförde, os ‘senhores da Constituição’ (*Herren der Verfassung*), pois, a política resta, de certa forma, reduzida ao poder constituinte e este, por sua vez, resta relegado a um segundo plano. A jurisdição constitucional aparece, assim, alçada à condição de garantidora da correta aplicação da normatividade, tornando-se, segundo Bercovici, a única referência de legitimidade do sistema. Esta supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se conforme esta corrente de pensamento, pelo fato de os tribunais pretenderem ser o ‘cume da soberania’ (*der Zipfel der Souveränität*), sobrepondo-se aos demais poderes representativos e transformando-se, desta forma, em substitutos do poder constituinte soberano. [...] Na mesma direção, tomando por referência a compreensão da Constituição como ordem valorativa e como expressão maior de um consenso, é que Böckenförde fala de uma possível “sobreelevação” exagerada de sua pretensão de validade (*Überhöhung ihres Geltungsanspruchs*) por intermédio do *Bundesverfassungsgericht*, que, por meio do aspecto material, acaba conferindo-lhe a prerrogativa de legitimar-se a si mesma. Seguindo nesta trilha, no dizer de Cittadino, já é possível falar-se em um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’, eis que os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios típicos do Estado Democrático de Direito, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional. O Estado Democrático estar-se-ia transmutando, então, em ‘Estado Jurisdicional’ (*Jurisdiktionsstaat*).” LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 89. et. seq.

2.2 Judicialização e ativismo judicial – consequências da concretização dos direitos fundamentais sociais

A transmutação na feição e conseqüentemente no papel da Jurisdição Constitucional na efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os sociais, desemboca em águas profundas e revoltas que tumultuam o constitucionalismo contemporâneo contingencialmente.

A atuação pró-ativa e criativa do Poder Judiciário, mormente ao interpretar a Constituição, realizando os controles de constitucionalidade difuso ou concentrado, via Jurisdição Constitucional enseja uma avalanche de críticas⁶⁴, principalmente incidindo sobre os fenômenos da judicialização da política⁶⁵ e do ativismo judicial⁶⁶.

Estes dois fenômenos, frequentemente em evidência na seara do Direito, bem como da Ciência Política, nem sempre são tratados com o devido cuidado, ora sendo tomados como sinônimos, ora em suas acepções distintivas. Desse modo, cabe fazer-se uma análise acurada do que compreendem estes dois termos, tomados como consequências, não raras vezes, inevitáveis à implementação de direitos fundamentais, em especial os sociais, pela atuação da Jurisdição Constitucional.

Inicia-se a análise pela Judicialização por se entender que o ativismo judicial, em certa medida, depende da ocorrência desse fenômeno, não se verificando de forma isolada.

A Judicialização é um fenômeno de múltiplas causas, que em última medida

⁶⁴ A Jurisdição Constitucional é atacada com relação à ausência de legitimidade democrática para tomada de decisões no sentido de eleger e determinar a realização de políticas públicas visando à implementação dos direitos fundamentais sociais, de ampliar, estender e em certa medida alterar o conteúdo e o sentido de legislação oriunda de legal processo legislativo, alterando o desejo último do legislador, enquanto representante da maioria democrática, ou seja, ao assumir funções que, em princípio, seriam atribuições inerentes ao Poder Executivo e Legislativo, se tomada em conta a Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu.

⁶⁵ Cumpre salientar, lembrando a orientação de BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. “Que a acepção pretendida para o termo “política”, neste trabalho, é ampla, transcendendo a qualquer conotação partidária ou de luta pelo poder, sendo compreendida como a abrangência de toda influência extrajurídica capaz de ser causa de afetação de um julgamento.

⁶⁶ Utiliza-se, neste ponto o termo ativismo judicial, como a atuação proativa do Poder Judiciário na realização de uma hermenêutica aberta, não limitada por um silogismo lógico, incorrendo, não raras vezes, em desempenhar funções que são atreladas, *prima facie* aos Poderes, Executivo e Judiciário, como, na judicialização de políticas públicas, e criação de “normas” não explicitadas pelo Legislador, ou seja, que não se subsumam perfeitamente ao texto da Lei.

significa a final decisão de questões sociais, políticas, sociais ou morais relevantes, 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.”⁶⁷ Em outras palavras de Barroso:

[...] judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.⁶⁸

Esse é um fenômeno que deixou de pertencer ao mundo romano-germânico e vem se estabelecendo e se alastrando mundialmente, mesmo nos países que adotaram o tradicional modelo inglês – “a chamada democracia ao estilo de Westminster”, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.⁶⁹

O fenômeno da judicialização decorre da conjugação de diversos fatores

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, 2010>. Acesso em 25 de setembro de 2011.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 10 Junho de 2010.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, 2010>. Acesso em 25 de setembro de 2011. Importa referir que o próprio modelo inglês em virtude da União Européia, vem avançando nesta questão e reconhecendo um espaço mais amplo de atuação à jurisdição constitucional.

“Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, (Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Este exemplo e os seguintes vêm descritos em maior detalhe em Ran Hirschl, *The judicialization of politics*. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 124-5.); Estados Unidos (Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*); Israel (Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino.); Turquia (Decisões da Suprema Corte destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico.); Hungria (Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade.) e Coreia (Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por *impeachment*.) dentre muitos outros. No início de 2010, uma decisão do Conselho Constitucional francês (Na França, foi anulado o imposto do carbono, que incidiria sobre o consumo e a emissão de gases poluentes, com forte reação do governo. V. *Le Monde*, 12 jan. 2010, http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/01/12/m-devedjian-je-souhaite-que-le-conseil-constitutionnel-soit-a-l-abri-des-soupcons_1290457_823448.html) e outra da Suprema Corte americana (a decisão em *Citizens United v. Federal Election Commission*, invalidando os limites à participação financeira das empresas em campanhas eleitorais, foi duramente criticada pelo Presidente Barak Obama. V. *New York Times*, 24 jan. 2010, p. A-20) produziram controvérsia e a reação política dos dois presidentes. Na América Latina, o caso da Colômbia é um dos mais significativos.”

históricos, políticos e sociais, não se podendo atribuir a sua ocorrência a um único e específico fator isolado. Em apertada síntese, respeitando as limitações espaciais e temporais do presente trabalho, apresentam-se três grandes fatores/causas que criam o substrato fático e jurídico para a ocorrência da judicialização.

Identifica-se como primeira causa para a judicialização, sobretudo no Brasil, a redemocratização pela qual passou o país na década de 1980, culminando com a promulgação da Constituição de 1988. Esse novo panorama, com a recuperação das garantias da magistratura possibilita um Poder Judiciário fortalecido, independente, capaz na aplicação do ordenamento e, sobretudo do texto constitucional, ainda que em enfrentamento direto com os demais Poderes. Com a necessidade de completude e integração do texto constitucional, o Judiciário abandona seu caráter tecnicista-formal – inspirado na corrente positivista, e a interpretação abandona seu caráter silogístico, ocorrendo uma virada hermenêutica.⁷⁰ No que tange às instituições, a roupagem democrática implicou uma nova geração de Ministros do Supremo Tribunal Federal, a qual não deve sua nomeação à ditadura militar e reavivou a cidadania, garantindo à população um nível mais elevado de informação, o que permitiu um maior conhecimento e busca pela tutela dos direitos em juízo. Por fim, a democracia, ainda fortaleceu e estendeu a atuação do Ministério Público, bem como da Defensoria Pública, expandindo e fortalecendo o Poder Judiciário como um todo, ampliando a demanda por justiça na sociedade pátria.⁷¹ Essa redemocratização, aqui aprofundada como causa da judicialização no Brasil, também é verificada nos demais países que enfrentam esse fenômeno, europeus e americanos, contudo em períodos históricos distintos, sendo o Brasil um dos últimos países a passar por este processo.⁷²

Uma segunda causa da judicialização já foi amplamente tratada no item anterior, qual seja, a constitucionalização abrangente, não apenas no Brasil, mas em todo o

⁷⁰ A doutrina positivista encontra-se em desacordo com as atuais e necessárias conformações do Estado Contemporâneo – Estado Democrático de Direito, de conotação mais social do que liberal. A hermenêutica estática e fechada proposta pelo positivismo, entendendo o direito como autônomo à moral e à política, não mais consegue cumprir seu papel de instrumento regulador do Estado e ferramenta de implementação dos ditames constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, em especial os sociais, tomados em seu caráter objetivo e principiológico.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009.

⁷² No Continente Europeu, a redemocratização tem início no segundo pós-guerra, com a democratização da Alemanha Ocidental, vindo a concretizar-se em definitivo com a reunificação Alemã. Seguem esse ciclo Itália, Espanha e mais tardiamente Portugal, referindo os casos mais expressivos. Na América Latina, incluindo o Brasil, a redemocratização somente ocorre na década de 1980 e 90, vez que a maioria dos Estados entra em severas ditaduras militares após a II Grande Guerra.

mundo ocidental. A incorporação no texto das Constituições de matérias anteriormente tratadas apenas no campo político majoritário (Executivo e Legislativo), como os direitos sociais.⁷³ As constituições sociais,⁷⁴ que se fortalecem no Estado Democrático, abandonam seu caráter meramente fixador do poder, transmutando-se em textos dirigentes, amplos, que intencionam forjar um modelo de Estado voltado à consecução da dignidade humana e da igualdade material. O texto constitucional brasileiro é audacioso, amplo, ambicioso. Em uma conformação analítica, a Constituição de 1988 desconfia do legislador e incorpora uma grande quantidade e variedade de direitos. E “como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito.”⁷⁵ Dito de outro modo, a inserção no texto constitucional de um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, acarreta a transformação destes, ainda que potencialmente, em pretensões jurídicas judicializáveis, ou seja, passíveis de serem pleiteadas em ações judiciais. A título de exemplo, por ocorrerem com grande frequência, crescente demanda de ações buscando a tutela de direitos sociais, de proteção ao consumidor, ao idoso, à criança e aos adolescentes.⁷⁶

O terceiro grande fator que pode ser apontado como causa da judicialização, consiste no abrangente e complexo sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, a partir da Constituição de 1988.⁷⁷ O controle de constitucionalidade

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. e LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. 265 p. A denominada constitucionalização do direito é um fenômeno, como já tratado alhures, que implica diretamente a judicialização. A partir da tomada do texto constitucional, repleto de direitos fundamentalizados, tomados em sua acepção objetiva e subjetiva, enquanto princípios informadores que irradiam seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, a necessidade de ampliação no âmbito da interpretação efetuada pelo Poder Judiciário, não apenas se justifica, mas se torna imperiosa. A eficácia vertical (*Austrahlungswirkung*) e horizontal (*Drittwirkun*) dos direitos fundamentais contra terceiros, inclusive atingindo os tradicionais ramos do direito privado (como o civil, denotadamente em sua seara contratual, onde o contrato fazia “lei” entre as partes autônomas em suas vontades), significa que todo o direito deve ser lido, interpretado, aplicado a partir da luz irradiada pelos direitos fundamentais.

⁷⁴ Entende-se por Constituição Social aquela fruto do Estado Social de Direito, a qual abarca não mais tão somente direitos fundamentais individuais, direitos de defesa contra o Estado, sendo um documento de fixação do poder do Estado, garantias e deveres dos cidadãos, mas também, direitos sociais, direitos a uma efetiva prestação por parte do Estado para com o cidadão, sobretudo, no sentido de preservar e tutelar a dignidade da pessoa humana, visando minimizar as mazelas e horrores propiciados pela conformação liberal do Estado em sua face mais perversa, nos regimes totalitaristas que culminaram nas duas grandes guerras mundiais.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle da Constitucionalidade no Brasil*. Disponível em:

brasileiro é misto ou híbrido, eis que abarca tanto o controle difuso, de origem americana, quanto o concentrado, de origem européia. Conforme assentos históricos, desde a República o Brasil adota o controle incidental ou difuso, significando que juízes, desde que instados a tanto, procedam no controle constitucional de texto de lei, analisando um caso concreto. Já do modelo europeu concentrado, importamos as ações diretas ao Supremo Tribunal Federal, permitindo que todas as matérias referentes aos direitos fundamentais e ao texto constitucional sejam levadas a seu conhecimento, ampliando sobremaneira o rol dos legitimados à sua propositura, consoante se depreende da leitura do texto do art. 103 da Constituição Federal de 1988.⁷⁸

No que pertine à realidade pátria, há que se reconhecer certo “incentivo” à judicialização por parte dos atores políticos, na medida em que o Judiciário figure como instância de decisão acerca de questões polêmicas e complexas, as quais causam celeuma e divergência moral no âmbito social. Destarte, o desgaste inevitável pela deliberação e posicionamento sobre estes temas controversos,⁷⁹ são suportados pelo Poder Judiciário e não pelo Poder Executivo e Legislativo, instâncias representativas majoritárias, sujeitas à aprovação/reprovação popular, explicitada a cada pleito eleitoral. “No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate.”⁸⁰

<http://www.direitointegral.com/2008/11/controle-de-constitucionalidade-no.html>> Brasil, 2005, Acesso em: 23 julho, 2010. “No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade sofreu substancial reforma com o advento da Constituição de 1988. Embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.”

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009. Art. 103 da CF/88: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

⁷⁹ São exemplos desses assuntos divisivos decididos em última instância pelo Supremo Tribunal Federal: uniões homoafetivas, interrupção de gestação em caso de anencefalia, demarcação de terras indígenas, extradição/asilo político do militante Italiano Cesare Battisti, pesquisas com células tronco, importação de pneumáticos usados ou remoldados, ações afirmativas e a polêmica prestação do direito à saúde, só para citar as mais debatidas.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO->

O que se visualiza, conseqüentemente, é o Supremo Tribunal Federal, sobretudo, em destaque na imprensa falada, televisionada e escrita do país. Essa presença não se enquadra em matérias a respeito do Poder Judiciário, mas sim, nos editoriais da política, da economia da ciência e dos mais variados assuntos relevantes para a vida da comunidade e do Estado. A grande maioria das questões relevantes politicamente para a realidade nacional foram “judicializadas”, ou seja, levadas a conhecimento do Poder Judiciário, denotadamente do Supremo Tribunal Federal.⁸¹

A Judicialização é, pois, um fenômeno inelutável e inafastável na atual configuração do Estado Democrático de Direito que prevê uma Jurisdição Constitucional e um Poder Judiciário aos quais é constitucionalmente proibido deixar de conhecer das causas que lhes forem entregues à análise, desde que pelas vias processuais legalmente corretas. Este fenômeno não é uma escolha, uma opção política do Judiciário, mas sim decorrência da própria organização institucional vigente no Estado. A forma, contudo, como juízes, desembargadores e ministros exercem essa função pública que lhes compete é sim uma escolha e será determinante para a ocorrência, ou não, de outro fenômeno, o ativismo judicial⁸²

O ativismo judicial, como já referido, é favorecido pela judicialização, ou seja, pela levada à apreciação do Poder Judiciário de matérias com viés político, possibilitando uma tomada de atitude, um posicionamento, uma escolha pelos magistrados na resolução dos conflitos que lhe são dados a conhecer.

A expressão ativismo foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, por volta

[2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, 2010](#). Acesso em 25 de Setembro. 2011.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf, 2010>. Acesso em 25 de setembro de 2011. “A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).”

⁸² Impõe-se referir que a judicialização favorece o ativismo, mas este não depende dela, eis que pode ocorrer mesmo sem uma abertura institucional e estrutural para tanto.

da década de 1950, qualificando a atuação da Suprema Corte na era Warren⁸³, quando se verificou uma revolução silenciosa e de raízes profundas nas práticas políticas americanas, protagonizada por uma jurisprudência progressista na defesa, proteção e implementação de direitos fundamentais.⁸⁴

Seguindo o caminho trilhado por Barroso, podem-se citar exemplos paradigmáticos que entraram para a história do constitucionalismo mundial e americano, representativos de uma “postura ativista” da defesa dos direitos fundamentais durante a Corte de Warren eis que as mudanças neles determinadas prescindiram de qualquer ato do Congresso e ou de decreto Presidencial: Caso *Brown v. Board of Education*, 1954 – reconheceu-se a ilegitimidade da segregação racial nas escolas; Caso *Gideon v. Wainwright*, 1963 – assegurou-se o direito de defesa por advogado aos acusados em processo criminal; Caso *Miranda v. Arizona*, 1966 – foi reconhecido o direito a não – auto-incriminação; Caso *Griswold v. Connecticut*, 1965 – reconheceu-se o direito de privacidade, restando o Poder Público vedado de invadir o quarto de um casal a fim de reprimir o uso de contraceptivo. Outras relevantes decisões foram tomadas no que tange à liberdade de imprensa – Caso *New York Times v. Sullivan*, 1964 – e a direitos políticos – Caso *Baker v. Carr*, 1962. Já em 1973, houve o reconhecimento do direito de igualdade às mulheres no Caso *Richardson v. Frontiero*, bem como de seus direitos autônomos sobre a decisão acerca da

⁸³ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional* – entre o constitucionalismo e a democracia. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 90-95, passim. Nos Estados Unidos identifica-se o período de atividade da Suprema Corte pelo nome do Juiz que preside o Tribunal no respectivo período. O período no qual surgiu pela primeira vez o conceito de ativismo judicial na Suprema Corte Americana, está compreendido entre 1954 a 1969, quando foi presidida por Earl Warren, por isso a denominação “Era Warren” ou “Corte de Warren”.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011: “A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, jan. 1947, p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of judicial activism*, *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: ‘Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano”’.

reprodução, sendo vedada a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação no Caso *Roe v. Wade*.⁸⁵

Essa enumeração representa os casos que mais evidenciaram uma revolução nas bases da sociedade e da política nos Estados Unidos nas décadas de 50 a 70, sem, contudo, qualquer participação do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo.⁸⁶ Essa circunstância em Estado de cunho marcadamente liberal, apegado à lei e ao Parlamento, como máxima expressão da vontade do povo e da liberdade, foi motivo de estranheza, e desaprovação em uma nítida reação conservadora, o que explica, desde então no constitucionalismo ocidental, a assunção de uma conotação negativa, depreciativa ao termo “ativismo judicial”, que restou vinculado a uma atuação ilegítima, imprópria do Poder Judiciário.⁸⁷

Tomando-se uma análise mais acurada da evolução do constitucionalismo norte-americano, onde o fenômeno do ativismo judicial teve seu primeiro registro (ou pelo menos foi assim nominado), denota-se que este termo acaba configurando um conceito vazio. Dito de outra forma, o fenômeno do ativismo judicial nasce e se sustenta marcado sob a pecha depreciativa, por representar uma atuação progressista da Suprema Corte Americana, todavia, esta mesma Corte foi acusada de ser ativista ao decidir de forma extremamente conservadora, em outros momentos históricos.⁸⁸ Esses fatos autorizam o entendimento de que a elaboração do conceito

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. Ver também evolução histórica da Suprema Corte Americana e do fenômeno do ativismo judicial em: BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional – entre o constitucionalismo e a democracia*. Belo Horizonte: Forum, 2007. e STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2005.

⁸⁶ A questão que ainda hoje se debate no meio jurídico, político e acadêmico é se as mudanças protagonizadas pelas decisões judiciais interpretativas refletem eventuais transformações da sociedade e integram a atividade judicial – especialmente numa ordem constitucional eminentemente principiológica, ou violam a “democracia” e se caracterizam como um ativismo, uma atuação exacerbada do Judiciário no cumprimento de suas competências.

⁸⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional – entre o constitucionalismo e a democracia*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. p. 10: “Como assinalado no texto, a expressão ativismo judicial foi amplamente utilizada para estigmatizar a jurisprudência progressista da Corte Warren. É bem de ver, no entanto, que o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador. De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu no período que foi de meados da década de 50 a meados da década de 70 do século passado.

de ativismo e a classificação da atuação do Judiciário, especialmente da Jurisdição Constitucional como ativista, depende do contexto, elementos e bases que se toma para essa categorização.⁸⁹ Infere-se que o conceito considerado de ativismo tomado em conta para classificar a atuação do Poder Judiciário, em especial da Jurisdição Constitucional, varia de acordo com a época histórica, com a conformação do Estado e o que é esperado de suas instituições, dependendo em grande medida, de sua conformação filosófica, cultural e social.⁹⁰

Se o conteúdo mais progressista ou conservador das decisões não satisfaz os critérios para que se possa classificar a atuação do Judiciário, em especial da Jurisdição Constitucional como ativista, infere-se que “a idéia 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.”⁹¹

Luís Roberto Barroso possui o entendimento, o qual acompanha a linha desenvolvida por este trabalho, de que não raras vezes, nos casos tidos como de ativismo judicial, nem sequer há confronto entre os Poderes, mas tão somente, uma mera ocupação pelo Poder Judiciário, de espaços vazios deixados pelo Executivo e/ou Legislativo. Exemplificando:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que

Todavia, depois da guinada conservadora da Suprema Corte, notadamente no período da presidência de William Rehnquist (1986-2005), coube aos progressistas a crítica severa ao ativismo judicial que passou a desempenhar. V. Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist, *The scientific study of judicial activism*, *Minnesota Law Review* 91:1752, 2006-2007, p. 1753 e 1757-8; Cass Sunstein, *Tilting the scales rightward*, *New York Times*, 26 abr. 2001 (“um notável período de ativismo judicial direitista”) e Erwin Chemerinsky, *Perspective on Justice: and federal law got narrower, narrower*, *Los Angeles Times*, 18 mai. 2000 (“ativismo judicial agressivo e conservador”).

⁸⁹ Essa especificação, conceituação e classificação são exploradas na seguinte obra: TUSHNET, Mark. *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁹⁰ BERCOVICI, Gilberto et al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 42-43. “Essa diferença fundamental entre a posição deliberativa e a libertariana pode ser observada, por exemplo, na contenção da legislação do *New Deal*, realizada pela Suprema Corte norte-americana. Uma concepção democrático-deliberativa certamente não teria assumido a postura ativista que a Suprema Corte assumiu, durante a chamada ‘Era Lochner’, na restrição da intervenção estatal na vida econômica.”

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. p. 10.

os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.⁹²

Não obstante decorrer a judicialização da conjuntura institucional que compõe o Estado Democrático de Direito, em especial no que tange ao controle de constitucionalidade e todos os fatores envolvidos nesta atribuição do Poder Judiciário e inexistirem parâmetros seguros para definição do que seja o ativismo judicial, severas objeções são levantadas contra esses dois fenômenos, tumultuando o constitucionalismo contemporâneo no Brasil e no mundo.⁹³

As críticas e objeções mais ferrenhas não bastam, contudo, para infirmar a atuação do Poder Judiciário, especialmente, da Jurisdição Constitucional na efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os sociais. Todavia merecem apreço, eis que seu esquecimento representaria uma atitude prepotente e arrogante de um Poder cuja função é ser instrumento de proteção e efetivação da democracia.

As principais contrariedades apontadas à atuação judicial, recaindo na judicialização e no ativismo podem ser agrupadas em três categorias: político-ideológica; quanto à capacidade institucional e quanto à limitação do debate,

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. p. 11.

⁹³ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000. p. 125-156. Refere, a autora, que a sociedade atual está órfã, dotada de uma característica de infantilidade e assim, vê na atuação do judiciário o seu superego. Coloca a problemática durante a evolução do Estado de Direito, na assunção do Poder Judiciário a essa característica de superego social, eis que se corre o perigo dele assumir o papel do próprio Imperador ou Monarca substituído, uma vez que, sendo a última palavra em termos de aplicação e interpretação do direito, as Cortes Constitucionais fogem a qualquer tipo de controle social ou estatal. Para responder a esse impasse, essa Autora apresenta o fato de que a Norma Constitucional passa a ser vista como uma ordem superior de valores, como documento da institucionalização de processos e de garantias fundamentais das esferas de liberdade. Assim, os Tribunais Constitucionais como interpretadores e garantidores dessa ordem supervalorativa tem o poder de exercer por meio de suas decisões a efetivação de tais preceitos e normas constitucionais. Trata-se, nesse sentido, de permitir à sociedade através da interpretação das regras constitucionais uma composição dos valores sociais com os valores individuais. O judiciário atua, integrando o Texto Constitucional, interpretando-o a fim de que os direitos fundamentais tenham a conotação de direitos sociais, voltados ao bem de toda a comunidade.

fechamento do âmbito de interpretação.⁹⁴

As críticas político-ideológicas consolidam-se, sobretudo, em razão da forma de investidura nos cargos dos juízes e membros dos tribunais que não se dá através de eleições diretas, mas sim por concurso público, promoção e indicação do Chefe do Poder Executivo. Desconsiderando este fato, o Judiciário quando invalida atos dos outros dois Poderes, ou lhes impõe atuação, desempenha papel eminentemente político, caracterizando o que a teoria constitucional denomina de “dificuldade contramajoritária”. Consoante o cerne desta objeção, a atuação expansiva da jurisdição constitucional e do Judiciário prescinde de legitimidade democrática, não sendo também o mais eficiente instrumento para proteção e efetivação dos direitos fundamentais.⁹⁵

Infere-se que a legitimidade para essa atuação expansiva e criativa da Jurisdição Constitucional e em última medida do Judiciário, inclusive invalidando atos dos outros dois Poderes do Estado, sustenta-se sobre uma justificativa de natureza normativa e outra de natureza filosófica. Normativamente justifica-se singelamente, pelo fato desta competência vir estabelecida no texto da Constituição, seguindo a lógica de que a maior parte dos Estados Democráticos reserva uma parcela de poder político a ser exercida por agentes públicos não eleitos, sendo a sua atuação eminentemente técnica e imparcial.⁹⁶ A justificativa filosófica resulta do acoplamento de duas idéias que, contudo, não se confundem e muitas vezes ainda que aparentemente, entram em conflito, quais sejam, o constitucionalismo e a democracia, entendidos como limitação ao poder – proteção aos direitos fundamentais e governo do povo –

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. e BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009. p.8: “A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*.” Ver também, WALDRON, Jeremy. *A dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹⁶ Há que se tomar essa justificativa com certa reserva, na medida em que a atuação do Judiciário ao interpretar a Constituição, as demais normas do ordenamento jurídico e efetivar direitos fundamentais, não se reveste de neutralidade e imparcialidade, vez que em muitos casos há a necessidade de criação e integração do ordenamento jurídico, quando o texto normativo é vago e amplo, distanciando-se do simples silogismo hermenêutico. Podem ser apresentados como exemplos de termos que necessitam integração e completude, dignidade humana, boa-fé objetiva, direito de privacidade, tratamento desumano ou degradantes, e nessa seara a maioria rol elencado como direito fundamental.

soberania popular, respectivamente.⁹⁷

Essa relação aparentemente tensa e conflituosa entre constitucionalismo e democracia exige da Constituição que estabeleça as regras do jogo democrático, assegurando o governo da maioria, a alternância de poder e uma participação política ampla, bem como proteja direitos fundamentais e valores sociais ainda que minoritários, contrariando a vontade circunstancial daqueles que detém mais votos.⁹⁸

As objeções quanto à capacidade institucional decorrem do fato de que o Poder Judiciário, embora seja o constitucionalmente legitimado para interpretar em última análise os textos de lei, mais especialmente o texto constitucional, não deve e não pode se tornar um poder hegemônico nesta função. A hermenêutica constitucional é função de todos os Poderes do Estado, na medida em que estes são subjugados e submetidos à Constituição, enquanto norma fundamental e suprema do ordenamento jurídico, vinculando Estado e particulares. Na busca por limitações à hegemonia do Poder Judiciário, a doutrina constitucional vem desenvolvendo a idéia da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos. Sob o enfoque da primeira discute-se qual Poder encontra-se melhor habilitado para decidir específicas matérias, dependendo de sua natureza, vez que o juiz singular ou os tribunais podem não estarem devidamente qualificados para deliberar acerca de questões complexas, como a utilização de células-tronco em pesquisas genéticas, a transposição do curso de rios, a demarcação de terras indígenas, o aborto em caso de anencefalia. Os efeitos sistêmicos, por seu turno, são imprevisíveis e indesejáveis, pois o Poder Judiciário ao decidir determinada causa, não possui condições de avaliar os efeitos que essa decisão pode tomar se considerada em macro escala, ou seja, se aplicada indistintamente aos casos semelhantes, sobretudo se versar sobre a efetivação de direitos fundamentais sociais, que demandam prestações estatais. “O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009. p. 9.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009. p. 9. “Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número.”

público”.⁹⁹

A crítica quanto à limitação ao debate, ou fechamento da interpretação constitucional, decorre do fato de o discurso e a argumentação jurídica vestirem métodos e instrumentais próprios de interpretação, que fogem à generalidade da população. Consequentemente resultam da judicialização, fechamento e elitização do *locus* de debate, com a exclusão dos que não dominam a necessária técnica. Outro ponto criticado nessa linha é o perigo em se produzir na sociedade uma apatia das forças sociais, que passarão a ver no Judiciário providente a solução para todas as questões complexas e conflitivas que pululam na sociedade em uma noção do Judiciário como superego da sociedade. Visto sob a ótica do Judiciário, há o perigo de que este, tomado pelos clamores sociais, abandone seu caráter jurídico e passe a julgar fazendo pesar mais no prato da balança, os aspectos políticos.¹⁰⁰

Não se pode olvidar outro risco apontado à judicialização e ao ativismo judicial qual seja o risco da politização da justiça. Já não se aceita como verdadeiro em uma visão pós-positivista a proclamação de que o Direito é uma ciência objetiva, sendo neutros seus intérpretes. Na quadra atual do constitucionalismo, o direito não se confunde com a política, mas sim, aproxima-se dela¹⁰¹, enquanto instrumento promotor de justiça e da dignidade da pessoa humana. Nada obstante, a linha divisória entre Direito e Política é muito tênue, pouco nítida e móvel, dependendo do que se tome por Política. Assim, Direito pode ser considerado Política, em razão de alguns fatores: sua criação é fruto da vontade deliberativa da maioria, manifesta na Constituição e nas leis, sua aplicação não se dissocia dos efeitos que produz no âmbito social, nem dos anseios, sentimentos e expectativas dos cidadãos e por fim, juízes, desembargadores e ministros não são sujeitos amorais, sem memória, sem

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. P. 13 e BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político – social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado* – v. 1, n. 3, jul/set. 2006. p. 118-128.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011. p. 15. Nesse sentido também a contribuição de Habermas ao entender que o processo democrático ideal, ocorre a partir de uma relação comunicacional – ação comunicativa – entre atores livres, em condições de igualdade de discurso e vontade não coitada. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

¹⁰¹ Nesse sentido: GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

valores, destituídos de história, sendo que suas cargas valorativas e políticas acabarão inscritas em suas decisões em maior ou menor medida. Em razão desse panorama, a Constituição que faz uma interface entre o universo jurídico e o político, buscando submeter o poder às instituições jurídicas como a justiça, a segurança e o bem-estar social, sempre será interpretada também sob uma dimensão política, ainda que limitada pelas balizas ofertadas pelo ordenamento vigente.¹⁰²

Não se pode permitir que as relações políticas verificadas na sociedade determinem em última instância o direito, configurando a tão temida politização da justiça. A fim de se fugir desse fantasma, urge que as decisões judiciais, em especial em sede de controle de constitucionalidade – Jurisdição Constitucional – sejam conduzidas e justificadas por ampla construção argumentativa fulcrada em bases jurídicas.¹⁰³

Relevante distinção feita por Dieter Grimm informa que a separação verificada entre direito e política em nível de aplicação daquele é de natureza institucional, ou seja, visa proteger os órgãos da jurisdição em sua atuação de aplicar o direito de qualquer ingerência política, em especial das esferas administrativas decisórias e dos partidos políticos nelas representados. Este controle do conteúdo da jurisdição se legitima pela promulgação de normas gerais que devem ser respeitadas pelos tribunais, não podendo ser afastadas. Esse mecanismo garante que os resultados indesejados que eventualmente decorram das decisões dos tribunais não possam ser alterados em razão de pressões políticas, somente podendo ser evitados no futuro a partir da alteração da legislação em vigor. Não resta, pois, garantido que o procedimento de aplicação judicial do direito seja internamente apolítico não deixando espaço para decisões constitutivas ou que produzam efeitos políticos que ultrapassem o das normas em geral.¹⁰⁴

Essa conformação de apoliticidade plena do direito em sua aplicação somente seria possível em um ordenamento estreme de lacunas, capaz de prever todos os

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009. p. 10.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009. p. 11. “Nessa linha cabe reavivar que o juiz (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis e não por vontade própria. (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis. (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.”

¹⁰⁴ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15-17.

fatos e contextos reais em que o texto de lei pode ser aplicado e preenchendo completamente os requisitos do suporte fático. Não sendo possível jurídica e faticamente a existência de um ordenamento de tal modo completo, a existência de normas gerais que se limitam a indicar em linhas gerais a solução para o caso concreto e mais, não há no ordenamento norma que jamais suscite dúvida em sua aplicação, demandando atividade hermenêutica integrativa.¹⁰⁵

Dito de outro modo, na aplicação do direito a cognição e os elementos volitivos apresentam-se ligados de maneira resoluto, sendo desde a escolha do próprio método de interpretação, já uma escolha volitiva do aplicador, que foge ao poder de regulação do legislador. “Destarte, o conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, a própria justiça se constitui em um poder político.” Faz-se a ressalva, contudo que reside uma diferença substancial no sentido de política, vez que a aplicação do direito limita-se a um âmbito normativo restrito, não perseguindo objetivos políticos próprios, constituindo uma maior garantia de imparcialidade.¹⁰⁶

No que diz respeito especificamente à Jurisdição Constitucional que em decorrência do seu objeto de análise – proteção, integração, completude e efetivação do texto constitucional – encontra-se muito mais próxima da esfera política em suas decisões, considerando que o texto constitucional é o repositório da vida política da sociedade e do Estado, forjado e forjador da cultura deste Estado.¹⁰⁷

Uma vez demonstradas, respeitando os limites materiais desse trabalho, as noções dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, juntamente com as principais críticas que os acompanham, é chegado o momento de se fazer referência ao outro lado da moeda, ao fenômeno que se contrapõe ao ativismo, qual seja a autocontenção judicial ou *self restraint*, como restou denominada na doutrina norte-

¹⁰⁵ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15-17.

¹⁰⁶ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15-17.

¹⁰⁷ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17-18. Também: UGARTE, Pedro Salazar. *Justiça constitucional y democracia: el problema de la última palabra*. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp). *Corte, jueces y política*. Ciudad del Mexico: Nexos, 2007. p. 46.: “Pero lo cierto es, que el trabajo de los jueces constitucionales tiene una ineludible dimensión política que exige adoptar posiciones y asumir consecuencias. Lo quieran o no, los intérpretes constitucionales está inmersos en la lucha política y desempeña, un papel relevante en la misma. Y lo hacen decidiendo: optando ente las alternativas “constitucionalmente” posibles. [...] Hay una premisa que conviene tener presente: las tensiones entre algunas instituciones de la democracia representativa y algunas instituciones del constitucionalismo contemporáneo existen porque la política impacta en el derecho y el derecho transforma a la política. Y por eso no es baladí preguntar: ¿quién debe tener la última palabra sobre las cuestiones fundamentales?”

americana.

A autocontenção judicial indica ao Poder Judiciário um dever de reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Há a necessidade do Poder Judiciário abster-se de se imiscuir nas atividades típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Sob esse enfoque, seguindo o entendimento de Barroso, os decisores judiciais devem: evitar aplicar diretamente a Constituição a situações não evidentemente expressas, aguardando a manifestação do Poder Legislativo (legitimado democraticamente); utilizar critérios definidos e rígidos leia-se, silogísticos para a declaração de inconstitucionalidade de texto de lei e demais atos normativos e ainda, abster-se completamente de intervir de qualquer modo na definição de políticas públicas, implementadoras, mormente, de direitos fundamentais sociais.¹⁰⁸

Os fenômenos da autocontenção judicial e do ativismo são em certa medida, complementares e se verificam na maioria dos países que adotam o sistema concentrado de controle de constitucionalidade de leis e atos do poder público, sendo a competência das Cortes ou Tribunais Constitucionais. A variação mais para um ou para outro, depende da configuração do Estado e das relações de poder e prestígio estabelecidas entre o Judiciário e os outros dois Poderes – Legislativo e Executivo, dadas a partir do próprio contexto institucional e histórico.

Este complexo panorama institucional que se desenhou neste item, respeitando os limites materiais e espaciais do presente trabalho, é resultado da repercussão da efetivação de direitos fundamentais, sobretudo sociais – ressaltando que não somente deles, mas os enfatizando em razão do foco de interesse do presente trabalho – via Judiciário – Jurisdição Constitucional e do que isto implica na relação entre os Poderes Estatais. No próximo item, procede-se a uma análise de mais esta relevante contingência do Constitucionalismo Contemporâneo.

2.3 A repercussão da concretização dos direitos fundamentais a partir da jurisdição constitucional na relação com os demais poderes

Como se tem procurado demonstrar ao longo deste estudo, a transmutação funcional da Constituição, tomada não apenas como instrumento fixador e limitador do Poder, mas especialmente como norma suprema do ordenamento jurídico,

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p. 2-22, abril/maio/junho. 2009. p. 6.

garantidora de direitos fundamentais tomados em sua acepção principiológica e axiológica, vinculante de todo o ordenamento é inequívoca e representa a face do constitucionalismo contemporâneo.

A conformação institucional do Estado Democrático de Direito proporciona também a transformação no papel e atuação da Jurisdição Constitucional, que ao interpretar a Constituição, zelando pela proteção de seus ditames, tem como missão a efetivação e implementação dos direitos fundamentais individuais, sociais e/ou dos transindividuais. Nesse panorama, a atuação da Jurisdição Constitucional se amplia, implicando nos fenômenos da judicialização, facilitando, em alguns casos, o ativismo judicial, conceitos já tomados em análise.

Percorrido esse caminho evolutivo histórico-temporal acerca dos institutos acima referidos cabe agora enfrentar outra relação que aparentemente se revela conflituosa configurando também contingência presente no constitucionalismo contemporâneo. A atuação do Poder Judiciário, notadamente da Jurisdição Constitucional, efetivando direitos fundamentais, especialmente os sociais, sob os fenômenos da judicialização e/ou do ativismo judicial, parece implicar um desequilíbrio na relação entre os Poderes do Estado, se tomada em conta a Teoria da Separação de Poderes na acepção em que foi concebida.¹⁰⁹

Busca-se, desta forma, averiguar, se efetivamente o apreogado desequilíbrio ocorre e em caso afirmativo, em que medida há ofensa à garantia constitucional da formação tripartite dos Poderes do Estado.

Para tanto, necessário se fazer uma retomada dos pensamentos precursores e fundadores da teoria da separação de poderes. Esta teoria, consoante se elucidou no item primeiro deste trabalho, surge a partir do pensamento de Montesquieu, ainda sob a face de um Estado Absolutista, vindo mais tarde ser sustentáculo para as Revoluções Liberais Burguesas que são marcos de fundação dos Estados Liberais de Direito. Para Montesquieu, cada Estado possui funções distintas de três espécies: a legislativa, a executiva das coisas que dependem do direito das gentes e a judiciária,

¹⁰⁹ A proposta de Sieyès, constante em sua clássica obra traduzida para o português sob o título *A constituinte burguesa*, é trazido por BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 20.: “Cabe ressaltar, no entanto, que a proposta de Sieyès foi elaborada em um contexto em que se queria estabelecer a superioridade política do povo (ou nação, na linguagem de Sieyès) sobre o monarca. Este deveria governar dentro dos limites estabelecidos por aquele. O autor não pensava, nos momentos iniciais da Revolução Francesa, nos quais a sua proposta foi formulada, na supressão total do poder do rei. Certamente a proposta do autor não se daria nos mesmos moldes em um contexto em que o poder já fosse exercido, também no plano ordinário de governo, pelo povo.”

das que dependem do direito civil. A primeira confere ao príncipe ou ao magistrado o direito de fazer, modificar e ab-rogar as leis. A segunda confere o direito de fazer a paz ou a guerra, estabelecer segurança, prevenir invasões e a terceira, de punir os crimes cometidos e julgar as querelas dos indivíduos, recebendo a denominação de poder de julgar.¹¹⁰

Infere-se que a teoria de Montesquieu vem fundamentada na liberdade política do cidadão, vez que a segurança provém da tranquilidade do espírito. A liberdade reside em um governo no qual o cidadão não tema o seu semelhante. Isto não ocorre quando as funções legislativa, executiva e judiciária estão reunidas nas mãos de uma única pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, pois sempre haverá o temor de que o mesmo monarca, ou o mesmo senado, estabeleçam leis tirânicas para serem tiranicamente executadas.¹¹¹

Na atualidade, contudo, tende-se a considerar que a teoria da separação de poderes, engendrou um mito, senão, um “monstro” de várias faces que não se permite definir e limitar doutrinariamente, sendo fonte de grande celeuma aos estudiosos do Direito e da Ciência Política. O mito consiste em atribuir-se a Montesquieu a teorização de três poderes separados de forma estanque sendo o executivo representado pelo rei e seus ministros, o legislativo pela câmara alta e câmara baixa e o judiciário pelo corpo de magistrados. Nessa construção teórica, cada poder desempenha sua própria função, sendo inadmitida a interferência e/ou ingerência por parte dos outros poderes.

¹¹²

Muitos autores, dentre eles Canotilho, se debruçaram a demonstrar que esta aduzida separação estanque entre os poderes jamais ocorreu nem na própria teoria de Montesquieu, pois este reconhecia interferência do executivo no legislativo ao prever a possibilidade de veto real às leis, do legislativo no executivo na medida em que os primeiros puderam controlar as leis que votaram exigindo prestação de contas da administração e finalmente do legislativo no judicial, ao prever o julgamento dos

¹¹⁰ BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição*: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 156.

¹¹¹ BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição*: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 157 O federalista Hamilton Madison, nos Estados Unidos apresenta uma inovação ao monarquista Montesquieu ao sustentar que o poder emana sempre do povo, mas também devem aqueles que exercem esse poder, encontrarem-se sempre na dependência do povo, seja pela curta duração de seus mandatos, quanto pelo número de depositários do poder público.

¹¹² BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição*: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 159.

nobres pela Câmara dos Pares.¹¹³

Os doutrinadores pátrios também se debruçam a questionar o conceito de separação de poderes. Alguns vêem contradição na noção de tripartição de poderes, considerando o poder do Estado como uno, sendo divisível somente o desempenho das funções relativas a este poder. Outros indicam que a noção de independência deve dar lugar à harmonia, sendo esta nas manifestações políticas do poder estatal. Há ainda os que sublinham a necessidade de se reconhecer que o equilíbrio entre os poderes no Estado Moderno não decorre tão somente de uma atividade balanceada entre os três poderes, mas depende de controles recíprocos, vez que estes não podem ignorar-se pretendendo bastarem-se a si mesmos.¹¹⁴

Do exposto, parece plausível que originalmente Montesquieu, enfatizou muito mais do que a separação entre os poderes, mas sim, verdadeiramente uma combinação entre eles. Nessa configuração, os juízes representam tão somente a “boca que pronuncia as palavras da lei”, o poder executivo é exercido pelo rei e o legislativo, como já referido pelas Câmaras alta e baixa.¹¹⁵

Por óbvio que a atuação do Poder Judiciário, mais especialmente da Jurisdição Constitucional não se encaixa na função premente idealizada por Montesquieu na Teoria Clássica da Separação de Poderes. Inevitavelmente, a efetivação dos direitos fundamentais, mormente os sociais, através da atuação do Poder Judiciário, sobrelevada na Jurisdição Constitucional, implica desequilíbrio entre os Poderes na medida em que o Judiciário atua imiscuindo-se em atribuições e funções que *prima facie* seriam de competência do Legislativo e Executivo, em se tomando as noções da separação de poderes idealizadas no século XVIII.

Verifica-se desse modo um dilema: o controle de constitucionalidade de atos administrativos e leis constitui-se em um relevante instrumento ao funcionamento razoável da separação de poderes, representando uma garantia contra abusos de quem detém o poder; em contrapartida, aduz-se que o exercício dessa função por órgãos que prescindem de legitimidade popular, o torna ilegítimo, vez que juízes e ministros não são escolhidos diretamente pela vontade popular expressa sob a forma de sufrágio, inobstante tenham sua competência e legitimidade democrática fixadas

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

¹¹⁴ BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 163-264.

¹¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

pela própria Constituição, por via indireta.

Ademais, levantam-se contra a atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais outros argumentos que não se pode ignorar, como a incapacidade do Poder Judiciário, e neste sentido faz-se referência à ausência de meios legais, que garantam efetividade às decisões judiciais. Assim, se os direitos fundamentais pleiteados em juízo, demandarem prestações positivas por parte dos demais poderes, seja na elaboração de políticas públicas, na execução de serviços públicos ou na tarefa legislativa ordinária, ainda que o requerente veja seu pedido ser considerado procedente, faltam meios ao Poder Judiciário que garantam a execução de sua decisão.¹¹⁶

A Constituição prevê alguns instrumentos que podem ser utilizados pelo Judiciário, sobretudo na esfera da Jurisdição Constitucional visando impor a efetivação de certos atos pelos outros dois Poderes. Está-se a referir a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Em que pese a existência destes dois instrumentos no texto constitucional, muito recentemente é que o último vem recebendo efetividade rompendo um posicionamento de autocontenção judicial até então, fortemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹⁷

Torna-se evidente destarte, que o vestuto princípio da Separação de Poderes, nos moldes como foi idealizado por Montesquieu no século XVIII, não mais se presta à conformação atual do Estado Democrático de Direito. O desenho institucional acerca da divisão e separação dos Poderes do Estado, idealizado em sua origem representava muito mais uma construção da arte da política do que da seara jurídica, menos ainda um princípio informador da organização do Estado e da sua distribuição de competências. Representava sim, uma ferramenta para evitar o despotismo real. Sob esta ótica, é intuitivo que a neutralização do Judiciário é uma das bases fundantes

¹¹⁶ KRELL, Adreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 87.

¹¹⁷ São exemplos dessa alteração no panorama de atuação mais pró-ativa do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Mandado de Injunção nº 718 em 2007, referente ao exercício do direito de greve dos servidores públicos e mais recentemente dos Mandados de Injunção de nºs. 943, 1010, 1074 e 1090, referentes ao exercício do direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. No primeiro caso, o Supremo determinou que fosse utilizada a legislação análoga do direito de greve dos empregados privados enquanto perdurasse a omissão legislativa. Já no caso do direito a aviso prévio proporcional, o Supremo julgou procedentes os pedidos, suspendendo o pleito até que fossem decididos quais parâmetros deveriam ser adotados nos casos *sub judice*. Este posicionamento resultou em inequívoca pressão junto ao Poder Legislativo, que de modo impressionantemente célere aprovou legislação regulamentando o exercício desse direito.

do Estado de Direito Liberal.¹¹⁸

Seguindo esta linha de pensamento Andreas Krell assevera:

O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, para que a separação de poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito. Na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a forma de programa *finalísticos*, o esquema clássico da divisão de poderes perde sua atualidade.¹¹⁹

Já se tendo apreciado a necessidade de alteração da hermenêutica constitucional, realizada via Jurisdição Constitucional, os instrumentos utilizados para dar concretude e conferir integridade e sentido axiológico ao texto constitucional de natureza claramente ampla e aberta, bem como os fenômenos que decorrem dessa realidade institucional presente no Estado Democrático de Direito, é chegado o momento de deitar o esforço do estudo sobre as relações nada pacíficas decorrentes da natureza conteudística dos objetos submetidos ao controle judicial.¹²⁰

¹¹⁸ KRELL, Adreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 89. Também LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 210. “Entendemos, no entanto, que a separação dos poderes, em sua concepção original idealizada por Montesquieu como um sistema de freios e contrapesos, não pode ser utilizada como argumento para justificar uma restrição da atuação da jurisdição constitucional neste sentido, uma vez que, a nosso ver, a democracia pressupõe, antes, uma atividade consorciada entre os poderes, sendo cada um deles – isoladamente e em conjunto, dentro de suas especificidades – responsável pela consolidação dos conteúdos e dos valores constitucionais e, em última instância, pela realização da democracia em si. Diante de tal quadro, a questão que se coloca, então, não é, portanto, a de “quanta” jurisdição, mas sim a de “como” ela deve operar para assegurar a sua legitimidade, tendo-se presentes, sempre, a ampliação e a potencialização desta última.”

¹¹⁹ KRELL, Adreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 90. No mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de C. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis. (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos, 2 ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais*, 2001, p. 753-798.: O autor alega que “essa nova percepção leva a um modelo de Estado de Direito no sentido plenamente *material* (e não formal), onde os atos emanados pelos Três Poderes, para terem validade e legitimidade, têm de vir respaldados por todo um contexto jurídico-social, dominado pela nota da *efetividade*, com destaque para os valores maiores da moralidade, eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade. Por isso, deve existir a possibilidade de cobrança das obrigações de fazer do poder público estabelecidas na própria constituição, sendo a sindicabilidade judicial a regra, o que vale especialmente para os objetivos de algumas políticas sociais que foram claramente formulados no texto. [...] Não há fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre as políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários. Dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de efetiva discricção nos atos e condutas da Administração Pública (‘liberdade vigiada’)”.

¹²⁰ Elucida-se por oportuno, que a análise aprofundada no presente trabalho, toma em consideração a atuação do Judiciário – Jurisdição Constitucional, especialmente voltada à efetivação dos direitos fundamentais sociais.¹²⁰

Pode-se mencionar que a atuação do Poder Judiciário, exemplificativamente e na maioria das vezes, não pressupõe a elaboração de políticas públicas, mas tão somente, a imposição da execução daquelas já estabelecidas na Constituição e no ordenamento. As decisões judiciais atuam também como instrumentos de canalização das demandas sociais, aos agentes políticos, vez que representam os anseios da comunidade judicializados.

Contudo, a grande problemática que se instaura acerca dos conteúdos passíveis de sofrerem controle judicial no que tange à efetivação de direitos fundamentais sociais, permeia as políticas públicas e as leis orçamentárias.

Singularizando a análise ao Estado Brasileiro, infere-se que o jogo político institucional acerca da implementação dos direitos fundamentais, notoriamente os sociais, depende de ações conjuntas do Executivo, ao elaborar a política pública, os programas e as ações necessárias para a consecução de seus fins e do Legislativo que vota e aprova os textos de lei autorizadores das ações pretendidas. As políticas públicas, comumente, são implementadas via serviços públicos, ainda que não de forma exclusiva, que podem ser classificado como ferramentas destinadas à realização das políticas públicas.¹²¹ Inegável, contudo, a reduzida efetividade e qualidade na prestação dos direitos sociais à população via políticas públicas, estando longe de serem atingidos os objetivos e princípios do Estado Brasileiro, como a erradicação da fome, das desigualdades, promoção da segurança e como fim precípuo a dignidade da pessoa humana.

Uma das causas mais suscitadas para esta realidade é a insuficiência de alocação de recursos públicos nas Leis Orçamentárias, o que se verifica em todas as esferas da Federação e/ou, pela inexecução dos orçamentos por parte dos gestores públicos. Visto desse modo, o orçamento público se torna peça de grande relevância na realização dos serviços públicos que efetivam direitos sociais. A grande questão

¹²¹ Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. SCHMIDT, João P. In: REIS, J.R; LEAL, R.G.(org). *Direitos sócias e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8, p. 2307-2333.: "A *policy* compreende os conteúdos concretos da política, as políticas públicas. Elas são o "Estado em ação", o resultado da política institucional e processual. As políticas se materializam em diretrizes, programas, projetos e atividades que visam resolver problemas e demandas da sociedade. [...]O conceito *política pública* remete para a esfera do público e seus problemas. Ou seja, diz respeito ao plano das questões coletivas, da *polis*. O público distingue-se do privado, do particular, do indivíduo e de sua intimidade. Por outro lado, o *público distingue-se do estatal*: o público é uma dimensão mais ampla, que se desdobra em estatal e não estatal. O Estado está voltado (deve estar) inteiramente ao que é público, mas há igualmente instâncias e organizações da sociedade que possuem finalidades públicas expressas, às quais cabe a denominação de *públicas não-estatais*."

posta, então é: o Poder Judiciário – Jurisdição Constitucional, tem legitimidade para, corrigir as distorções do sistema, garantindo a efetivação dos direitos sociais, ainda que determinando alteração da lei orçamentária, quando os preceitos constitucionais forem desatendidos e assim o faz?¹²²

A resposta para esta questão está longe de ser pacífica doutrinária e/ou jurisprudencialmente no constitucionalismo contemporâneo. A busca por esta resposta será deslocada para o terceiro e último capítulo deste trabalho quando se procederá à análise desta questão nas decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo a efetivação do direito à saúde, proferidas após a realização da audiência pública da saúde no ano de 2009.

Toma-se emprestado o conceito de orçamento público elaborado por Lôbo Torres que aduz ser esta lei um “documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.”¹²³ Adverte-se que, nada obstante a relevância deste instrumento legal do orçamento público, não há no ordenamento pátrio, norma que vincule a executoriedade da lei orçamentária, tal qual foi votada pelo Poder Legislativo. Essa circunstância acarreta que muitos gestores públicos, entendem-na singelamente como uma autorização legislativa e não uma imposição normativa, deixando de seguir o programa traçado por esta lei de suma relevância às instituições democráticas.¹²⁴

Todas as críticas, já referidas no desenvolvimento do texto, à atuação judicial, sobretudo da Jurisdição Constitucional na efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os sociais, acabam por desaguar em uma “aventada dicotomia” marcante no constitucionalismo contemporâneo tendo como foco, o objeto de controle da jurisdição constitucional. Está-se a referir sobre as correntes do procedimentalismo e substancialismo.

Urge esclarecer que ambas as correntes, em grande medida, mantêm uma postura pró-ativa e não de autocontenção judicial no que diz respeito à atuação da

¹²² KRELL, Adreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 100.

¹²³ TORRES, Ricardo Lôbo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: o mesmo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1999. p. 278. et. seq.

¹²⁴ KRELL, Adreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

Jurisdição Constitucional, diferindo quanto ao conteúdo, objeto desse controle.

O substancialismo defende uma atuação mais pro-ativa, destacada do Poder Judiciário garantindo e concretizando direitos fundamentais, efetuando uma interpretação material da Constituição. O procedimentalismo, em outra via, entende que a função dos órgãos judiciais, em um sentido mais amplo e geral se constitui na salvaguarda dos instrumentos que garantam e assegurem os processos democráticos. Existe consenso entre elas ao reconhecerem, a necessidade de uma hermenêutica mais ampla e aberta, a fim de conferir concretude e completude ao texto constitucional que se apresenta com conteúdos de natureza aberta e indeterminada. Neste sentido, diferenciam-se dos não-interpretativistas, os quais não reconhecem essa abertura hermenêutica, entendendo que a interpretação deva se restringir ao texto, a partir das construções originais e históricas. Infere-se que a distinção tomada pelas duas correntes quanto ao conteúdo passível de controle judicial diz respeito à maior ou menor amplitude de legitimidade conferida à Jurisdição Constitucional reconhecendo os substancialistas, também a competência deste para deliberar acerca da matéria constitucional, de forma ampla, atingindo o núcleo dos direitos fundamentais. Os procedimentalistas, todavia, entendem ser responsável e competente para essa atividade interpretativa material da Constituição o Poder Legislativo, reconhecido como democrático por representar a vontade popular¹²⁵, atribuindo à esfera política os rumos da necessária adequação do direito à realidade Estatal e social. Sob esse enfoque, resta às Cortes Constitucionais e aos Tribunais Supremos, tão somente, fiscalizar os instrumentos democráticos que garantam a efetiva participação nesta discussão.¹²⁶

Contudo discorda-se da necessidade de se entender o relacionamento entre as

¹²⁵ Analisando a questão da legitimidade democrática, importante ressalva é feita por COURTIS, Christian. La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp). *Corte, jueces y política*. Ciudad del Mexico: Nexos, 2007.p. 65.: “En segundo término, el empleo de la noción de representatividad o legitimidad electoral impone considerar una serie de condiciones institucionales. Más allá de la realización periódica de elecciones y del funcionamiento formal de un sistema político y las demandas de la ciudadanía. La noción de representatividad alude a una relación continua entre representantes y representados, y no a la entrega formal de un título de una vez, hasta que el mandato cese. Distinciones como *legitimidad de origen* y *legitimidad de ejercicio* parecen captar dos componentes necesarios de la noción de representatividad. En este sentido, la representación concedida a través del voto no garantiza, necesariamente, representatividad: es difícil que puede calificarse de representativo a un sistema político caracterizado por su corrupción y sus desviaciones, o acostumbrado a autoprogramar sus intereses – por más que se realicen elecciones periódicas.”

¹²⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 95.

correntes substancialista e procedimentalista como uma dicotomia. Há sim uma necessidade de interação, de não exclusão entre elas, vez que a legitimidade de atuação da Jurisdição Constitucional perpassa tanto pela proteção das questões formais – ensejadoras do exercício da democracia, quanto pela efetivação do conteúdo material das normas constitucionais. Não há como se pensar a realização efetiva de um processo democrático sem antes, garantir aos atores sociais as condições ideais de igualdade para que possam exercer suas funções neste processo. Ignorar a pluralidade social, a conformação multicultural, econômica e materialmente desigual da sociedade, como contingentes ao processo democrático, é o mesmo que construir gigantescos e opulentos castelos de areia, vez que sua frágil estrutura certamente ruirá à passagem do tempo. Uma democracia forte, consolidada deve não apenas conhecer, mas buscar minimizar as diferenças, as mazelas sociais, garantindo aos cidadãos não uma igualdade absoluta, vez que o ser humano é único em sua humanidade, mas condições de vida e desenvolvimento humano iguais, capazes de promover a consecução da dignidade da pessoa humana. Somente o debate, a deliberação e a própria escolha representativa ocorrida entre cidadãos em condições existenciais de igualdade em termos de dignidade pode garantir uma real, sólida e efetiva democracia. Impõe-se desse modo, a atuação da Jurisdição Constitucional interpretando e efetivando materialmente os direitos constitucionais, incluídos os direitos sociais, bem como garantindo a proteção aos institutos de participação política cidadã do modelo democrático.¹²⁷

Desse modo, seguindo os passos trilhados por Mônia Clarissa Hennig Leal, no que respeita às correntes procedimentalista e substancialista,

[...] acreditamos que a legitimidade da jurisdição constitucional não passa por um ou por outro dos aspectos, isto é, não se trata de elementos excludentes, sendo que estes aspectos se apresentam não só como conciliáveis, mas também como interdependentes e vinculados, de modo que “substancialismo” e “procedimentalismo” não se afiguram como lógicas excludentes, senão, antes, como lógicas integradoras (a relação que se propõe é pautada, pois, pela dimensão substancialismo + procedimentalismo, e não pela dicotomia substancialismo X procedimentalismo, como ela, tradicionalmente, é tratada pela doutrina). Isto porque, a nosso ver, a legitimidade, num Estado Democrático, pressupõe tanto o aspecto formal quanto o material, sendo eles indissociáveis. Sendo assim, não se pode pretender restringir a atuação dos Tribunais Constitucionais neste sentido, uma vez que isto implicaria, em última instância, uma restrição da própria democracia, que não pode, por sua vez, ser compreendida somente a partir

¹²⁷ BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1-40.

de uma perspectiva eminentemente representativa.¹²⁸

Após as inferências até o momento aduzidas, a questão se coloca de forma a identificar que a legitimidade da atuação da Jurisdição Constitucional não se verifica ou refuta, a partir de sua expansão e/ou retração, mas sim no modo pelo qual ocorre e em que medida se verifica.

No capítulo seguinte, aprofunda-se a análise da necessidade de se proceder à democratização da Jurisdição Constitucional, tomando-se como principal instrumento, o arejamento, a abertura dessa atuação fundamentalmente seguindo a linha desenhada por Häberle de uma Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição.¹²⁹

3 A DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CONTRAPESO AO PROTAGONISMO JUDICIAL

3.1 A problemática da implementação dos direitos fundamentais sociais a partir da necessidade de completude de seus enunciados em uma ordem de direito democrática: a relevância dos argumentos e de um amplo debate como sucedâneo de suas características

A narrativa até então desfechada demonstra a formação das premissas até hoje estruturantes do Estado e das relações sociais, a partir da instauração do Estado de Direito que se forma sob as bases do modo de produção capitalista.

Pode-se visualizar a evolução do Estado de Direito no transcorrer do tempo e como suas estruturas institucionais se portaram diante dessas mudanças, entendendo-se aqui todas as transformações verificadas a partir da assunção da forma democrática pelo Estado e todo arcabouço por ela representado. Leia-se a alteração no sentido e função da Constituição que ao abarcar em seu texto, direitos fundamentais vistos como normas principiológicas, axiomas valorativos irradiando seus efeitos e vinculando todo o ordenamento jurídico, implica o fortalecimento e expansão da Jurisdição Constitucional, bem como uma releitura nas relações entre os

¹²⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 213.

¹²⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 214

três Poderes do Estado.

Fazendo uma retomada necessária, surgem como sucedâneo dessa nova conformação, contundentes críticas à atuação da Jurisdição Constitucional. Estas são fundadas, especialmente, na forma e extensão da atuação da Jurisdição Constitucional. Acusa-se, não raras vezes, a jurisdição de estar praticando atos, *prima facie*, de competência dos outros dois poderes, em uma atitude pró-ativa, ao realizar a hermenêutica constitucional de forma ampliada, tutelando e determinando a efetivação dos direitos fundamentais, incluindo os sociais, vez que precede de legitimidade democrática. Outra crítica levantada contra a atuação da Jurisdição Constitucional consiste no fato de que esta possa se converter de guardiã da democracia em ameaça a esta e ao Estado Democrático de Direito.

Insiste-se que a Jurisdição Constitucional não representa uma ameaça ao Estado Democrático, mas sim uma garantia de sua manutenção, no sentido que possibilita a defesa e proteção do direito das minorias não representadas, bem como, das próprias instituições democráticas representantes da vontade da maioria¹³⁰ ao interpretar e efetivar as normas constitucionais, tomadas, nesse sentido, como seus limites materiais. O que se propõe é a necessidade de democratização da Jurisdição Constitucional; uma abertura, um arejamento de sua atuação, mormente em razão da natureza aberta e ampla dos direitos fundamentais que ela visa efetivar.

Há, contudo, buscando-se uma melhor compreensão da resistência em se aceitar a inevitabilidade e relevância da função da Jurisdição Constitucional, bem como, de sua democratização, a necessidade de aprofundamento crítico da evolução apresentada e suas consequências, mormente o papel do Direito, na formação e manutenção do Estado e das relações sociais intrínsecas a ele, a partir do exercício da hermenêutica da lei.¹³¹

¹³⁰ A afirmação de que democracia implica vontade da maioria, a cada dia e com maior intensidade, deixa de ser uma verdade posta. A evolução histórico-temporal da humanidade vem demonstrando inúmeros acontecimentos em que a vontade da maioria determinou incontestes catástrofes, haja vista todas as atrocidades cometidas contra os seres humanos por ocasião dos conflitos em torno do mundo. Infere-se que a proteção às minorias não representadas, papel contramajoritário desempenhado pela Jurisdição é de relevância indiscutível para a manutenção da própria democracia, possibilitando a estas minorias condições de igualdade material de exercício de seus direitos fundamentais, a fim de que possam participar efetivamente da vida democrática. Nesse sentido: PAIVA, Paulo. *Majoritário, Contramajoritário, Plural: História e Superação do Romantismo Constitucional*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 3. 2009/2010. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/371/254>. Acesso em: 25 de setembro de 2011.

¹³¹ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 19. "Existe um certo consenso nas reflexões em torno das práticas interpretativas do Direito.

Consoante apresentado alhures, o Direito surge como elemento conformador do Estado de suas relações sociais, a partir do pensamento liberal, na intenção de manter o poder nas mãos da classe burguesa dominante, utilizando-se de artifícios e construções filosóficas e ideológicas poderosas que se fazem sentir, ainda, em muitos discursos atuais. Nesse sentido, o racionalismo e o positivismo jurídico são vetores instrumentais de suma relevância à consecução dos objetivos burgueses, a partir da criação de um direito como pálio da justiça através do sentimento de igualdade formal e neutralidade do sistema e do discurso, que em grande medida atua no sentido de esmaecer as individualidades criando um sentimento de pertencimento coletivo o qual não permite a visualização e a emergência dos conflitos sociais.¹³²

O direito serve, pois, como instrumento mantenedor do *status quo* social e do poder nas mãos das classes dominantes¹³³, através do modo de criação e interpretação de suas normas (racionalista-formalista), sendo que “a razão de Estado fica identificada com a racionalidade do saber jurídico e da lei positiva, como uma forma de impor-nos interesses e desejos legalizados, quer dizer, que estes passam a ser os mesmos desejos e interesses que outorgam consistência ao Estado”.¹³⁴

A interpretação jurídica sob a ótica formalista vinculada ao postulado da racionalidade pressupõe a existência de um direito positivo, conformado de modo coerente, preciso, completo e não redundante, sendo passível de decisão e

Poucas ousadias e muitas fantasias perfeitas recobrem as teorias sobre a interpretação da lei. Métodos ilusórios, enobrecidas crenças, despercebidos silêncios envolvem as práticas interpretativas dos juristas de ofício. Teorias e práticas encarregadas de garantir seus efeitos de poder na comunidade. Práticas, mitos e teorias refinadas que se ligam estreitamente aos processos de produção heterônoma da ordem simbólica da sociedade. Usos complacentes da lei que guardam, como em cofres de sete chaves, os princípios de controle da produção dos discursos jurídicos. Uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança jurídica e da justiça a presença subterrânea de uma “tecnologia da opressão” e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei.” Também, WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito II: *A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 57. et. seq.

¹³² WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito II: *A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 58-59. “Claramente, o saber jurídico aposta na racionalidade para garantir o poder, incrementar a organização hierarquizada do espaço social e regular, veladamente, o imaginário jurídico-político de nossa experiência cotidiana. [...] Neste sentido a linguagem oficial do direito determina uma multiplicidade de efeitos dissimuladores. Deles quero ressaltar, em primeiro lugar, a capacidade do campo simbólico do direito para ocultar a genealogia e o funcionamento institucional do discurso jurídico, Nunca aparece manifesto o poder desse discurso, nem sua função como discurso do poder e sobre o poder.”

¹³³ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito II: *A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 60. “Sobre estas bases o pensamento jurídico de corte liberal articula as representações do Estado e do direito apresentado o primeiro como sujeito externo à sociedade, que encarna o bem comum, fundamentando sua ação e existência racionalizadora no direito.

¹³⁴ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito II: *A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 60.

logicamente derivável. Neste sentido, o ordenamento jurídico é completo e hermético, não se aceitando a ocorrência de lacunas, nem tão pouco a possibilidade de existência de fontes alternativas do direito que não seja a lei positivada pelo legislador. Esse arcabouço fixa suas raízes sob a idéia de implementação do manto protetor da segurança jurídica, via utilização de um direito positivo, autossuficiente, preciso, claro e neutro, sendo graças à sua abstração, possível o exercício do controle social, alheio a toda forma conflitiva de interação.¹³⁵

A atividade de interpretação da lei, construída sobre essas bases, não poderia ser nada além de lógica dedutiva, visando explicitar a racionalidade profunda do sistema de direito positivo. Nas palavras de Warat:

Veja-se, ainda, que para o formalismo a idéia de justiça aparece, estreitamente vinculada à preservação do valor segurança, o qual se materializa no conceito de legalidade. Uma decisão será justa se for legal, vale dizer, se puder ser logicamente derivada das normas gerais. Em consequência, são desqualificadas, de plano, as possibilidades de introduzir-se soluções fundadas em critérios extralegais, baseados na realidade social, o que, evidentemente, não deixa de ser uma visão idealizada da atividade judicial e científica do direito. [...] Através da exaltação deste valor (segurança) busca-se legitimar o exercício do poder socialmente dominante, o qual se apresenta como seu legítimo guardião sendo todos os seus atos intrinsecamente justos por serem legais, vale dizer, não arbitrários porque contidos nos marcos das normas gerais. A norma geral adquire assim, o valor de uma autolimitação apriorística do exercício do poder.¹³⁶

É de se questionar, contudo, a quem serve essa noção liberal de segurança e a que segurança se está buscando proteger. Considerando que o Estado de Direito é uma formação a serviço dos ideais burgueses, classe dominante econômica e politicamente e o direito é o seu principal meio de atuação, eis que ícone essencial da racionalidade humana através de elaboração da lei, geral e abstrata, interpretada de modo racional, lógico e formal, é de se concluir que o ideal que ronda o direito e sua interpretação até a atualidade, da segurança, é em verdade, a mais especializada forma de manutenção de um *status quo* social de poder estabelecido. “O Estado pode, desta maneira, ser descrito como fundamento simbólico de um sistema de instituições. É o poder mistificado em um discurso unitarista que encarna a autoridade e nos brinda segurança”.¹³⁷

¹³⁵ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 52.

¹³⁶ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 53.

¹³⁷ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 61.

Para que se compreenda de melhor modo essa visão crítica do papel exercido pelo Direito na conformação do poder, imperiosa uma análise de sua logística de atuação, ou seja, da interpretação jurídica sob o enfoque do discurso da lei.¹³⁸

Em face do discurso da lei, os juristas desenvolvem práticas interpretativas que forçam o silêncio sobre suas condições políticas facilitando respostas gravemente patológicas (esquizofrenia e outros sintomas) e escandalosos desejos instituídos de alienar, excluir e omitir. Uma intenção de mostrar um estado de certeza, sem possibilidades de dúvida ou questionamento. Mecanismos de idealização, que recaem sobre “força alienante”, que fazem dos intérpretes dos discursos jurídicos, simples produtores alienados que reivindicam para si o desejo de alienar os outros em nome de crenças e princípios acreditados como uma “boa causa”.¹³⁹

Convém ressaltar que as práticas interpretativas do direito, em sua grande maioria, não são fontes produtoras de real alteração social, no sentido de supressão da opressão instituída, não desmantelando, nem tão pouco anulando as opções totalitárias que através da noção de previsibilidade e segurança legal, impede a formação de novos sujeitos de direitos, aptos a participar da criação do direito. A lei em sua normatividade engessa e encobre as relações existentes entre o Estado, a sociedade e o próprio Direito. Já em seu nascedouro as leis se prestam a criar, regulamentos seguidos em busca de segurança e certeza, conceitos estes já analisados criticamente.¹⁴⁰

O Estado de direito e seu arcabouço legal-normativo e ideológico é visto como uma garantia para o homem, contudo, enseja uma sociedade capaz de sonhar com o que não tem, sob o manto da “democracia” e vivendo em uma organização social cada vez mais totalitária, no sentido de que a maioria das pessoas não consegue exercer seus direitos de cidadania de forma adequada, pois, não possuem conhecimento verdadeiro de sua condição de dominação e simples peças do sistema. A abstração,

¹³⁸ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 20. “Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes. Conceitos ideologicamente condicionados encobrem práticas de terror racionalmente banalizadas. Utopias perfeitas explicam, com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma enorme carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei.”

¹³⁹ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 20-21

¹⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 20-21. “É conhecido o modo de atuar da concepção jurisdicista, das crenças que sustentam a ideologia do “Estado de Direito”, dissolvendo, todas as dimensões do poder do Estado na lei, mostrando as práticas do Direito como um dique de contenção do arbítrio, proclamando a lei como um instrumento da razão que preserva tanto a liberdade como a igualdade. [...] O discurso jurídico inverte os despojos e as exclusões sociais apresentando-os como direitos do homem.”

neutralidade e universalização do direito e suas técnicas de interpretação, mediadas pelo “senso comum teórico” colocam em suspenso as necessidades negadas pelas relações de dominação, destruindo nas situações conflitivas os espaços de instauração de uma forma social autônoma e verdadeiramente democrática.¹⁴¹

No que tange à efetiva realização de uma sociedade democrática Warat explicita:

Para fazer funcionar uma sociedade democraticamente precisamos alterar as dimensões simbólicas e o imaginário que consagra o Estado como uma instância de censura, do segredo e do silêncio. [...] Uma sociedade democrática necessita desenvolver campos de desejos singulares Guatarri os chama “processos de singularização”. Por seu intermédio, se constituíram mecanismos de sensibilidade, formas de criatividade dirigidas à formação de uma subjetividade singular, assim, como dispositivos destinados a transformar o tipo de sociedade em que vivemos e o tipo de valores que aceitamos sem sentir-nos protagonistas do processo que os consagrou como uma dimensão simbólica da instituição social. Desta forma, teríamos a singularização existencial que coincidiria com um gosto de viver, com um desejo de protagonizar o mundo no qual nos encontramos e de reconhecer a legitimidade do conflito na sociedade.¹⁴²

É preciso, pois se abandonar o senso comum teórico e a formação de uma cidadania coletiva, a partir de um subjetivismo comum, dado pelas ideologias e instâncias de poder, mantido em grande maneira pelo discurso retórico e magnético do Direito de igualdade, neutralidade, universalidade e proteção. Urge que a interpretação jurídica também abandone essa conotação, de que somente será legítima e justa a decisão fundada em uma norma geral pré-existente¹⁴³, eis que, esta é capaz de produzir segurança. Desse modo a interpretação judicial da lei, será segura, legítima e justa, quando for silogística, imparcial, na qual o juiz-intérprete nem minimamente cria o Direito, já posto pelo legislador competente, mas tão somente, descobre, descortina esse Direito e o aplica ao caso concreto em uma atividade de subsunção do fato à norma.¹⁴⁴

¹⁴¹ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 22.

¹⁴² WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito II: *A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 63.

¹⁴³ Ressalva-se que ao fazer essa referência não se está aduzindo que é possível e desejável romper com a legalidade, mas tão somente que não pode o julgador ficar atrelado ao conceito restrito de lei, entendendo-se a “lei” como algo mais amplo, associado à idéia de ordenamento jurídico como um todo, para além da figura da lei isolada.

¹⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 25 e 54. “Concretamente a “discursividade magnética” do Direito serve, sem muitos inconvenientes, para a estabilização e consolidação de sentidos que perturbam as possibilidades de uma forma social democrática. O discurso jurídico, em suas múltiplas manifestações, tem aversão a tudo quanto é novo. O peso desta rejeição provém não só do imperativo de preservar-se pela apologia do estabelecido certos efeitos da repressão simbólica que o Estado desempenha através das

Diante dessa noção de senso comum teórico protagonizado pela interpretação jurídica, tudo o que é novo ou conflituoso é visto como transgressor, violento e inseguro. Desse modo, a interpretação da lei, incluindo-se nesta categoria normativa, sobretudo, a Constituição, deve ser revista sob uma ótica social e não liberal, democrática, onde os conceitos e preceitos sejam construídos a partir de uma ação comunicativa, em que os interlocutores agem de forma livre, esclarecida e não coartada, na melhor expressão criada por Habermas.¹⁴⁵

Depreende-se, deste modo, a relevância do papel que vem desempenhando a jurisdição constitucional ao implementar e efetivar os direitos fundamentais incluindo os sociais, por nos indicar demonstrações de rompimento com os paradigmas acima expostos de formação e interpretação do direito, proporcionando em última medida, condições de igualdade material aos cidadãos a fim de que estes possam desempenhar adequadamente seu papel no jogo democrático.

A Constituição, vista como um produto cultural e formador da cultura do povo, repositório de suas maiores esperanças, desejos e projetos sociais, não pode ser interpretada de modo formalista e hermético, especialmente em razão da natureza dos direitos fundamentais, principiológica e axiológica irradiando e vinculando todo o ordenamento jurídico. O senso comum teórico do direito inevitavelmente deve ser afastado da hermenêutica jurídica constitucional uma vez que esta visa garantir concretude aos textos abertos dos ditames constitucionais e esse sentido somente

representações abstratas formais e inamovíveis do Direito. Os “sujeitos do direito” precisam ser construídos como “sujeitos reprimidos” para assegurar o controle unívoco do tempo e do espaço social . Um discurso de seguridades máximas construído para garantir a fiscalização interior dos indivíduos, isto é, o panóptico dentro do homem. Uma consequência direta da ordem simbólica do jurisdicismo “Estado de Direito” que desenvolve lugares comuns, processos imaginários e fundamentações fora da história para recuperar nossos desejos numa mística alienante.”

¹⁴⁵ HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Também: WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I: *Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 22. “É pouco plausível o Direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se o mesmo não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas de poder. O sistema de representações expressado pela idéia do Estado de Direito, visto como uma utopia perfeita torna-se ineficiente na medida em que fecha as práticas feitas em seu nome a todo desenvolvimento produtivo dos antagonismos sociais. Assim, fracassa como expressão jurídica da democracia negando-se a reconhecer que os sentidos da lei não existem como formas perfeitas de uma escrita e nem como momento dialético de múltiplos campos de luta. Por outro lado, o sentido de uma forma social pode se perder se as dimensões simbólicas organizadas por sua lei têm aversão a tudo quanto é novo, rejeitam o devir, sempre incerto e conflitivo das práticas sociais.” Impõe-se referir que a ação comunicativa representa dentre os modos de formação do pensamento democrático, uma das mais relevantes, merecendo relevo no presente trabalho, que por questões de espaço material e de foco, deixou de analisar as demais verificadas por ocasião do estudo.

pode ser conformado a partir de uma interpretação aberta, plural e democrática da sociedade, protagonizada pela “Sociedade Aberta de Intérpretes” da Constituição como preceitua Peter Häberle e se verá aprofundadamente no item subsequente.¹⁴⁶

Por ora, segue-se a análise das intrincadas relações e imposições existentes na interpretação e efetivação de direitos fundamentais, mormente os sociais¹⁴⁷, que por sua natureza, aberta, ampla, prestacional favorecem e proporcionam a democratização da Jurisdição Constitucional.

A quebra do paradigma hermenêutico fechado, neutro, fundado sob as bases do silogismo lógico, onde os intérpretes limitam-se a conhecer o direito, a norma já existente e dita pelo legislador democraticamente legitimado, livre de qualquer atividade criativa, é como visto, imperiosa à consecução de uma democracia real e efetiva, vista esta democracia em seu sentido mais amplo, correlacionado com a possibilidade de participação material, em igualdade de condições de todos os atores sociais, que merecem ver seus direitos tutelados e protegidos, ainda que não constituindo a maioria na sociedade.

Os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, como já exposto alhures, caracterizam-se por sua natureza aberta, ampla, não contendo no texto normativo, todas as possibilidades de sua aplicabilidade. Associa-se a essa característica o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam valores fundamentais para a comunidade.¹⁴⁸

A questão se torna mais complexa na medida em que os direitos sociais, além de sua natureza aberta, em sua maioria se constituem como direitos prestacionais por parte do Estado, ou dito de outro modo, direito a prestações positivas do Estado voltadas a sua implementação.¹⁴⁹ Ainda, toma-se em relevo a complexidade e

¹⁴⁶ Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 11.

¹⁴⁷ Imperioso referir que o destaque conferido aos direitos fundamentais sociais no presente trabalho não se deve à sua relevância de “per si”, mas sim ao fato de constituírem um dos principais objetos de análise da pesquisa desenvolvida por ocasião desta dissertação.

¹⁴⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 68.

¹⁴⁹ KRELL, Adreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 19.: “Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais.[...] Nesse ponto, é de ressaltar que a consolidação dos direitos sociais e sua conseqüente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política.” Vale também ter em conta a distinção apresentada por Canotilho de que há, nos direitos prestacionais, duas espécies de prestação:

importância da atuação da Jurisdição Constitucional ao determinar a efetivação dos direitos fundamentais sociais, diante da posição, por estes, ocupada, em um Estado Democrático de Direito. Considera-se relevante a posição ocupada pelos Direitos Sociais na formação democrática do Estado, eis que estes possibilitam materialmente a assunção pela comunidade do fim maior do Estado, qual seja a manutenção da dignidade humana, de uma vida digna, com condições que permitam aos cidadãos viverem em situação de igualdade material e justiça social.

Os direitos especialmente os fundamentais e, sobretudo os sociais, por representarem instrumentos ensejadores da promoção da dignidade humana assumem, como já referido, posição de centralidade em uma democracia.¹⁵⁰

Juridicamente, quer sejam tomados como fins últimos da democracia, em uma visão mais substancialista, ou ponto de partida e condição *sine qua non* para a realização do processo democrático, em uma visão mais procedimentalista, ou ainda, mais especialmente, sejam tomados em ambos os sentidos em uma relação idiossincrática, pugnam por efetivação independentemente ser pela via administrativa e/ou judicial.

A efetivação dos direitos fundamentais, incluídos os sociais, é condição e fim último de um Estado Democrático de inspiração social, tendo como principal objetivo a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, enquanto metavalor jurídico e social impõe que o Estado atue no sentido de efetivar os direitos sociais, capazes de garantir aos cidadãos condições dignas de existência, possibilitando a redução das desigualdades sociais, que maculam o processo de deliberação democrática.¹⁵¹

prestações fáticas e prestações jurídicas, sendo que é nas primeiras que reside a maior dificuldade. Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2008.

¹⁵⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 161.: “Oy es que, efectivamente, si entendemos que los requisitos de la democracia deliberativa y en consecuencia de la ley son que se cumpla el procedimiento parlamentario y que no se coaccione al disputado que vota, pero también que el elector tonga pleno acceso a la información y que pueda participar sin restricciones y en pie de igualdad con todos los ciudadanos, si entendemos que es también condición de la democracia la garantía de un nivel aceptable de existencia, de acceso a los bienes materiales y a la cultura, etc., entonces resulta que, en verdad, condiciones de la democracia son casi todas las prescripciones constitucionales que diseñan un modelo social: los derechos civiles que garantizan la autonomía individual, los de participación que hacen del sujeto un ciudadano activo y, por qué no, también los derechos económicos, sociales y culturales que proporcionan el sustrato material indispensable para el ejercicio de la autonomía y de la participación.”

¹⁵¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecnia, 2009. p. 11.: “Sólo al término de la Segunda Guerra Mundial todos los pueblos de la Tierra inician una nueva etapa de convivencia pacífica, la que tiene como su fundamento la dignidad de la persona humana, tal como lo declararon los Estados reunidos en la Conferencia de San Francisco de 1945, aprobando la resolución de “*reafirmar la fe en los derechos fundamentales del*

A dignidade da pessoa humana, enquanto valor supremo informador de todo o ordenamento jurídico caracteriza os cidadãos como fim último de Estado e não meros instrumentos, cabendo então a este, garantir a efetivação dos direitos fundamentais, incluindo os sociais, intentando a proteção e o asseguramento desse valor.¹⁵²

A afirmação desse axioma implica garantias negativas, protegendo as pessoas de todo e qualquer tipo de ofensa, agressão aos direitos fundamentais individuais e; positivas no sentido de se afirmar através dos direitos fundamentais sociais o pleno desenvolvimento de cada ser humano e de todos os seres humanos. Assim, a dignidade humana corresponde ao direito a uma vida digna fundada sobre as bases tanto dos direitos civis e políticos quanto nos econômicos, sociais e culturais.¹⁵³

Seguindo nesta linha, infere-se que a efetivação de direitos fundamentais, como pressuposto da proteção e atingimento da dignidade humana são elementos basilares da democracia, ressalta-se novamente, tomando-se com seu fim principal e condição de possibilidade.¹⁵⁴

Interessante construção é apresentada por Humberto Nogueira Alcalá:

El derecho constitucional democrático contemporáneo presupone la dignidad y la igualdad y libertad esenciales de las personas, además de asegurar la protección de ellas ante factores que atenten contra tales presupuestos, asegurando las circunstancias reales que posibiliten el ejercicio efectivo de la libertad y la igualdad de oportunidades, protegiendo a las personas frente a riesgos naturales o sociales a los que está expuesto como señala Alexy, de manera tal que todos puedan desarrollar al máximo posible sus potencialidades o su libertad, en su dimensión de exultación. Así se desarrolla

hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grande y pequeñas.” [...] en efecto, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama su fe ‘en la dignidad y el valor de la persona humana’ y determina que ‘todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.’”

¹⁵² ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecnia, 2009. p. 12.: “La persona, en virtud de su dignidad, se convierte en fin del Estado: El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, como asimismo, tiene el deber de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

¹⁵³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecnia, 2009. p. 11-12.

¹⁵⁴ Nesse sentido relevante o pensamento de HELLER, Hermann. *Démocratie politique et homogénéité sociale*. *Revue Cités*, nº. 6. Paris, maio de 2001. In: BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 7. “A democracia política deve oferecer a cada membro do estado igual possibilidade de influir sobre a organização da unidade política pala vida da designação de representantes. No entanto, a disparidade social pode transformar o *summum jus* em *summa injuria*. A igualdade formal radical se converte em uma desigualdade também radical quando a sociedade não é homogênea, e a democracia formal se transforma em ditadura da classe dominante.”

la función subsidiaria del Estado frente a los derechos sociales fundamentales cuando el individuo no puede obtenerlos mediante su libertad en su dimensión de autonomía y las condiciones materiales ameriten una activación de las obligaciones positivas del Estado, producto de la *situación particular frente a los recursos y los bienes primarios* o las *capacidades actuales* de cada persona.¹⁵⁵

Ainda que intuitivamente, resta extrema de dúvidas a relevância da proteção, garantia e efetivação dos direitos fundamentais, mais especialmente os sociais, como condição de rompimento dos paradigmas do direito, sobretudo, no que pertine à sua interpretação, carreados ao longo do tempo, enquanto instrumentos da manutenção de um *status quo* social. Faz-se imprescindível a tomada da dignidade humana material e realmente como cerne e fim último do Estado, buscando-se a elevação dos cidadãos a um patamar de igualdade material, ideal que lhes capacite a participar e compreender todas as instâncias do jogo democrático-representativo, bem como, participar do processo de interpretação e integração de sentido das normas constitucionais, viabilizando a sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Tendo-se como certa a relevância dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito e para a manutenção da própria democracia, cabe retomar com maior aprofundamento a forma e a medida da atuação da Jurisdição Constitucional no que tange à sua interpretação e efetivação, sendo esta considerada um *locus privilegiado*¹⁵⁶ de interpretação e integração do texto constitucional.

Ultrapassada a questão da legitimidade de atuação da Jurisdição Constitucional interpretando a Constituição e efetivando direitos sociais, impõe-se ressaltar que por sua relevância institucional¹⁵⁷ no Estado Democrático de Direito, deve ser adequada

¹⁵⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecna, 2009. p. 57.

¹⁵⁶ Expressão utilizada em: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁵⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecna, 2009. p. 70: “[...] es la propia Carta Fundamental, por tanto, el poder constituyente, el que les otorga a los tribunales la jurisdicción y competencia para resolver sobre la materia, especialmente en el caso de grupos vulnerables, marginados o subrepresentados a nivel parlamentario. Además, los jueces refuerzan el principio constitucional democrático cuando hacen respetar los derechos constitucionales frente a actuaciones arbitrarias de la administración o de particulares, cuando cautelan el derecho a prestaciones de salud que arbitrariamente son negadas por el respectivo prestados, cuando se indemniza a una persona por una prestación social deficiente o negligente, cuando un empresario desarrolla conductas antisindicales, para solo señalar algunos ejemplos. En todos estos casos, los tribunales hacen respetar y cautelan los derechos fundamentales de las respectivas personas y con ello fortalecen el estado democrático constitucional. Los estados constitucionales democráticos son abiertos en el ámbito del pluralismo político y las decisiones políticas contingentes, pero no son neutrales frente al respeto de la dignidad de la persona humana y el contenido esencial de sus derechos fundamentales. Ningún órgano del Estado cuenta con legitimidad

à realidade democrática, através de instrumentos que garantam sua abertura e arejamento, construindo-se a denominada *jurisdição constitucional aberta*.¹⁵⁸

Toma-se por base, a idéia da “sociedade aberta de intérpretes da constituição”, a ser aprofundada no próximo item de forma mais ampla, aplicando-a na interpretação efetuada pela esfera institucional, leia-se via Jurisdição Constitucional. Em linhas gerais está-se propondo a possibilidade de participação da comunidade no exercício da função hermenêutica da Constituição, sendo a dimensão e eficácia da abertura, tanto maiores quanto mais amplos forem os espaços institucionais de participação.¹⁵⁹

A abertura da organização do Estado partindo de uma democratização da interpretação constitucional depende, por óbvio, da democratização das instituições desse Estado, na medida em que proporciona arenas políticas e institutos para que a interpretação cotidiana feita pela sociedade aberta de intérpretes da Constituição possa ser conhecida e considerada pelo Poder Público, na elaboração da *policy*.

Ao mesmo tempo é indispensável que os cidadãos possuam capacidade não apenas política, mas social de realizar esta nobre missão que lhes decorre de toda a ordem democrático-constitucional.

A pobreza, a estratificação e a exclusão social são elementos que impedem a participação social na sociedade aberta de intérpretes da constituição e a interpretação constitucional fechada, exclusiva, amplia e aprofunda essas graves mazelas sociais, formando-se assim, uma relação circular entre esses processos.

Uma das formas de ruptura desse ciclo é dada através da atuação do Poder Público Estatal, com a formulação de políticas públicas inclusivas, visando à erradicação da pobreza, utilizando-se para tanto, do fomento do capital humano e, sobretudo do social. Urge, todavia, aludir que nos casos em que o Poder Público Estatal, enquanto Executivo e Legislativo, não se desincumbe dessa obrigação, cabe ao Judiciário, o papel de proteger, tutelar e determinar a efetiva implementação dos direitos, especialmente os fundamentais, incluindo os sociais.¹⁶⁰

para actuar contra la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, ya que ellos constituyen la base material indisponible de la democracia constitucional. Los tribunales cuentan con legitimidad constitucional para reforzar las bases materiales que den a las personas una vida digna, niveles básicos de autonomía personal y participación política en los asuntos públicos.”

¹⁵⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁵⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-208.

¹⁶⁰ O termo capital social é aqui entendido como: “conjunto de redes, relações e normas que facilitam

A interpretação aberta da constituição pressupõe intérpretes engajados, conhecedores de sua realidade, de sua condição digna, de sua cultura e, sobretudo, de sua capacidade de agirem como atores sociais, influenciando e modificando a realidade social. Esse fortalecimento das comunidades e a configuração da sociedade como um todo em sociedade aberta de intérpretes da Constituição, certamente, tomada em conta pelo Poder Público, como um auxiliar na materialização das políticas públicas de inclusão social, erradicação da pobreza, funciona como um moderador do sentido necessário que os direitos constitucionais sociais necessitam possuir para que se proteja e preserve a dignidade humana.

A interpretação aberta da Constituição reconhecendo a diversidade de uma sociedade pluralista é fator determinante ao desenho do Estado, na medida em que possibilita a este tomar por base os verdadeiros anseios comunitários e sociais, em suas políticas públicas. Evita-se dessa forma, a necessidade de o Poder Judiciário intervir de modo mais proativo, interpretando texto constitucional, efetivando e implementando materialmente os direitos sociais e também, possibilita a ampliação da dimensão democrática de atuação da própria jurisdição constitucional na concretização desses direitos.

A Jurisdição Constitucional também necessita acompanhar a democratização do Estado e sendo um instrumento indispensável à implementação das garantias fundamentais e dos direitos sociais, por ora, na atual configuração do Estado Democrático de Direito, ela necessita encontrar um equilíbrio em sua atuação, não sendo demasiado ingerente, nem omissa quando chamada a intervir, sendo a grande questão problematizadora, a determinação de onde reside este equilíbrio.

Finalmente, compreende-se que a efetivação, de direitos, especialmente dos fundamentais, incluindo os sociais em um Estado Democrático de Direito é vista como objetivo final da democracia ou instrumento garantidor do seu processo, por sua relevância ao ensejar a realização e proteção da dignidade humana, bem como, criar na sociedade condições favoráveis ao desenvolvimento de um posicionamento político crítico nos cidadãos. Este objetivo, sendo protagonizado pela Jurisdição Constitucional demanda a democratização desta, a partir da utilização de

ações coordenadas na resolução de problemas coletivos e que proporcionaram recursos que habilitam os participantes a acessarem bens, serviços e outras formas de capital” SCHMIDT, João P. *Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão*. In REIS, J.R; LEAL, R. G. (org). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, Tomo VI. p. 1760.

instrumentos que dêem efetividade institucional e amplitude à *sociedade aberta de intérpretes*.¹⁶¹

Essa abertura atua, ao menos formalmente, não significando necessariamente em termos efetivos, como relevante fator de legitimação da Jurisdição Constitucional seja ela tomada em sua acepção substancialista e/ou procedimentalista, por desconstituir a principal crítica levantada contra sua atuação pró-ativa, qual seja a de não representar uma instituição democraticamente legitimada, vez que seus atores não são eleitos, não havendo qualquer forma de participação popular na interpretação e integração do direito, procedida de forma paternalista e fechada, sobretudo, quando implica em reconhecimento e invalidação por inconstitucionalidade dos atos legislativos e/ou do executivo.

Dando sequência à análise proposta no presente trabalho, cabe uma análise mais acurada e específica da teoria construída por Peter Häberle da Sociedade Aberta de Intérpretes, o que se levará a cabo no item subsequente.

3.2 A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição de Peter Häberle (fundamento/instrumento da democratização da Jurisdição Constitucional)

Uma das vozes mais inspiradoras, por sua maestria, ao tratar das problemáticas da nova hermenêutica constitucional e consequente atuação da Jurisdição Constitucional, é Peter Häberle, que em sua *Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição*¹⁶² defende que a Constituição é um texto aberto, fruto da realidade social e cultural, sendo por estas, constantemente, inspirado e formatado, ao passo que inspira, formata e fundamenta essa mesma sociedade.

¹⁶¹ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 23.: “[...] a abordagem da temática constitucional dos direitos fundamentais sociais não pode ser “dada” em abstrato, antes “construída” em função não apenas do espaço político-cultural em que se insere, mas também do Direito que o rege. Nestes dois planos, um jurídico e outro político-cultural (ou, se se preferir, idiossincrático), haverá de buscar-se o conceito de “pessoa” “constitucionalmente adequado”. Uma interpretação e intelecção que postula uma compreensão “concreta” e “adequada” dos direitos fundamentais no seu conjunto (*Grundrechtsverständnis*) ou, nas palavras de HÄBERLE, uma interpretação dos direitos fundamentais a que corresponda uma “política dos direitos fundamentais”, não assente no passado, mas essencialmente voltada para o futuro.

¹⁶² Essa teoria é desenvolvida na obra HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*.

A proposta de Häberle pretende uma abertura da hermenêutica constitucional a fim de atender as necessidades de uma sociedade pluralista e aberta, que influencia e é influenciada pelo texto constitucional, eis que uma interpretação fechada, vinculada somente aos órgãos institucionalmente competentes, leia-se o Poder Judiciário, não se coaduna com as necessidades da sociedade e do Estado Contemporâneo.

Nas palavras de Häberle:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.¹⁶³

Muito embora Häberle entenda que a interpretação *lata* da Constituição deva ser feita por todos aqueles que a vivem cotidianamente, enumera alguns participantes que têm grande influência nesse processo: todos aqueles que têm direito de manifestação em um processo; os estudiosos e *experts* que compõe as comissões especiais; os peritos; os convidados a representar interesses nas audiências públicas; grupos de pressão organizados; requerentes ou partes nos procedimentos administrativos; a opinião pública pluralista e democrática, bem como a própria doutrina constitucional.¹⁶⁴

Assim, Häberle entende que o Estado Constitucional é uma produção comunitária, formalizada em textos jurídicos e contextos culturais, de diversas épocas e lugares, merecendo valorização, inclusive, a contribuição dos acontecimentos de 1789¹⁶⁵.

Refere ainda, o autor, que, o Estado constitucional adquiriu da realidade histórico-cultural cláusulas fundamentais intangíveis, como a soberania popular, os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, sendo possível as inferir como

¹⁶³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 11.

¹⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 20-23.

¹⁶⁵ Refere-se o autor ao panorama que circundou a Revolução Francesa de 1789, uma das mais relevantes revoluções de natureza liberal, que como já visto no capítulo primeiro, foi decisiva na formação e conformação do Estado de Direito e suas instituições.

cláusulas inspiradoras de um princípio de proibição de retrocesso, mesmo porque, em sua grande maioria, estão insculpidas nas cláusulas pétreas das Cartas Magnas.¹⁶⁶

A Constituição, na visão do constitucionalista alemão, é viva e de natureza cultural, não possuindo vida autônoma da realidade que retrata e constitui, sendo construída por essa sociedade, ao passo em que é parte de sua existência. Assim considerando, torna-se necessário à sua legitimação e vigência a prática cotidiana de sua interpretação, para que se alcance o real sentido do direito que pretende concretizar na realidade social.

Contrapondo-se e de certo modo, superando uma visão positivista, liberal, Häberle entende que a Constituição em hipótese alguma, pode ser compreendida ou ter existência desconexa e desvinculada das condições históricas em que se dá a sua realização.

Desse modo, o texto constitucional reveste-se da qualidade de um dever ser, aberto, que somente ganha corpo à medida que é interpretado por uma sociedade de acordo com as características plurais que lhe corporificam, conformando-a e sendo conformado por ela. A Constituição, na atualidade, é necessariamente um instrumento que conforma muito mais que a ordem jurídica, sendo o código de deveres e de direitos dos cidadãos e do Estado para com a sociedade, ela é o espelho da cultura do povo, é o seu legado cultural e a seu leque de esperanças e desejos para o futuro¹⁶⁷

A Constituição é o projeto que se quer de Estado e Sociedade, sendo a sua configuração jurídica tão somente uma de suas facetas, eis que muito mais do que uma norma fundante do poder do Estado e direitos e garantias dos cidadãos ela é o resultado vivo das experiências dos seus intérpretes na sociedade aberta, o repositório dessas vivências, da cultura e dos saberes guardados como conquistas para as futuras gerações.¹⁶⁸

¹⁶⁶ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 68.

¹⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

¹⁶⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. Ainda no mesmo sentido, relevante é a notícia trazida por Mônia Clarissa Hennig Leal da obra de Peter Häberle em *JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte- Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 60 et. seq.: “Ainda em outro autor Alemão, Peter Häberle, a Constituição aparece como um produto cultural, um sistema *aberto* capaz de interagir com o meio no qual está inserida, razão pela qual os seus conteúdos precisam ser interpretados sempre de novo e a cada vez. Significa dizer que as suas regulações não são perfeitas e que tampouco ela é uma unidade já concluída, devendo ficar

Os estudos de Häberle são de extrema relevância e atualidade na busca da solução de um dos mais profundos e complexos paradoxos vigentes na conformação atual do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da imperiosidade da efetivação dos direitos sociais, direitos prestacionais, por parte de um Estado muitas vezes inoperante, demandando uma forte atuação do Poder Judiciário, notadamente da jurisdição constitucional, implicando um proeminente protagonismo desse Poder Estatal sobre os demais, eis que pode representar uma resposta à complexa problemática dessa atuação proeminente do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

No livro *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Häberle traça uma estreita relação entre a Constituição e a Cultura do Estado, vendo essa como forjadora e resultado daquela em uma relação dialética. Define, pois, cultura como sendo todo o contexto que envolve o conjunto complexo de conhecimentos, crenças, artes, moral, leis, costumes e usos sociais que o ser humano adquire como membro de uma sociedade determinada¹⁶⁹, o que por seu turno, invariavelmente define e garante completude aos textos fundamentais no Estado Constitucional.

Aduz, nesse sentido, como consequência dessa característica, que a interpretação da Constituição, não mais vista como um conjunto de textos jurídicos e normas, não deve ficar restrita somente aos juristas, servindo ela de linha condutora para todo o cidadão. Tem-se então que a Constituição é, nos dizeres de Häberle, “a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento

incompleta e imperfeita porque a vida que ela quer ordenar é *histórica* e, conseqüentemente, o seu conteúdo está sujeito a alterações também históricas. É a interpretação, por sua vez, que permite esta atualização e esta mediação (necessárias) entre realidade e texto normativo, tarefa que cabe não somente aos órgãos oficiais, mas a toda a *sociedade aberta*, fazendo com que a Constituição passe a ser vista, então, numa perspectiva viva, como obra de todos os seus intérpretes. [...] Assim, diante da necessidade de especificação constante de conteúdos do texto constitucional em sua relação com os valores, passa a ser dado um papel de destaque à questão da interpretação, cuja função precípua é a de dar plenitude às normas, cujo texto só consegue abarcar uma pequena parte da vida constitucional. “Em outras palavras, ao adotar a compreensão de uma ordem valorativa extraída do todo da Constituição, o Tribunal abre espaço para a questão da ponderação de bens e da proporcionalidade, que passa, a ser instrumentos frequentes e necessários para a operacionalização deste sistema aberto, pois esta nova realidade constitui terreno fértil para desenvolvimentos e construções de natureza notadamente hermenêutica, já que é por meio da interpretação que se incorporam novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais. “A noção de uma ordem concreta de valores coloca em pauta, portanto, não tanto uma nova função desses direitos, mas sim o fundamento para outras funções com relação a eles, mais amplas.”

¹⁶⁹ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 24.

de suas esperanças e desejos.”¹⁷⁰

Ao definir a Constituição como produto e forjadora da cultura de um povo, Häberle aduz que a Teoria da Constituição deve ser entendida, lida e aplicada como uma ciência da cultura, aplicando-se a ela todo o “caráter integracionista” daquelas culturas, congregando distintas disciplinas e manifestações artísticas, culturais, políticas e jurídicas. Passa a ter relevante destaque o aspecto da liberdade cultural, tida como direito fundamental, uma vez que o pluralismo passa a ser visto como fundador da própria cultura e conseqüentemente dos Textos Constitucionais.

Essa liberdade cultural, garantidora de uma sociedade pluralista, implica como já referido em uma Constituição Pluralista, que é fruto de uma sociedade aberta, necessitando por isso estar bem estruturada em sua base, ostentando valores que reflitam as cristalizações e os objetivos culturais, orientando suas bases axiológicas sob o prisma de um marco referencial identificador, um legado cultural e expectativas de futuro, resumido nos valores sociais.

A visão da Teoria da Constituição como ciência da cultura é justificada pelo fato de a concepção puramente normativa, silogística, trazida pelo ordenamento jurídico não basta a responder com eficácia satisfatória às questões envolvidas no processo de criação e reforma constitucional.

Em outro enfoque, Häberle não entende ser possível a existência de um Estado Constitucional desvinculado de uma análise e construção interdisciplinar da teoria da Constituição e do próprio Texto Fundamental, vez que a valoração jurídica das bases culturais fundamenta por assim dizer o próprio Estado.

Häberle aprofunda seu posicionamento quanto à pertinência cultural do Direito Constitucional e das Leis Fundamentais na obra *Constituição e cultura*. O direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional, ao analisar perfunctoriamente o direito aos feriados e ao domingo enquanto sinônimos de um direito constitucional cultural. Apregoa que no âmbito constitucional os feriados constituem elementos de identidade cultural do Estado Constitucional, sendo que tal Estado aberto necessita de elementos culturais de base, pois a cultura lhe confere fundamento e justificativa.

Refere o autor que o direito ao feriado é uma das mais expressivas manifestações culturais de identidade de um povo, dos Estados Constitucionais que,

¹⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 34.

em razão de, mormente representar direitos fundamentais, deve ser elevada a categoria de Direito Constitucional, tendo por perspectiva, logicamente, tal direito como produto da ciência da cultura.

Os feriados, então, conformam a sociedade do Estado e do Mundo como um todo, conferindo-lhe valores culturais de identidade que devido à sua relevância devem constar nos textos Constitucionais. Ainda, conforme Häberle:

[...] os feriados tangem os fundamentos de uma cultura constitucional. Razão pela qual se recomenda sua *cuidadosa* introdução e modificação: os processos plurais de poder constituinte ou revisão constitucional, mesmo os de procedimento legislativo “infraconstitucional”, deveriam dar espaço a todos os pontos de vista pró e contra. O consenso deve ser o mais amplo possível, ou seja, uma parte do ‘*consenso fundamental*’.¹⁷¹

Seguindo no mesmo diapasão, o autor na obra “Os problemas da verdade no Estado Constitucional” apresenta o Estado Constitucional, de uma democracia pluralista, como a resposta necessária e antagônica aos Estados Totalitários, nos quais havia monopólio da “verdade”, das ciências, da cultura, a fim de que se mantivessem vivas e fortes as aspirações fundamentalistas da verdade e as ideologias inflexíveis.¹⁷²

Assim, a busca da verdade passa a ser a marca e um fundamento do Estado Constitucional Democrático pluralista, o qual é pautado sempre por *verdades relativas* que podem e devem ser alteradas de acordo com a produção cultural plural, sendo que tal busca é proporcionada por três liberdades fundamentais, quais sejam a arte, a ciência e a religião.

Aduz ainda que a busca da verdade deve se dar pela totalidade da opinião pública pluralista do Estado Constitucional, valorizando mais uma vez fortemente o caráter pluralista do Estado Constitucional, culminando em medidas como a proibição ao domínio dos meios de comunicação e monopólio das informações.¹⁷³

Essa busca da verdade como manifestação de uma sociedade constitucional pluralista não significa, porém, que não existam verdades jurídicas (valores fundamentais) reconhecidas, a serem mantidas e respeitadas, como a dignidade da

¹⁷¹ HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura*. O direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 53-54

¹⁷² HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008. (Terceira parte).

¹⁷³ HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008. (Terceira parte)

pessoa humana e garantias de eternidade do Estado Constitucional como a liberdade e a tolerância, buscando impedir o retorno a um estado totalitário.¹⁷⁴

Com isso, o autor, fixa mais uma vez em sua obra a relevância do pluralismo no Estado Constitucional Democrático, atribuindo à Constituição um caráter cultural, sendo esta vista como o resultado e a forjadora dos elementos culturais de um povo, que se manifesta tanto em seus feriados que resguardam, rememoram e festejam acontecimentos especiais em sua história, bem como, pela busca pela verdade dentre a pluralidade social.¹⁷⁵

Destarte, chega-se à principal contribuição para doutrina da Jurisdição Constitucional e do Estado Constitucional elaborada por Häberle, qual seja, a idéia de que a Constituição deve ser interpretada e por assim dizer, construída, por uma “Sociedade Aberta de Intérpretes”. Tal arrazoado permeia toda obra do autor, mas encontra maior fôlego no livro “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.”¹⁷⁶

Constitui esta obra, objeto principal deste item por ser a Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, o pensamento que baliza a verificação das hipóteses do presente trabalho.

Häberle inicia fazendo uma crítica ao tipo de interpretação constitucional que se pratica até os dias de hoje, por uma sociedade fechada, concentrada na atuação do judiciário e intérpretes legais, quais sejam, os elencado pela própria Constituição. O autor, por seu turno, defende a idéia de que interpretação constitucional tem que ser feita por uma Sociedade Aberta de Intérpretes, composta não apenas pelos entes e pessoas sufragadas constitucionalmente, mas por todos os agentes políticos sociais, por todos os grupos e cidadãos.

Entende Häberle que:

“a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa

¹⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008. (Terceira parte). p.105-109, passim.

¹⁷⁵ HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura*. O direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁷⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 13

sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”¹⁷⁷

Com o propósito de viabilizar tal forma de interpretação constitucional, apregoa que é necessário se considerar um conceito mais amplo de hermenêutica, onde cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação, atuando como intérpretes constitucionais em sentido *lato*, fazendo ao menos uma pré-interpretação, subsistindo sempre uma responsabilidade à jurisdição constitucional a quem cabe, comumente, a última palavra, em especial em casos que suscitem grande discrepância de opinião e dissidência social, a fim de manter o mínimo de integridade ao sistema constitucional.

Aliado a esse sentido de ampliação no conceito de hermenêutica, Häberle lança mão de outro forte argumento para defender a legitimidade de seus plurais intérpretes constitucionais, qual seja, o fato de que essa noção de interpretação tem como consequência a tão desejada e por todos defendida integração da realidade no processo interpretativo, uma vez que os intérpretes denotam a realidade pluralista. Diante dessa circunstância, a própria Jurisdição Constitucional vê sua destinação alterada, já que não mais atua de forma isolada na interpretação do texto constitucional, mas sendo a sua última destinatária, passando a utilizar métodos hermenêuticos como um filtro pelo qual passam as diferentes influências dos diversos participantes do processo interpretativo constitucional.¹⁷⁸

Deve-se ter a noção de que na ideal democracia, o cidadão é intérprete da Constituição em razão de que cada vez mais ele busca a efetivação de seus direitos fundamentais, atrelando a interpretação de cada direito ao caso concreto, matizado pelas raízes culturais e sociais de cada pessoa, o que não raras vezes exige uma alteração também do próprio direito constitucional, na medida em que a ampliação do rol de intérpretes da constituição força a um alargamento dos canais de informações dos juízes, o que lhes franqueia maior acesso a todos aqueles catalogados como intérpretes desse texto fundamental.

Nesse mesmo íterim, conforme Häberle, não se pode olvidar os principais enunciados da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, emanada em

¹⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 13.

¹⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

1789, como o direito à dignidade humana, à liberdade e à propriedade, irradiando-se primeiramente pelos direitos subjetivos e sequencialmente aos direitos coletivos, influenciando na liberdade de imprensa, no direito do trabalho, no direito ao meio ambiente e diversos outros formadores do atual ordenamento do Estado Constitucional.¹⁷⁹

São dessa forma, incontáveis as conquistas e evoluções oriundas dos acontecimentos de 1789, que além das já citadas pode-se referir o caráter escrito das constituições, a idéia de codificação, ou seja, da positivação do direito pelos legisladores, legitimando a doutrina do poder constituinte emanar das mãos do povo, sendo forma de expressão da soberania popular de representação, a idéia de lei como fonte da vontade geral, a separação dos poderes, e a república como forma de Estado já em evolução do ideário revolucionário francês pela cultura anglo americana.¹⁸⁰

Evidente, assim, que o ano de 1789, muito embora não tenha sido exclusivo na criação e transformações do Estado Constitucional, concorrendo com a realidade inglesa e norte-americana, cria uma condição sócio-cultural e jurídico-científica que não permite retrocessos ao longo da história, mas, antes pelo contrário, através de processos dialéticos, garante uma rica e segura evolução.

Finalmente, importa referir que Häberle, em seu texto, coloca, com muita propriedade, que uma teoria constitucional como deve ser, voltada para o futuro, somente é possível se for considerada inserida como uma teoria cultural que tenha uma visão bem nítida de suas memórias, do passado, projetando os acertos e necessárias reformas para o porvir, na mesma medida em que somente admite possível o desenvolvimento e manutenção do Estado constitucional desde que fundamentado na ação, intervenção, avaliação e poder de modificação e criação da denominada *sociedade aberta de intérpretes*, qual seja a participação de vários e diferentes seguimentos sociais na integração do ordenamento constitucional.¹⁸¹

A partir desse sobrevôo, ainda que breve, sobre o pensamento de Peter Häberle, resta evidenciado que a atual conformação do Estado Democrático de Direito está a exigir, como inafastável, a atuação da Jurisdição Constitucional na integração e na efetivação do texto constitucional, daí incluída a garantia e a implementação dos

¹⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998.

¹⁸⁰ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 94.

¹⁸¹ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 96.

direitos sociais.

Do mesmo modo, a hermenêutica constitucional deve acompanhar a natureza cultural da Constituição, bem como a pluralidade da sociedade contemporânea, a quem se destinam os ditames constitucionais a serem integrados em sentido e valor, a fim de que se extraiam normas efetivas, eficazes e condizentes com a realidade que desejam formatar e que as formatam.

Não havendo, pois, como afastar, por ora, a atuação da Jurisdição Constitucional, diante da imperiosa missão do Estado em proteger e implementar a dignidade da pessoa humana, em especial tendo como ferramenta a efetivação dos direitos sociais, vê-se no pensamento häberleano uma possibilidade de democratização da hermenêutica constitucional, mais condizente e apropriada às fundações basilares do Estado, evitando as críticas de usurpação de função e extrapolação de poder por parte do Judiciário.

Depreende-se, pois, que Häberle propõe, pois, uma renovação na hermenêutica constitucional, frente à necessidade de atender aos postulados de uma sociedade pluralista e multifacetada, marcada por séria e profunda estratificação, bem como, ter suporte à implementação dos ditames constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, que assumem caráter objetivo e principiológico no texto constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes, ao apresentar uma das obras de Häberle, aduz que inobstante a relevância da apreciação de questões por juízes, no exercício da jurisdição, ela não é a mais relevante e está longe de ser a última, uma vez que todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete. Suas palavras são esclarecedoras nesse sentido:

Häberle anota que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (...) Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. O peculiar significado da proposta de Häberle para uma democratização da interpretação constitucional, ou se quiser, para a hermenêutica constitucional da sociedade aberta.¹⁸²

Desse modo, defende Häberle que a concretização e conseqüente interpretação da Constituição não podem ficar, exclusivamente, a cargo de um grupo legalmente instituído, qual seja o Poder Judiciário, designado ao cumprimento dessa função

¹⁸² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 09

estatal, cabendo ao cidadão, em sua vivência e no exercício da democracia, cumprir papel decisivo na criação do texto constitucional, eis que a realidade social e cultural influencia e é influenciada por esse.

A interpretação efetuada de forma plural pela sociedade aberta de intérpretes permite que o texto constitucional seja concretizado da melhor forma, eis que possibilita a adequação dos preceitos constitucionais à realidade que se pretende conformar. O texto constitucional enquanto produto e conformador cultural e social, deve se adequar à vivência social a qual pretende regular.¹⁸³

Um dos maiores legados da teoria de häberleana é exatamente essa simbiose que ela preconiza entre a realidade, a Constituição, o Direito e seus novos intérpretes inseridos em uma sociedade aberta, e pluralista, como elemento que possibilita um avanço evolutivo do texto constitucional, constantemente em transformação – não o texto, mas sua interpretação – mutação constitucional, permitindo o acompanhamento das mudanças culturais, históricas e sociais dos seres humanos, inseridos em um tempo e um contexto definidos.

Novas demandas oriundas das relações sociais decorrentes de uma sociedade pluralista, estratificada, marcada por graves mazelas sociais, está a exigir do Estado uma prestação mais e mais positiva no sentido de implementação de direitos, colocando a ciência do Direito frente a um novo desafio. Desenha-se este desafio por caber à ciência do Direito a preparação de suas próprias estruturas de base para que se proceda a uma abertura, superando os dogmas e conceitos fechados, abrindo-se à participação social, intuindo a realização dos preceitos constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais revestidos de suas características ditadas pela nova ordem democrática.

A Jurisdição Constitucional, ainda que seja vista como contingência dessa nova ordem sócio-jurídica, é uma realidade que tem se mostrado mais benéfica e efetiva do que maléfica e prejudicial à democracia, na medida em que efetiva os direitos

¹⁸³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig, LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte- Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 115-116. “A Constituição se converte, então em ordem jurídica fundamental de um processo livre e aberto, sendo que enquanto tal, ela mesma se transmuta em um processo (permanente), o que faz com que o Direito Constitucional em sentido amplo, que não é só do Estado em sentido estrito senão que engloba e estrutura a sociedade como um todo (e, indiretamente, também a esfera privada) – como é o caso da Constituição democrática – não pode fazê-lo tão somente em sentido passivo, isto é. Ela não pode incorporar estes elementos exclusivamente como *objetos*; ela precisa incorporá-los, também de forma ativa enquanto *sujeitos*.”

constitucionais pleiteados pelos cidadãos, mais especialmente os direitos fundamentais.¹⁸⁴

Resta evidente, contudo, a necessidade de se encontrar vias alternativas tanto ao positivismo jurídico, que em descompasso com o desenvolvimento do Estado, ao ser aplicado acaba por gerar uma maior estratificação e exclusão social, ao determinar o fechamento da interpretação constitucional, quanto ao protagonismo da Jurisdição, que não pode ser o paladino da justiça, sob a alegação da necessidade de efetivação dos direitos e preceitos fundamentais constitucionais, representando, até certo ponto, afronta ao Princípio Democrático e da Separação dos Poderes.

A proposta de Häberle, da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, tomados por base todos os seus conceitos, tende a ser uma via intermediária, que busca o equilíbrio entre uma atividade jurisdicional pró-ativa na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais e uma atividade jurisdicional absenteísta, vinculada à interpretação silogística da lei. Coaduna-se com a conformação e as necessidades atuais do Estado Democrático de Direito ao possibilitar que todos aqueles que vivem a Constituição, representem a sua letra viva a partir da interpretação plural e aberta, eis que todos os que vivenciam o texto constitucional, influenciam e por ele são influenciados, conferindo-lhe concretude.¹⁸⁵

Nessa ótica, a adoção e incorporação da Sociedade Aberta de Intérpretes pela Jurisdição Constitucional, de modo institucional pela Jurisdição Constitucional ao prever a possibilidade de participação da figura do *amicus curiae* em sede de controle difuso de constitucionalidade, bem como, da realização de audiências públicas quando implica a tomada de decisão de matéria relevante e contingente ao convívio social, demonstra à evidência, inequívoco passo no caminho de sua

¹⁸⁴ Nesse sentido: ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro: jul./set. 1999.; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional – entre o constitucionalismo e a democracia*. Belo Horizonte: Forum, 2007.; BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – v. 1, n. 3, jul./ set. 2006.*; BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. 2010. Acesso em 25 de setembro de 2011.

¹⁸⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

democratização.¹⁸⁶

A atuação da Sociedade Aberta de Intérpretes na Jurisdição Constitucional possibilita a criação, de um *locus* de participação popular privilegiado, vez que livre de pressões sociais, inerentes às instâncias tipicamente políticas – Executivo e Legislativo, a fim de que os cidadãos organizados em uma sociedade aberta de intérpretes façam valer o real sentido das normas constitucionais axiologicamente culturais.

Louváveis essas iniciativas que vêm democratizar a atuação da Jurisdição Constitucional em sua árdua missão de auxiliar o Estado na busca e implementação da “utópica”¹⁸⁷ conformação equilibrada que possibilite o crescimento inclusivo, sustentável e o desenvolvimento humano, quando então, ela talvez deixe de ter tão relevante função no Estado Democrático de Direito.

O caminho trilhado até o presente momento autoriza e implica que se proceda a uma análise dos instrumentos que estão a dar concretude e fazer a simbiose entre a Jurisdição Constitucional e a Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, representando a possibilidade de democratização de sua atuação. Destarte, toma-se como objeto de análise do item seguinte, a figura do *amicus curiae* e da audiência pública em sede de Jurisdição Constitucional.

3.3 A audiência pública como instrumento de democratização de decisões judiciais na busca de uma Jurisdição Constitucional aberta, como possível contrapeso ao protagonismo judicial

A figura do *amicus curiae*¹⁸⁸, não é novidade no ordenamento jurídico pátrio,

¹⁸⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

¹⁸⁷ Trabalha-se com o termo “utopia” pretendendo que o leitor o tome na visão de Eduardo Galeano, em seu livro, *Las palabras andantes*. [s.l.]: Siglo XXI, 1994. p. 310: “Utopia [...] Ella está em el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. Para que sirve la utopia? Para eso sirve: para caminar.”

¹⁸⁸ LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européas*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. p. 230 “Amigo da Corte” – Tradução livre. No que tange à origem do instituto do *amicus curiae* importa referir que: “As bases do instituto do *amicus curiae*, em sua versão moderna, remontam ao direito medieval inglês, vindo ele a institucionalizar-se, já em pleno início do Século XX, nos Estados Unidos, onde evoluiu e alcançou grande relevo, surgindo como instrumento que possibilitava, no processo, a manifestação daqueles que eram alheios ao caso (não eram, portanto, partes do processo em julgamento), mas que, por algum motivo, tinham interesse ou contribuição a dar acerca da matéria em discussão, para o que

sendo utilizado há mais de três décadas.¹⁸⁹ Todavia, somente a partir de sua inclusão no controle de constitucionalidade, especialmente na forma concentrada e abstrata, estando previsto no artigo 7º, § 2º da Lei 9.868/1999¹⁹⁰, este instrumento ganhou notoriedade.¹⁹¹

Este artigo possibilita ao relator que, considerando a relevância da matéria, bem como a representatividade dos postulantes, onde se infere, a preocupação com a repercussão que a matéria terá em âmbito social, admita a manifestação de outros órgãos e entidades que deve se dar em no máximo trinta dias a contar do despacho de admissão.

Esta mesma lei, em seu artigo 9º, §1º e 2º prevê que em caso de necessidade de maior esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou mesmo quando houver insuficiência de informações nos autos, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos e/ou ainda, convocar audiência pública e ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Entendendo-se o disposto no artigo 7º, §2º da Lei 9868/99, como a figura do *amicus curiae*, e considerando noções de técnica legislativa, infere-se que o §2º do artigo 9º, ao referir a possibilidade de realização de audiência pública, trata-se de espécies do gênero do *amicus curiae*.¹⁹²

elaboravam e apresentavam ao julgador um parecer jurídico (*brief*) composto por precedentes cabíveis, porem não examinados ou invocados pelas partes, além de questões de direito úteis e relevantes para a solução da lide. Interessante destacar, neste sentido, que essa manifestação geralmente era neutra à solução do caso em questão, não se constituindo em defesa ou tomada de partido em relação a uma das partes envolvidas.”

¹⁸⁹ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPODIVM,2005. p. 21. O instituto do *amicus curiae* foi instituído primeiramente através da Lei 6.616 de 16 de dezembro de 1978, a qual alterou a Lei 6.385 de 7 de dezembro de 1976, que disciplina o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

¹⁹⁰ BRASIL. 1999. Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Lei 9.868/99. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acessado em: 13 de junho de 2010. A Lei 9.868/99 disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ambas espécies da versão abstrata e concentrada do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. BRASIL. 1999a. Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Lei 9.868/99. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acessado em: 21 de julho de 2010.

¹⁹¹ LEAL, M. C. H. MAAS, R. H. O *amicus curiae*: aspectos sobre a intervenção do instituto no controle abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: REIS, J. R. dos; GORCZEVSKI. C.(Org). *Constitucionalismo Contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 12.

¹⁹² Nesse sentido, AGUIAR, M. de C. *Amicus curiae*. Salvador: JusPODIVM,2005. 103 p. Este entende que a audiência pública se refere à manifestação de *amicus curiae* que ocorre de forma provocada, diferentemente do previsto no artigo 7º,§2º, quando a intervenção dos interessados se dá de forma espontânea. Também: BUENO, C. S. 2006. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo, Saraiva, 714 p.

Necessário se fazer uma distinção da figura do *amicus curiae* da do terceiro interveniente previsto no processo civil, bem como dos peritos chamados a prestarem esclarecimentos em sede de controle de constitucionalidade concentrado.

Não se confundem as duas primeiras situações, vez que o assistente, ou terceiro interveniente possui interesse particular e individualista no resultado da causa, sendo que o interesse do amigo da corte extrapola o campo da individualidade das partes, atingindo toda a sociedade de forma mais ampla. Ainda, não se pode equiparar a situação do *amicus curiae*, com a dos peritos ou comissão de peritos chamados a prestar serviço para o processo, vez que, a lei desconsidera o interesse destes profissionais no que tange à resolução da lide, importando, tão somente seus conhecimentos técnico-científicos, sendo esta função remunerada, sendo os últimos sujeitos a suspensão, contradição e impedimento.¹⁹³

Cabe ressaltar ainda, que o amigo da corte não se confunde com as testemunhas, vez que, na participação via audiência pública, convocada pelo relator, este pode ser uma pessoa física, jurídica, uma entidade coletiva e ainda ser um ente despersonalizado, além de que a natureza de sua intervenção é distinta da de uma testemunha, ele não está voltado à elucidação dos fatos, nem tem dever para com o juiz. Basta, portanto que represente interesse relevante socialmente envolvido na causa, não havendo regramento específico e procedimental para sua intervenção/contribuição.¹⁹⁴

Urge referir que tal não ocorre para a intervenção do *amicus curiae* previsto no artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99, vez que neste caso, somente poderão intervir enquanto amigos da corte, os colegitimados para propor Ação Direita de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, e em se tratando de outros órgãos e entidades também previstos, há a necessidade de que comprovem a relevância da matéria e a sua representatividade social.¹⁹⁵

A lei que define e delimita a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade projeta um processo objetivo, ou seja, em sede de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não estará julgando direito subjetivo

¹⁹³ DEL PRÁ, C. G. R. 2007. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá. p. 89.

¹⁹⁴ Insta fazer constar que não obstante a regulamentação ainda ser esparsa e pouco, o Regimento interno do Supremo Tribunal Federal incorporou alguns dispositivos que regulam a atuação do *amicus curiae*.

¹⁹⁵ DEL PRÁ, C. G. R. 2007. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá. p. 91.

posto em causa, mas sim, a adequação de determinada lei frente à Constituição Federal, tomada em abstrato. Esse fato, explica e justifica a opção do legislador em diferenciar a figura do amigo da corte, dos demais intervenientes no processo, vedando, explicitamente a intervenção de terceiros, nos moldes do processo civil, vez que estes, sempre têm interesse pessoal no objeto da lide, o que não se verifica em sede de controle abstrato de constitucionalidade.¹⁹⁶

Analisando-se a legislação pertinente à matéria, bem como o objeto principal da lei, qual seja a regulação de formas de controle concentrado de constitucionalidade, impõe-se compreender a relevância da figura do *amicus curiae* então previsto, para arejamento e abertura da Jurisdição Constitucional, permitindo ao relator de determinada causa, socorrer-se da opinião da sociedade acerca das questões de grande amplitude envolvidas no caso *sub judice*.¹⁹⁷

Interessante se faz referir que a Lei 9.868/99 faz referência à possibilidade de intervenção da figura do *amicus curiae* somente ao tratar da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo sido, o seu artigo 18 que estabelecia a possibilidade em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, vetado. Contudo, compreende-se que analogicamente é possível a intervenção desta figura na Ação Declaratória de Constitucionalidade, vez que o silêncio da lei não pode se constituir em óbice para o ingresso e a manifestação dos interessados nesta ação, desempenhando o mesmo papel previsto no artigo 7º, §2º da referida lei.¹⁹⁸

Cumprido salientar a título de esclarecimento, que a figura do *amicus curiae*, também se encontra prevista no artigo 6º, §1º da Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, lei que regulamenta a ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental). Essa participação é inferida a partir da similitude que este dispositivo legal, guarda com os já comentados artigos referentes à intervenção do *amicus curiae* na Lei

¹⁹⁶ LEAL, M. C. H. MAAS, R. H. O *amicus curiae*: aspectos sobre a intervenção do instituo no controle abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: REIS, J. R. dos; GORCZEVSKI. C.(Org). *Constitucionalismo Contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 13. Ainda em: BUENO, C. S. 2006. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo, Saraiva. p.135-136. “[...] se veda a intervenção de terceiros naquelas ações, já que não há qualquer ‘interesse’ ou ‘direito’ pertencente individual e exclusivamente a quem quer que seja que possa ser usufruído diretamente a partir daquilo que é julgado.”

¹⁹⁷ MAMARI FILHO, L. S. S. 2005. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris. p. 88.

¹⁹⁸ LEAL, M. C. H. MAAS, R. H. O *amicus curiae*: aspectos sobre a intervenção do instituo no controle abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: REIS, J. R. dos; GORCZEVSKI. C.(Org). *Constitucionalismo Contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 21.

9.968/99. Esta previsão diz respeito à intervenção mediante requisição do relator, sendo que a intervenção voluntária do amigo da corte encontra-se prevista no §2º do artigo 6º da Lei 9.882/99.

É de se ressaltar que o *amicus curiae*, na quase totalidade de suas intervenções, age por iniciativa própria, cabendo a ele requerer sua intervenção, que será aceita na medida em que os requisitos da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes forem cumpridos. Não obstante, uma vez considerada a audiência pública e a participação dos expertos, como forma do gênero *amicus curiae*, esta interferência se dá a partir da convocação do Ministro Relator.¹⁹⁹

Assim, entende-se que o legislador ao prever a figura do amigo da corte, não apenas possibilitou a implementação da sociedade aberta de intérpretes da constituição, mas garantiu a outros agentes que desejando, participem dos processos de competência da Jurisdição Constitucional, concretizando inegavelmente uma abertura e ampliação do seu âmbito de atuação, o que representa um expressivo avanço em seu caminho para a democratização.

A democracia no país, ganha de forma incontestável com a edição da figura do *amicus curiae*, podendo ser esta uma forma de participação direta, estando ao lado do voto e da iniciativa popular.²⁰⁰

O legislador pátrio ao inserir a possibilidade de intervenção da figura do *amicus curiae*, seja por deliberação voluntária, ou por requisição do relator, em sede de controle de constitucionalidade, mas especificamente, nos processos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proporciona inequívoca abertura a atuação da Jurisdição Constitucional, e o faz para permitir que os ministros relatores e o Tribunal Constitucional em seu pleno, possam ter acesso às informações, conteúdos e esclarecimentos acerca de matérias não apenas relevantes para a comunidade em geral, mas que envolvam questões científicas, de áreas diversas, complexas e que fogem ao conhecimento jurídico,²⁰¹ demandando a integração de

¹⁹⁹ LEAL, M. C. H. MAAS, R. H. O *amicus curiae*: aspectos sobre a intervenção do instituto no controle abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: REIS, J. R. dos; GORCZEVSKI, C.(Org). *Constitucionalismo Contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 43. Faz-se a ressalva de que o sentido e a extensão dos conceitos de representatividade e de relevância da matéria são abertos, sendo portanto, dependentes de interpretação, o que pode ampliar ou restringir as possibilidades de intervenção do instituto.

²⁰⁰ DEL PRÁ, C. G. R. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007 p. 83-84.

²⁰¹ Nesse sentido vale trazer a baila os conceitos de capacidade institucional e efeito sistêmico

elementos, para que se tenha um julgamento adequado.²⁰²

Pela análise até agora apresentada, infere-se que a audiência pública representa uma forma ainda mais ampla de intervenção via *amicus curiae* eis que possibilita a participação voluntária dos cidadãos e mediante requisição do Ministro Relator que pode ao convocar a audiência, requisitar informações a serem trazidas para dentro do processo, bem como, permite a inscrição voluntária de todos os interessados que conseguirem comprovar a relevância desse interesse e sua representatividade.

Por todo o até agora apresentado, bem como pela análise fática acerca do reconhecimento e participação dos *amici curiae* nas ações de controle de constitucionalidade, bem como pela postura que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, denota-se o processo de abertura e democratização da Jurisdição Constitucional não se constitui em modismo, ou tendência passageira.²⁰³ Esta afirmação consubstancia-se em vários fatos, como o aumento e não redução dos números de participação de *amici curiae* nos processos da Jurisdição Constitucional, na realização de considerável número de audiências públicas, tendo ocorrido seis procedimentos, versando sobre, a constitucionalidade da utilização de células tronco embrionárias em pesquisa científicas, a importação de pneumáticos usados e reconicionados, as ações afirmativas, o aborto em casos de gestação de fetos acometidos com anencefalia e por fim, o objeto de estudo do presente trabalho, a audiência pública da saúde.²⁰⁴

Consolidando ainda mais esse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Luiz Fux convocou uma nova audiência pública a ser realizada na

desenvolvidos por Cass Sunstein e Adrian Vermeulle em SUNSTEIN, C. VERMEULLE, A. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28*, 2002. A capacidade institucional diz com qual poder se encontra mais habilitado, considerando casos específicos, para produzir a melhor decisão dependendo da matéria em questão. Desse modo, magistrados podem encontrar dificuldade em decidir temas envolvendo aspectos técnicos e científicos, por desconhecimento da matéria e ausência de informação técnica especializada a respeito. Já no que diz respeito ao efeito sistêmico, significa que o magistrado, por estar preparado para julgar o caso concreto, pode não perceber efeitos indesejáveis de sua decisão, vez que ao decidir aplica a microjustiça, podendo a vir causar no sistema da macrojustiça, uma situação de injustiça, por não estar preparado para prever as consequências ampliadas e potencializadas de sua decisão em especial no que se refere aos aspectos econômicos.

²⁰² LEAL, M. C. H. MAAS, R. H. O *amicus curiae*: aspectos sobre a intervenção do instituo no controle abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: REIS, J. R. dos; GORCZEVSKI, C.(Org). *Constitucionalismo Contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 45.

²⁰³ Verifica-se a ocorrência deste fenômeno agora também no direito internacional, sendo que o Brasil está atuando como *amici curiae* contra lei de imigração nos Estados Unidos, juntamente com outros países da América. Consultor Jurídico. <http://www.conjur.com.br/2011-jun-17/brasil-11-paises-amicus-curiae-lei-imigracao-eua>> Acesso em: 17 de agosto de 2011.

²⁰⁴SupremoTribunalFederal.a<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>> Acesso em 21 de setembro de 2011.

primeira metade do ano de 2012, já tendo sido abertas as inscrições. Esse procedimento foi convocado no curso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4103, em que Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (Abrasel) questiona dispositivos que proíbem a venda de bebidas alcoólicas à beira das rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia.²⁰⁵

Outro fato que denota a tendência para a manutenção e fortalecimento destes imprescindíveis instrumentos de abertura e democratização da Jurisdição Constitucional é o fato de ter o Supremo Tribunal Federal, alterado seu Regimento Interno²⁰⁶ para incluir a possibilidade de convocação de audiência pública, e seu procedimento, o que não existia quando da ocorrência da primeira audiência versando sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, convocada no curso da Ação

²⁰⁵SupremoTribunalFederalb<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=194795>> Acesso em 26 de outubro de 2011.

²⁰⁶DiáriodaJustiçaEletrônicodaUnião.http://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090219_035.pdf Acesso em: 13 de jul. 2011. **“EMENDA REGIMENTAL Nº 29, DE 18 DE FEVEREIRO DE 2009 Acrescenta dispositivos ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL faz editar a Emenda Regimental, aprovada pelos Senhores Membros da Corte em Sessão Administrativa realizada em 11 de fevereiro de 2009, nos termos do art. 361, inciso I, alínea “a”, do Regimento Interno. Art. 1º O art. 13 do Regimento Interno passa a vigorar com acréscimo dos incisos XVII e XVIII, renumerando-se o subsequente para inciso XIX: “Art. 13. XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência. XIX – praticar os demais atos previstos na lei e no Regimento.” Art. 2º O art. 21 do Regimento Interno passa a vigorar com acréscimo dos incisos XVII e XVIII, renumerando-se o subsequente para inciso XIX: “Art. 21. XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria. XIX – praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento.” Art. 3º Ficam acrescidos ao art. 154 do Regimento Interno o inciso III e o parágrafo único: “Art. 154. III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os artigos 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II - havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.” Art. 4º Fica acrescido ao art. 363 do Regimento Interno o inciso III: “Art. 363 III – Despacho – para designar a realização de audiência pública de que trata o art. 13, XVII, deste Regimento.” Art. 5º Esta Emenda Regimental entra em vigor na data de sua publicação. Ministro GILMAR MENDES”**

Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF.²⁰⁷

Resta evidente nas alterações incluídas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a preocupação deste com a democratização de seus trabalhos, vez que, corajosa e de forma inédita, proporciona à sociedade brasileira acompanhar as sessões de julgamento por meios de comunicação, seja pela Rádio Justiça ou Emissora de Televisão – TV Justiça. Essa atitude configura mais um passo dado pela Jurisdição Constitucional Brasileira em direção à democratização de sua atuação, eis que possibilita à comunidade assistir em tempo real os julgamentos, sem edições, proporcionando a possibilidade de maior controle social sobre as decisões da Corte, bem como, sobre a própria atuação dos ministros tomados singularmente.

Denota-se às claras que a assunção pelo Supremo Tribunal Federal da figura do *amicus curiae* nos procedimentos de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato configura-se em inequívoco instrumento de democratização da atuação da Jurisdição Constitucional.

Em especial no que pertine às audiências públicas, levadas a cabo, sempre quando a matéria suscita grande clamor social e representa elemento de divisão da sociedade, tomada esta em toda sua pluralidade, o processo de oitiva dos argumentos sociais representa importante ferramenta de democratização, e instrumentalização da sociedade aberta de intérpretes da constituição, atuando como contraponto às críticas ao excessivo protagonismo judicial implementado por uma hermenêutica fechada e *numerus clausus* da constituição.²⁰⁸

Assim, o procedimento da audiência pública:

[...] constitui-se em importante mecanismo de abertura e de oxigenação do controle de constitucionalidade, a partir do momento em que permite ao relator buscar elementos seguros sobre os fatos subjacentes à lei cuja constitucionalidade é questionada e que viabilizem a formulação de seu convencimento sobre a tese daquele que postula a declaração de nulidade da norma questionada perante o Supremo Tribunal Federal.²⁰⁹

²⁰⁷ LEAL, M. C. H. MAAS, R. H. O *amicus curiae*: aspectos sobre a intervenção do instituo no controle abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: REIS, J. R. dos; GORCZEWSKI, C.(Org). *Constitucionalismo Contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 6.

²⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: a legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 168-169. “As audiências públicas poderão servir como instrumentos que permitirão à Corte Constitucional *auscultar* as convicções e interpretações da Constituição formuladas pelos magistrados do país e pelos diversos segmentos da cidadania. À sabedoria, sensibilidade e espírito democrático dos juízes do Supremo Tribunal Federal caberá fixar o grau adequado de *permeabilidade* da Corte a tais influências. De todo modo, a mera possibilidade de sua manifestação como um fator *condicionante* das decisões sobre as questões constitucionais no país já representa, por si só, um notável avanço.”

²⁰⁹ LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas*

A postura de arejamento e abertura assumida pelo Supremo Tribunal Federal indica um caminho interessante e já sedimentado à consecução da democratização da Jurisdição Constitucional.

Contudo, simplesmente proporcionar a oitiva da comunidade, através da institucionalização do *amicus curiae* e da maior publicidade dos atos e julgamentos do Supremo Tribunal Federal, não significa efetivamente sua democratização, nem tão pouco, basta à infundar às severas críticas sofridas pelo Tribunal no que pertine à questão contramajoritária, ou seja, a falta de legitimidade democrática do Tribunal em razão de seus ministros não serem eleitos pelo voto popular.

A questão se encerra, então, em torno de como o Supremo Tribunal Federal recebe as manifestações colhidas através do *amicus curiae*, sobretudo nos procedimentos das audiências públicas. Não se quer afirmar com isso, a necessidade de um acolhimento por parte do Tribunal em suas decisões da vontade da maioria, pois em assim agindo, estaria infirmando seu papel no Estado Democrático de Direito e subvertendo sua natureza.

Quer-se significar com esta afirmação, tão somente a necessidade de que o Tribunal considere todos os argumentos postos e aduzidos em sede de intervenção pelo instituto do *amicus curiae*, aceitando-os e assim os ratificando, ou os refutando, mas que em momento algum deixe de considerar o que se produziu em termos de manifestação popular. A questão que se põe problemática é o fato de que, conforme reiterada manifestação do Supremo Tribunal Federal, a Corte não está obrigada a enfrentar, na decisão, todos os argumentos suscitados pelas partes, quiçá, então, as aduzidas por terceiros que nem sequer partes são.

A refutação dos argumentos aduzidos pelos *amici curiae* não significa dizer que o Tribunal agiu de forma fechada e antidemocrática eis que o importante não é decidir de acordo com elas, mas, as levar em consideração ao decidir. Assim, antes pelo contrário, vez que assim agindo, o Tribunal unicamente, realiza uma de suas precípuas funções, qual seja a defesa das minorias não representadas nas instâncias democráticas eleitas pelo voto popular.

Destarte, se para preservar o valor, o sentido e a integridade do texto constitucional, sobretudo dos direitos fundamentais, o Tribunal precisar refutar a maioria dos argumentos formulados em sede de intervenção via *amicus curiae*, ele

estará agindo bem, e em fiel cumprimento a sua função constitucionalmente estabelecida.

Considerando a complexidade da questão que se mantém no centro do estudo, quais sejam, o limite legítimo do Supremo Tribunal Federal e a sua forma de atuação em efetivar direitos fundamentais incluindo sociais ao efetuar a interpretação da Constituição, tomando-se o instrumento do *amicus curiae*, em especial da audiência pública, como elemento de democratização da Jurisdição Constitucional, há que se aprofundar o estudo no sentido de se perquirir acerca da efetividade que vem sendo conferida pelo Tribunal aos argumentos postulados, em suas decisões.

Somente a partir desta análise pragmática, se poderá responder ao objetivo geral do presente estudo; analisar se a utilização do instrumento da audiência pública pela Suprema Corte Brasileira repercute efetivamente em sua jurisprudência, atuando como forma de democratização da Jurisdição Constitucional, notadamente na implementação dos direitos fundamentais sociais, a partir da Carta Magna de 1988, legitimando e/ou respaldando tal atuação, representando um possível contrapeso ao protagonismo judicial à luz da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição de Peter Häberle.

Para tanto se toma sob análise no próximo capítulo o procedimento da audiência pública da saúde em cotejo com as decisões proferidas nos julgamentos de ações sobre esse tema, ocorridas após a realização da audiência pública em questão.

4 A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA REPERCUSSÃO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO E/OU RESPALDO DAS DECISÕES RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE

4.1 Análise do procedimento da audiência pública nº 04 – denominada Audiência Pública da Saúde – realizada no Supremo Tribunal Federal

Ao dar início à análise sobre o procedimento da audiência pública a qual teve por objeto, o direito fundamental à saúde, ocorrida no Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, necessário se faz ressaltar que, inobstante esta seja considerada uma espécie de *amicus curiae*, previsto como interventor possível nas ações do controle concentrado de constitucionalidade – Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação

Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, a sua convocação não esteve vinculada a qualquer uma destas ações em específico, mas como uma forma de encontrar melhor solução às inúmeras questões levadas à conhecimento do Tribunal Constitucional, pela via recursal.

O procedimento vem então justificado pela relevância da matéria judicializada, girando em torno da vida e saúde humanas, onde os requerentes em sua grande maioria pleiteiam vagas de internação em Unidades e Centros de Terapia Intensiva, medicamentos e tratamentos médicos e hospitalares, realização de exames, identificando-se dentre as demandas, em sua grande maioria – o elevado custo demandado aos cofres públicos para efetivação das tutelas pleiteadas.

Destarte, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, aos 5 dias do mês de março de 2009, convoca, como restou designada, Audiência Pública da Saúde, a se realizar em sessão dividida em 6 encontros, nos dias 27, 28 e 29 de abril e; 4, 6 e 7 de maio de 2009.²¹⁰

²¹⁰BRASIL.SupremoTribunalFederalL.c.http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em 29 de Junho de 2010. **“DESPACHO DE CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA, DE 5 DE MARÇO DE 2009 O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 13, inciso XVII, e com base no art. 363, III, ambos do Regimento Interno, Considerando os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito desta Presidência, os quais objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros); Considerando que tais decisões suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas; Considerando a repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas; CONVOCA: Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. Ficam designados os dias 27 e 28 de abril de 2009, das 10:00 às 12:00 hs e das 14:00 às 18:00 hs, para a realização da audiência pública. O funcionamento da audiência pública seguirá o disposto no art. 154, inciso III, parágrafo único, do Regimento Interno do STF. Os interessados deverão requerer sua participação na audiência pública até o dia 3.4.2009, pelo endereço eletrônico audienciapublicasaude@stf.jus.br, devendo, para tanto, consignar os pontos que pretendem defender e indicar o nome de seu representante. A relação dos inscritos habilitados a participar da audiência pública estará disponível no portal deste Supremo Tribunal Federal a partir de 13.4.2009. Quaisquer documentos referentes à audiência pública poderão ser encaminhados pela via impressa ou eletrônica, para o endereço audienciapublicasaude@stf.jus.br. A audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça (art. 154, parágrafo único, inciso V, do Regimento Interno do STF), assim como pelas demais transmissoras que assim o requererem, devendo os pedidos serem encaminhados à Secretaria de Comunicação Social. Publique-se o Edital de convocação.**

Consoante se depreende do constante nos relatórios da audiência pública, encontrados no site do Supremo Tribunal Federal e na obra editada pelo Supremo intitulada Audiência Pública da Saúde, os esclarecimentos prestados destinaram-se a elucidar questões nebulosas e complexas envolvendo o direito fundamental à saúde, objeto dos processos de relatoria da Presidência do Supremo Tribunal Federal que à época tramitavam, sendo eles, os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355, todos processos de relatoria da Presidência.²¹¹

Cumprido salientar, que em respeito ao limite temporal e espacial do presente trabalho, deixa-se de fazer referência, de forma individual a cada uma das cinquenta manifestação proferidas na audiência pública e se toma como parâmetro para análise os termos de abertura e encerramento das sessões diárias elaborados pelo Presidente Sr Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

A audiência pública teve sua abertura conforme previsto no dia 05 de março de 2009, com o pronunciamento do Senhor Presidente e condutor dos trabalhos Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Estavam presentes nesta sessão Dr. Antônio Fernando Barros da Silva e Souza, Procurador-Geral da República; Dr. José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; Subdefensor Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público Geral da União em exercício; Dr. Alberto Beltrame, Secretário de Atenção à Saúde, representando o Ministério da Saúde; Dr. Flávio Pansieri, Presidente da Academia de Direito Constitucional, Membro da Comissão de Estudos Constitucionais

Expeçam-se convites aos Excelentíssimos Senhores Ministros deste Supremo Tribunal Federal para, querendo, integrar a mesa e participar da audiência pública. Expeça-se convite ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional. Expeça-se convite ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República. Expeça-se convite ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil. Expeçam-se convites aos representantes dos órgãos e das entidades abaixo relacionados para, querendo, manifestarem interesse em participar da audiência pública, devendo, para tanto, consignar os pontos que pretendem defender e indicar o nome de seu representante: 1. Ministro de Estado do Ministério da Saúde; 2. Advogado-Geral da União; 3. Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); 4. Presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); 5. Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); 6. Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); 7. Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); 8. Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM); 9. Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (FEBRAFARMA); 10. Presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS); 11. Presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (IDUM). À Secretaria do Tribunal, à Secretaria de Comunicação Social e à Assessoria de Cerimonial, para que providenciem os equipamentos e o pessoal de informática, taquigrafia, som, imagem, segurança e demais suportes necessários para a realização do evento. Ministro **GILMAR MENDES** Presidente.”

²¹¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. d. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> Acesso em: 24 de Abril de 2011.

da OAB, representando o Conselho Federal da Ordem; Dr. Marcos Salles, Assessor Especial da Presidência, representando a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB; Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Professor Titular da PUC do Rio Grande Sul, Juiz de Direito e Doutor pela Universidade de Munique.²¹²

Na fala de abertura proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, resta evidenciado o objetivo geral que fundamentou a convocação deste ato, “A Audiência objetiva esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde.” Esclarece também que em razão desta audiência não ter sido convocada no curso de uma ação específica seu objeto é mais amplo, vez que as decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde atingem a todos os cidadãos isto porque a judicialização dessas questões ganhou tamanha relevância teórica e prática exigindo o envolvimento não apenas dos operadores do direito, mas também dos gestores públicos, profissionais ligados à área da saúde e a sociedade civil em sua totalidade.²¹³

Ainda justificando a convocação da audiência pública nº. 04 – audiência pública da saúde aduz o Presidente que, muito embora a reconhecida importância da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito social da saúde, enquanto condição de exercício da cidadania, essa realidade vem representando um grande ponto de tensão aos elaboradores e gestores de políticas públicas ao se verem compelidos a prestar os mais diversos atendimentos compreendidos pelo direito à saúde, muitas vezes, ignorando a política pública pensada e estabelecida pelo governo, desconhecendo as possibilidades/limitações orçamentárias. “A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema.”²¹⁴

Referiu ainda que além das ações já referidas, tramitava no Supremo Tribunal Federal uma proposta de súmula vinculante, apresentada pela Defensoria Pública da União, a fim de tornar expressa a “responsabilidade solidária dos entes da federação no que concerne ao fornecimento de medicamentos e tratamentos” e “a possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamento e tratamento, restando afastada, por outro lado, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100,

²¹²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. e. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

²¹³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. e. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

²¹⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. e. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

caput e §2º, da Constituição de 1988”.²¹⁵

Ademais, também se encontrava em tramitação o Recurso Extraordinário nº. 566.471 ao qual foi reconhecida a Repercussão Geral pelo Sr. Ministro Marco Aurélio questionando se uma situação individual, considerado o alto custo da prestação pública de saúde, pode comprometer pondo em risco a assistência à saúde global como um todo. Além do mais, o caso trata do pleito por um fármaco destinado ao tratamento de hipertensão pulmonar que não consta na lista dos fármacos dispensados pelo SUS – Sistema Único de Saúde. Finaliza sua preocupação no que tange à questão da possibilidade orçamentária envolvida, fazendo referência a complexa e problemática realidade que se conforma no atual contexto marcado por recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação de doenças.²¹⁶

Na sequência o Presidente cita algumas das difíceis decisões (Agravamento Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223; Suspensão de liminar nº 228; Suspensão de tutela antecipada nº 268) já tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo o direito social à saúde, em demandas de altíssima complexidade, obrigando Ministros e em especial os magistrados de primeiro grau, que não podem negar jurisdição, a tomarem decisões dramáticas e trágicas, não raras vezes, decidindo sobre a vida e/ou a morte.²¹⁷

Constam também da fala de abertura da Audiência Pública da Saúde referência à grande manifestação de interesse da comunidade em participar desse processo, tendo sido recebidos mais de 140 pedidos de participação, todos com expressivas contribuições ao debate. Contudo não sendo possível ouvir a todos por razões temporais e materiais, procurou-se ao elaborar a lista de habilitados, ouvir a todos os seguimentos em certa medida envolvidos,²¹⁸ tendo sido adotado como critério de

²¹⁵BRASIL, Supremo Tribunal Federal. e. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

²¹⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. e. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

²¹⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. e. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

Acesso em: 24 de Abril de 2011. “Em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão à sua frente, que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença grave, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde.”

²¹⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. e. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

Acesso em: 24 de Abril de 2011 “os magistrados, os promotores de justiça, os defensores públicos, os usuários, os médicos, os doutrinadores e os gestores do sistema único de saúde. Buscamos, ainda,

seleção, primeiramente o grau de representatividade da associação ou entidade requerente, a originalidade da tese proposta e o currículo do especialista indicado. Todavia aqueles que não foram selecionados puderam enviar material de apoio, artigos, e todo o tipo de documento informativo, constituindo esta uma situação nova, não típica na participação do *amicus curiae*.

Finalizando a fala de abertura dos trabalhos da Audiência Pública da Saúde, o Ministro Gilmar Mendes aduz que o diálogo é necessário para que o Supremo Tribunal Federal possa se colocar no lugar de cada um dos agentes envolvidos, buscando o diálogo e a ação conjunta. Rechaça as posições extremadas no sentido de afastar plenamente a atuação do Judiciário ao efetivar o direito social da saúde, como no sentido de entender como direito subjetivo todas as ações em saúde pleiteadas judicialmente. Há que se buscar um equilíbrio nas decisões, analisando-se todas as implicações destas, sem comprometer os direitos fundamentais do cidadão, em especial o direito à saúde, encontrando-se com a audiência não apenas informações técnicas, mas subsídios para um amplo e pluralista debate público em prol do aprimoramento das políticas de saúde.²¹⁹

garantir a presença de especialistas das mais diversas regiões do país.”

²¹⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. e. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

Cabe trazer à lume as questões apontadas pelo Ministro Gilmar Mendes que foram enfrentadas por ocasião dos debates da audiência pública da saúde. “Precisamos analisar, entre outras questões, as consequências da atuação do Poder Judiciário para a ordem, a saúde e a economia públicas, mas sem esquecer que estamos tratando de um dos direitos mais importantes para os cidadãos brasileiros, o direito à vida. Uma questão de fundamental importância diz respeito à divisão de competências no SUS. Quais são as consequências práticas do reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde para a estrutura do Sistema e para as finanças públicas? Em relação à própria gestão do SUS e ao princípio da universalidade do Sistema, questiona-se se prescrições de medicamentos, subscritas por prestadores de serviços privados de saúde podem subsidiar as ações judiciais, ou se não se deveria exigir que a prescrição fosse de autoria de médico credenciado junto ao SUS e que o processo judicial fosse antecedido por pedido administrativo. São questionamentos que comumente se colocam. Quanto ao princípio da integralidade do Sistema, importa analisar as consequências do fornecimento de medicamentos e insumos sem registro na ANVISA, ou não indicados pelos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. Porque razão os medicamentos prescritos ainda não se encontram registrados? Haverá um descompasso entre as inovações da medicina e a elaboração dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas? Há realmente eficácia terapêutica nos medicamentos não padronizados que vêm sendo concedidos pelo Poder Judiciário? Esses medicamentos possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelos serviços públicos de saúde capazes de tratar adequadamente os pacientes? Há resistência terapêutica aos medicamentos padronizados? Por que, muitas vezes, os próprios profissionais de saúde do SUS orientam os pacientes a procurar o Poder Judiciário? São casos de omissão de política pública, de inadequação da política existente ou há outros interesses envolvidos? O estudo da legislação do SUS permitirá distinguir as demandas que envolvem o descumprimento de uma política pública de saúde, das demandas que buscam suprir uma omissão do gestor de saúde, e como isso pode interferir na atuação do Poder Judiciário. Enfim, impõe-se ao magistrado o desafio de resolver um complexo quebra-cabeça de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, inclusive considerando seu aspecto evolutivo, a universalidade do sistema e a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, a

O encerramento da primeira parte da sessão pública da Audiência da Saúde foi marcado por uma inequívoca demonstração de preocupação por parte do Poder Judiciário, na figura de seu Tribunal Constitucional, afirmando, desde sempre o respeito pelo Congresso Nacional Brasileiro e a relevância de sua função na consolidação da Democracia. Demonstrou ainda, o desejo de encontrar as melhores respostas aos graves problemas que circundam e marcam a prestação do direito social de saúde no país, lembrando que o debate é indispensável, já que não se conseguirá encontrar fórmulas miríficas, implicando o trabalho com os devidos processos de racionalização.²²⁰

Ressaltou também o Presidente que no primeiro dia sobressaíram os seguintes posicionamentos: As falhas na prestação do direito à saúde e do sistema como um todo não se resolvem em uma ação isolada de um único ente, eventualmente o Judiciário, sendo necessária uma concertação o que justifica a relevância do diálogo; é a boa qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos que caracterizam e identificam o Estado Democrático Social de Direito; O desenvolvimento de um Estado é relacionado em proporção direta com a qualidade de vida dos cidadãos, proporcionada pelo acesso irrestrito a bens necessários e indispensáveis ao desenvolvimento humano e uma vida digna, ou seja, basicamente o rol de direitos sociais constantes no artigo 6º da Constituição e seus sucedâneos, o que caracteriza e fundamenta uma democracia social; A efetivação dos direitos sociais não é responsabilidade apenas do Estado, mas deve ser compartilhada com a sociedade civil; O Estado deve envidar todos os esforços no sentido de garantir de forma efetiva acesso aos direitos sociais, o que somente ocorrerá a partir da universalidade e integralidade da prestação dos serviços públicos essenciais, possibilitando romper com o problema crônico da desigualdade social; e O argumento da reserva do financeiramente possível não pode ser utilizado para inviabilizar a implementação do direito à saúde, vez que em muitos casos o que ocorre não é ausência, mas sim má aplicação e distribuição de recursos.²²¹

O termo de abertura do segundo ato da sessão da audiência pública da saúde

escassez de recursos e o uso indevido do orçamento, a justiça comutativa e a justiça distributiva, dar prioridade às políticas de prevenção ou à recuperação; a efetiva participação da comunidade no sistema, a distribuição de tarefas entre os entes da federação e as desigualdades regionais”.

²²⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal.f.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM.pdf> Acesso em: 27 de abril de 2011.

²²¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal.f.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM.pdf> Acesso em: 27 de abril de 2011.

dá conta que na pauta do dia tratou-se das questões relativas à responsabilidade dos entes federativos e do financiamento do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabeleceu competência comum para União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde, fixando para os Municípios a prestação do serviço, com a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União. Desse modo, os recursos que financiam o Sistema Único de Saúde provêm da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes em um sistema de cofinanciamento das políticas de saúde estabelecida pela Emenda Constitucional nº 29/2000. Mais especificamente, a Norma Operacional Básica (NOB – SUS) nº 1/96 dividiu a responsabilidade dos entes de acordo com a complexidade, cabendo às portarias do Ministério da Saúde disciplinarem qual a política pública a ser prestada por qual ente federado e qual a sua forma de custeio.²²²

Acompanhando posicionamento, em grande medida, tomado do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal entende que a Constituição em última análise, estabelece a solidariedade entre os entes federativos, na prestação do direito à saúde, cabendo a estes uma ação conjunta, pautada no princípio da lealdade, o qual inspira a prestação comum de tarefas pelas unidades da Federação.²²³

O termo de encerramento do segundo dia de sessão da Audiência Pública da Saúde relata que neste dia restaram evidentes as angústias dos Gestores estaduais e municipais; as abordagens dos Senhores Procuradores, Defensores Públicos, ante os complexos problemas relacionados à prestação dos serviços de saúde numa equação que leva em conta o dever de cumprimento de decisões judiciais e a necessidade de organização e realização dos orçamentos. A atuação judicial, sobretudo da Jurisdição, em decorrência da amplitude de suas decisões, que impliquem efeitos orçamentários ao Estado, muitas vezes não resolve e causa grandes transtornos. O dilema, contudo é que a inação judicial pode, e inúmeras vezes acarreta um descontrole e a total ausência de prestação do serviço público, violando frontalmente o direito social à saúde dos cidadãos.²²⁴

O financiamento comum e a universalidade na prestação dos serviços públicos

²²²BRASIL, Supremo Tribunal Federal.g.<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>>. Acesso em: 27 de Abril de 2011.

²²³BRASIL, Supremo Tribunal Federal.g.<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>>. Acesso em: 27 de Abril de 2011.

²²⁴BRASIL, Supremo Tribunal.h.<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento.pdf>>. Acesso em: 27 de Abril de 2011.

de saúde impõem a estabilização dos gastos com saúde e com a captação de recursos, tendo sido dado o primeiro grande passo com a Emenda Constitucional nº 29/2000, ao fixar percentuais mínimos a serem disponibilizados para o custeio das ações de saúde. Contudo, uma lei complementar deverá estabelecer os percentuais mínimos de que trata o § 2º; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização; avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e serviços públicos de saúde. Essa parece ser uma preocupação comum. Finalizando a sessão, demonstra o Tribunal Constitucional, mais uma vez, seu compromisso com a abertura da Jurisdição, vez que foi aberto aos cidadãos o direito de enviarem perguntas aos especialistas, devendo estas terem sido enviadas por endereço eletrônico.²²⁵

No terceiro dia de sessão foram debatidas as questões relativas à gestão do Sistema Único de Saúde e à universalidade de acesso ao sistema, evidenciando que a norma constitucional estabeleceu um acesso universal e igualitário, sendo que a norma regulamentadora Lei 8.080/90, prevê a igualdade de assistência sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Enfrentam-se nesse sentido, os problemas decorrentes da efetivação judicial do direito à saúde, na medida em que “pode” representar uma afronta à universalidade e à igualdade de acesso, o provimento judicial de tratamentos terapêuticos receitados por profissionais não vinculados ao Sistema Único de Saúde, ou não solicitados administrativamente em primeira mão, bem como, a determinação da compra de medicamentos não licitados e não previstos nas políticas públicas.²²⁶

O termo de encerramento do terceiro dia de sessão da Audiência Pública da Saúde faz lembrar o excesso de judicialização no Brasil, referindo um dado que impressiona por sua magnitude, eis que à época, no ano de 2009, encontravam-se em trâmite sessenta e sete milhões de processos. Ressalta, positivamente, ações como as desenvolvidas pelas Defensorias Públicas dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo que através de processos de conciliação, reduziram significativamente o número de demandas judiciais, em especial em assuntos referentes à existência de política pública no Sistema Único de Saúde, porém descumpridas. Infere que esse

²²⁵BRASIL, Supremo Tribunal. h. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento.pdf>. Acesso em: 27 de Abril de 2011.

²²⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. i. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_MGM.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2011.

tipo de ação, em nada diminui a importância do papel do Judiciário, mas antes viabiliza indiretamente o custo da efetivação do direito à saúde, vez que a judicialização também tem seu preço, além do que, reduz a insegurança que pode decorrer do processo de judicialização, em razão da falta de parâmetros hermenêuticos e/ou legais para as ações que versam sobre o direito social à saúde. Releva sobremaneira, o fato de que os problemas de ineficiência na prestação estatal do direito à saúde, na grande maioria dos casos não se devem à ausência de legislação e/ou de políticas públicas, mas sim à inexecução destas. A maior parte dos processos de judicialização do direito à saúde não decorre, pois, da inércia legislativa, mas sim da não aplicação da legislação de políticas públicas existente. Apregoa-se, por fim, que a melhora na efetividade da prestação de serviços de saúde, passa também pela informação da população no sentido de conhecerem as políticas de saúde disponíveis e existentes no Sistema Único de Saúde, vez que não há pleno exercício de direito que não é conhecido.²²⁷

Na quarta sessão da Audiência Pública da Saúde tratou-se sobre questões envolvendo o registro de medicamentos e insumos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e os protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, tomando-se que a Lei Federal 6.360/73 – Lei da vigilância sanitária – dispõe em seu artigo 12 que é vedada a exposição à venda, industrialização ou entregue ao consumo, dos produtos que ela regula, inda que importados, sem o prévio registro no Ministério da Saúde. O Ministério da Saúde procurou por meio de protocolos e diretrizes terapêuticas, estabelecer critérios claros de diagnósticos e de tratamento para cada doença, visando evitar mecanismos de controle e acompanhamento e verificação dos resultados e racionalizar a prescrição e o fornecimento de medicamentos. Ocorre, todavia, que são inúmeros os casos de cidadãos buscando via judicial, tratamentos não reconhecidos pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, revelando um grave descompasso entre os tratamentos e medicamentos prescritos e os protocolos do SUS.²²⁸

No encerramento desta quarta sessão aduziu-se a relevância de serem ouvidos os pacientes usuários do Sistema Único de Saúde, por serem eles a quem se destina,

²²⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. j. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/Encerramento_MGM.pdf. Acesso em: 30 de abril de 2011.

²²⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. k. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSau/de/anexo/MGM_abertura.pdf. Acesso em: 30 de abril de 2011.

em última instância, todo este esforço de resolução da problemática prestação do direito social à saúde.²²⁹

O quinto dia de sessão foi marcado pelos temas das políticas públicas de saúde e do Princípio da Integralidade do Sistema, na medida em que a Constituição Federal ao determinar que o direito à saúde é garantido mediante políticas sociais e econômicas, ressalva justamente a formulação de políticas públicas que o concretizem através de escolhas alocativas e técnicas. De outro modo, também prevê que o atendimento seja integral e sejam privilegiadas as ações preventivas sem prejuízo das assistenciais. Contabilizar e harmonizar a necessidade de um atendimento integral com recursos escassos representa um dos maiores desafios a serem enfrentados na efetivação do direito à saúde, sobretudo, em decorrência da evolução que se verifica na medicina e na ciência terapêutica e curativa.²³⁰

Encerrou-se o debate neste quinto dia de Audiência Pública da Saúde ressaltando-se a necessidade das partes colaborarem com o Poder Judiciário, carreando aos autos o máximo de informações técnicas possíveis acerca do medicamento, e/ou procedimento pleiteado, auxiliando na formação do convencimento do magistrado.²³¹

O último ato da sessão da Audiência Pública da Saúde foi aberto pelo Ministro Menezes Direito e versou sobre a política de assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde. Os medicamentos pleiteados em juízo são na maioria das ações, o divisor de águas entre a vida e a morte, mas seu alto custo pode, em certo modo, significar a morte de tantos outros que serão desassistidos em razão do cumprimento de determinada decisão judicial. O cobertor é curto para o tamanho da cama. Desse modo, ressalta o Ministro Menezes Direito que

“o resultado dessas Audiências que estão sendo realizadas poderão permitir a abertura de novos horizontes no sentido de assegurar, como é desejo da Suprema Corte, que a prestação jurisdicional possa ter um amplo espectro e, sobretudo, possa destinar-se especificamente a amparar aqueles mais necessitados, e que para a saúde não há limites, e esses limites são o nosso coração, a nossa alma e a nossa dedicação”²³²

²²⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. l. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM_5_dia.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2011.

²³⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. m. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_MGM_5_dia.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2011.

²³¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. n. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM_5_dia.pdf> Acesso em: 17 de junho de 2011.

²³²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. o. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_Ministro_Menezes_Direito.pdf> Acesso em: 17 de junho de 2011.

O encerramento da Audiência Pública da Saúde foi presidido pelo então Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Sr Gilmar Ferreira Mendes, sendo que fez questão de por em relevo a importância e o significado de integração do Estado Democrático de Direito que representa uma ampla participação da sociedade na decisão judicial de causas de tamanha grandeza e magnitude.²³³

Aduz que o acesso do Tribunal a uma pluralidade de visões representada por todos os participantes, em permanente debate, garante ao Supremo Tribunal Federal benefícios dos subsídios técnicos, das implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica carreados pelos “amigos da corte”. Nesse sentido entende a implementação dessa nova intervenção via *amicus curiae* como determinante para a qualificação e legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua atribuição precípua de guarda da Constituição e também na uniformização das decisões e proteção do interesse público.²³⁴

Em uma clara retomada do que foi exposto, tratado e debatido durante a audiência pública, coloca as seguintes conclusões: dificuldade e complexidade do tema e importância de decisões conscientes por parte do Poder Judiciário; Importância de se construírem espaços de consenso e soluções compartilhadas, inclusive na esfera administrativa; um consenso mínimo no sentido de que a grande parte dos problemas envolvendo a questão da prestação de serviços de saúde não diz respeito à ausência de políticas públicas, mas sim de inexecução destas, implicando uma composição orçamentária entre os entes da federação; necessário cuidado que se deve ter com a estabilidade nos gastos com a saúde e consequentemente com a captação de recursos, vez que o custeio do Sistema Único de Saúde e assim sua integralidade tem início na elaboração da peça orçamentária; A Regulamentação da Emenda Constitucional 29/2000, bem como a participação popular na elaboração do orçamento, são definitivas na busca da racionalidade e integralidade de atuação do Sistema Único de Saúde; A elaboração de marcos legais e teóricos que melhor especifiquem as políticas públicas de saúde, delineando mais claramente o seu contorno, a fim de que o conhecimento social dos direitos e da forma

²³³BRASIL.SupremoTribunalFederal.p.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub_Min_GM.pdf > Acesso em: 17 de junho de 2011.

²³⁴BRASIL.SupremoTribunalFederal.p.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub_Min_GM.pdf > Acesso em: 17 de junho de 2011.

como ele pode ser exercido é condição para sua eficácia e a colaboração das partes trazendo aos autos o maior número de informações completas e específicas possível acerca do conteúdo da assistência de saúde que necessita e da enfermidade que o acomete.²³⁵

Retoma-se, pois, na esteira do todo enfatizado em especial pelo Ministro Gilmar Mendes, por ocasião da Audiência Pública da Saúde, mais uma vez os aspectos da relevância na realização do instrumento das audiências públicas, institucionalizando a idéia de Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, através da adoção do instituto do *amicus curiae*, neste caso da audiência pública, para a abertura e arejamento da atuação da Jurisdição Constitucional, representando uma democratização deste *locus*, implicando muito possivelmente uma maior legitimação democrática de sua atuação.

Impõe-se no presente momento do estudo a realização de uma análise mais acurada da Jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal a partir das conclusões aduzidas na Audiência Pública da Saúde, para que no terceiro item deste capítulo, se possa, então, avaliar de forma mais segura se esta abertura da Jurisdição Constitucional levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal realmente está a legitimar sua atuação, ou tão somente, vem no sentido de respaldar as posições já tomadas pelo Tribunal.

Retomando sempre, o sentido de que, não há necessidade de assunção por parte do Supremo Tribunal Federal dos argumentos postulados pela maioria dos participantes no procedimento da Audiência Pública, mas sim, que todos os argumentos sejam considerados, sendo ratificados ou refutados nas decisões da Corte.

4.2 Análise das manifestações jurisprudenciais envolvendo a efetivação do direito social à saúde no Supremo Tribunal Federal, correlatas à Audiência Pública da Saúde, com foco nos aspectos econômicos e impactos financeiros considerados nas decisões

Ao se dar início ao presente item necessário referir quais foram os critérios de

²³⁵BRASIL.SupremoTribunalFederal.p.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub_Min_GM.pdf > Acesso em: 17 de junho de 2011.

escolha dos processos tomados como parâmetro de análise.

Escolheu-se assim, analisar as decisões proferidas nas ações que motivaram a convocação da Audiência Pública da Saúde: Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminar nº 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nº 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nº 2361, 2944, 3345 e 3355.

A fim de selecionar as demais decisões a serem analisadas, optou-se metodologicamente pela busca no site do Supremo Tribunal Federal, realizando-se a busca na guia geral relativa à jurisprudência inserindo-se alternativamente, os seguintes termos: Audiência Pública da Saúde, direito à saúde, direito social à saúde, medicamentos, UTI e CTI,²³⁶ e finalmente, na busca por legislação, inseriu-se o como critério de busca “artigo 196” da Constituição Federal, selecionando-se, tão somente, às proferidas depois da data de 07 de maio de 2009.²³⁷

Das ações, de competência da Presidência, que, em especial deram causa, à convocação da Audiência Pública da Saúde, infere-se que: o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 64 não foi julgado até o presente momento; o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 36 foi julgado improcedente por intempestivo; O Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 185 foi considerado prejudicado em razão da perda do objeto, tendo sido julgado extinto; O Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 211 foi julgado em 17 de março, contudo não teve seu acórdão localizado; o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, O Agravo Regimental em suspensão de Tutela Antecipada nº 278 e as Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355 foram todos julgados na mesma data, em 17 de março do ano de 2010, sendo suas decisões paradigmáticas, por serem as primeiras tomadas após o término a consecução da Audiência Pública de Saúde.²³⁸

Já de imediato se informa que as decisões as quais consideraram e enfrentaram as teses levantadas na Audiência Pública da Saúde, foram todas decididas na mesma

²³⁶ Entenda-se por UTI – Unidade de terapia intensiva e por CTI – Centro de Terapia Intensiva.

²³⁷BRASIL,SupremoTribunalFederal.q.<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 24 de setembro de 2011. Por imperioso, ressalta-se do ponto de vista metodológico, que, como o objetivo deste trabalho é analisar a efetividade das manifestações da audiência pública da saúde nas decisões do Supremo Tribunal Federal, e não determinar se houve uma mudança de postura ou modificação nas decisões a partir dela, entendeu-se não se fazer necessária a análise de decisões anteriores, optando-se apenas pela avaliação das decisões posteriores à realização da referida audiência.

²³⁸BRASIL,SupremoTribunalFederal.q.<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 24 de setembro de 2011.

data, em 17 de março de 2010. Sendo que todas as demais pesquisadas, referem à matéria tratada durante a Audiência Pública, sequer fazendo referência a esta. São os seguintes processos: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 674.764 do Piauí; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.487 do Paraná; Recurso Extraordinário 368.564 do Distrito Federal; Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 607.582 do Rio Grande do Sul; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.381 de Santa Catarina; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553.712 – 4 Rio Grande do Sul; Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 605.533 Minas Gerais e Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 328 do Paraná.²³⁹

Há que se informar ainda a existência de duas ações não incluídas no rol das que motivaram a convocação da Audiência Pública, ambas julgadas também na data de 17 de março de 2010 que consideram os argumentos democráticos levantado naquele procedimento. São elas: Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.724 Ceará e Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará.²⁴⁰

Importa referir que o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará demonstrou-se o mais completo no que tange à consideração acerca dos argumentos aduzidos em sede de Audiência Pública da Saúde, sendo seguido em todos os processos de sua relatoria julgados em março de 2010.

Desse modo, elegeu-se esse voto para ser tomado em uma análise mais específica, eis que todos os votos dos demais Ministros seguiram seus passos.

O direito pleiteado e concedido em sede de antecipação de tutela que a União pretende ver suspensa é prestação do medicamento Zavesca (Miglustate), destinado ao tratamento, prolongamento da expectativa de vida e melhora na qualidade de vida de uma paciente portadora da Síndrome de Niemann – Pick Tipo C, a qual, como doença degenerativa, causa movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria, limitações no desenvolvimento escolar e paralisias progressivas.

O tratamento foi orçado em R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil Reais) mensais, sendo tal importância excessivamente elevada, não podendo ser suportada pela

²³⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. q. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 24 de setembro de 2011.

²⁴⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. q. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 24 de setembro de 2011.

família da paciente.²⁴¹

A fim de fixar as bases de fundamentação de sua decisão, tomando por norte as experiências e informações colhidas na audiência pública da Saúde, o Ministro Gilmar Mendes delimita a discussão das teses a serem discorridas tendo por pano de fundo a seguinte questão: se como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial, atentando para a questão da necessidade de compatibilização entre a reserva do possível e o mínimo existencial.²⁴²

Analisa o Ministro que os direitos fundamentais não possuem apenas um postulado negativo de intervenção, mas também possuem um postulado de proteção, decorrendo, então, não somente uma proibição de excesso, mas também uma proibição de insuficiência na proteção.²⁴³

O caráter objetivo dos direitos fundamentais sociais, em especial o da saúde, que demanda organização e criação de órgãos e estruturas estatais do que depende sua prestação, suscita a avaliação da questão de que todas as dimensões de direitos fundamentais têm custos públicos, consoante apresentam Stephen Holmes e Cass Sunstein, evidenciando de forma relevante o tema da reserva do possível a partir da escassez de recursos e da necessidade de se fazerem escolhas alocativas.²⁴⁴

Aponta a decisão, também, para outra ponderação levantada contra a judicialização das políticas públicas na efetivação do direito à saúde, como espécie de direito social, na medida em que muitos apregoam que tais direitos por demandarem prestações positivas por parte do Estado, significando despesas econômicas, são assegurados em normas de caráter programático, dependentes, pois

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 78.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 78.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 79. Não se pode olvidar, que isto depende ainda, também, do que se entende por “reserva do possível”, pois, em sua formulação original pelo Tribunal Constitucional alemão, ela está associada à razoabilidade da prestação, e não propriamente à existência ou não de recursos, embora esta razoabilidade varie, é claro, conforme seja maior ou menor a disponibilidade. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

da elaboração e implementação de políticas para se tornarem exigíveis. Dizem então, que a intervenção do Poder Judiciário na prestação efetiva de tais direitos viola o princípio da separação de poderes e da reserva do financeiramente possível.²⁴⁵

Outra crítica apontada à judicialização e ao ativismo judicial na implementação do direito à saúde decorre de que os direitos sociais possuem caráter de universalização, o que não ocorre na maioria dos casos de pleito referente ao direito à saúde, onde uma parte requer tutela jurisdicional para ver assegurado junto ao Estado direito próprio e individual.²⁴⁶

Essa característica tem relevância na medida em que, os direitos sociais, considerando a escassez e finitude de recursos para sua prestação, deveriam ser prestados pelo Estado de forma a atingir do melhor e mais eficiente modo, uma maior parcela social, em decisões de caráter alocativo, fundadas em elementos de justiça distributiva, o que prestar e a quem atender; valores de macrojustiça.²⁴⁷

As decisões efetivantes do direito à saúde, por suas especificidades, na grande maioria das vezes possuem o caráter de microjustiça, sendo-lhes estranha, inclusive a sua repercussão consequencial no mundo jurídico e político do Estado, uma vez que podem estar concedendo direito individual, no prejuízo do coletivo.²⁴⁸

Dando notícia das correntes em sentido oposto, o voto em análise aduz os argumentos dos defensores do ativismo e da judicialização na implementação dos direitos sociais, em especial o da saúde. Verifica-se a necessidade da atuação jurisdicional considerando que tais direitos são indispensáveis à realização e consectários da dignidade da pessoa humana, exigindo a intervenção da jurisdição a fim de garantir um “mínimo existencial” de cada um desses direitos, lembrando que o

²⁴⁵ Não se pode deixar de referir que este é um dos problemas mais complexos e debatidos na Teoria do Direito e na Teoria da Constituição.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 80. Nesse sentido cabe o debate se a parte está a buscar a tutela do direito fundamental social à saúde ou direito fundamental individual à vida.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 80.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 80. Aqui, novamente se traz a idéia de efeitos sistêmicos da decisão já referida na nota nº. 199, sendo que, uma das principais funções positivas do *amicus curiae* é exatamente auxiliar o magistrado por ocasião da tomada da decisão, impedindo que o impactos e consequências negativas e indesejáveis desta no macrossistema.

problema continua sendo o limite desta intervenção.²⁴⁹

Em sequência a fundamentação denota que ao fim e ao cabo, inobstante a disputa teórica acerca da possibilidade/necessidade da atuação jurisdicional, especialmente da jurisdição constitucional, e dos reflexos políticos e sociais dela decorrentes, decisões precisam ser tomadas, direitos precisam ser assegurados, problemas concretos precisam ser resolvidos, tomando-se em conta a complexidade das características e conformações dos direitos sociais. Os juízos de ponderação surgem como inevitáveis no contexto conflitivo entre princípios e diretrizes políticas, entre direitos individuais e bens coletivos.²⁵⁰

Referindo que os direitos fundamentais no Brasil, diferentemente de ordenamentos estrangeiros, como é o caso do alemão, estão insculpidos no texto da Carta Magna, recobrando-se das características inerentes aos mandamentos constitucionais, passa a análise da forma e dos termos com que vêm definidos, examinando cada um dos elementos enumerados no art. 196, da Constituição Federal, quais sejam: direito de todos; dever do Estado; garantido mediante políticas sociais e econômicas; que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos; regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.²⁵¹

Ao considerar o direito à saúde um direito de todos, identifica o reconhecimento de um direito individual e um direito coletivo à saúde, sendo tais passíveis de exigência perante o Estado, ao passo que a consideração de tal norma como programática,

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010, p. 82.

²⁵⁰ ALEXY, Robert, apud MENDES, Gilmar Ferreira. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 83. “Considerando os direitos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõe de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da *Idea* – guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã, são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. [...] De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais os direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais que dizem respeito, sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.”

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 85.

negando-lhe exequibilidade de plano, seria negar a própria força normativa da Constituição.²⁵²

Citando o Ministro Celso de Mello, na qualidade de relator do AgR – RE nº. 271.286-8/RS reconhece o caráter individual do direito à saúde, o qual conduz o Estado e o cidadão a uma relação obrigacional, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Denota que a relevância de tal direito reconhecida pelo legislador constituinte, implicou na qualificação constitucional das prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (art. 197), legitimando a atuação da jurisdição, sempre que a Administração Pública descumprir tal mandamento constitucional. Reconhece, contudo, que o direito à saúde não existe e não pode existir desvinculado de ações e políticas públicas que se destinem ao seu fornecimento, sendo então, *um direito subjetivo público a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde*.²⁵³

Enquanto dever do Estado, o direito fundamental à saúde, insculpido no art. 196 da Constituição, é muito mais um dever fundamental do Estado à prestação de ações e políticas públicas que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, devendo tal ocorrer de forma solidária, entre União, Estados – Membros, Distrito Federal e Municípios, forte no que dispõe o art. 23, II, da Constituição. A criação do Sistema Único de Saúde com a descentralização dos serviços e conjugação de recursos, tão somente reforça a idéia de solidariedade, firmando a Corte posicionamento de que todos os entes federativos respondem solidariamente à prestação de serviços de saúde, podendo figurar nessa condição no pólo passivo das ações propostas.²⁵⁴

A necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde, decorre da exigência de que tal direito seja garantido mediante políticas sociais e econômicas, concretizando-o por meio de escolhas alocativas.²⁵⁵

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 85.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 85.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 87.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 87.

Tais escolhas denominadas de “escolhas trágicas” são indispensáveis, não apenas na medida em que os recursos são finitos, mas também em razão da mutabilidade dos avanços da medicina, das necessidades, frente ao surgimento de novas doenças e reaparecimento de moléstias que se consideravam erradicadas.²⁵⁶

As políticas públicas devem ser voltadas à redução do risco de doença e de outros agravos, enunciando a dimensão preventiva que devem possuir. Devem também promover o acesso universal e igualitário aos serviços públicos de saúde, alcançando a população como um todo. Tal fato reforça o caráter solidário da prestação dos serviços de saúde por parte dos entes federados, garantindo, mesmo a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. (art. 7º da Lei 8.080/90)²⁵⁷

Ao analisar a última característica do direito à saúde, postulado no art. 196 da Constituição Federal, qual seja, ações para promoção, proteção e recuperação da saúde, o Ministro Gilmar Mendes conclui:

[...] os problemas de eficácia social desse direito devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas dos entes federados. A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, §1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades. Mesmo diante do que dispõe a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas, nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.²⁵⁸

Seguindo na fundamentação do voto em questão, o Ministro Relator menciona

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 88.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 89.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 90.

que todos esses fatores controvertidos e complexos que permeia a efetivação do direito à saúde denotaram a necessidade e relevância da convocação da audiência pública da saúde, já referida no presente trabalho.

Considerando os depoimentos, dados e experiências colhidos nesta ocasião, refere ter restado constatada a necessidade de se redimensionar a questão da saúde pública no Brasil, pois as ações propostas em sua grande maioria, não decorrem da ausência de legislação e/ou políticas públicas promotoras e protetivas do direito à saúde, mas sim, buscam a efetivação de políticas e da legislação já existente por parte do Estado. Infere-se essa assertiva dos exatos termos utilizados pelo Ministro:²⁵⁹

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública – Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. [...] Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. [grifo do autor] ²⁶⁰

Diante de tal conclusão, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes passa a analisar os casos em que não existe a política pública pleiteada e em que a prestação de saúde pretendida não se encontra inscrita nos protocolos do SUS. Afirma que nesse caso é necessário distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação.²⁶¹

É comum a busca da jurisdição para o fornecimento de fármacos não registrados na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), o que é vedado à administração por força da Lei. 6.360/76, eis que a necessidade de registro representa

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 90.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 92.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010

uma garantia à saúde pública, representando, o nominado registro, *condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.*²⁶²

Vencida essa primeira hipótese, o Ministro Relator passa a análise de outro dado, qual seja a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação pelo SUS, quando então se deve atentar às seguintes hipóteses: *1º) O SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente; o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.* Analisando as hipóteses apresentadas, infere-se primeiramente para o fato de que SUS filiou-se à corrente da '*Medicina com base em evidências*', adotando os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas consistindo em um conjunto de ações criteriosas que aplicadas permitem efetuar o diagnóstico da doença, o melhor tratamento, fármacos indicados e as doses a serem ministradas.²⁶³

Outro fato que faz ver o Ministro Gilmar Mendes é que o SUS é organizado e montado sobre os parâmetros dos princípios constitucionais do acesso universal e igualitário às suas ações e prestações de saúde, somente sendo viável, na medida em que as políticas públicas repartam os recursos escassos, da forma mais eficiente possível.²⁶⁴

A concessão via jurisdição de implementação de ações de saúde que não estejam incluídas nos protocolos e diretrizes do SUS pode significar a violação a esse princípio da universalidade eis que privilegiará o individual em detrimento do coletivo, o que permite concluir como imperioso o privilégio ao tratamento fornecido pelo SUS, em detrimento do tratamento escolhido pelo paciente, sempre que este não se mostrar ineficaz, ou ficar demonstrada a insuficiência e impropriedade da política pública existente.²⁶⁵

O Ministro Gilmar Mendes conclui a análise deste ponto, aduzindo que

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 94.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 94

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 95.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 95.

inobstante o todo aludido, não resta impossibilitado o Poder Judiciário de determinar o fornecimento de ação de saúde, tratamento e/ou fármaco por não se encontrar listado nos protocolos e diretrizes do SUS, uma vez que, como bem elucidou o próprio Ministro da Saúde, impõe-se a revisão periódica de tais protocolos, significando que eles não são inquestionáveis, podendo ser contestados judicialmente.

Seguindo na fundamentação do voto em análise, o Ministro Relator trata da situação que envolve a inexistência de tratamento na rede pública, exigindo que se diferenciem os tratamentos experimentais, dos novos tratamentos ainda não reconhecidos pelo SUS. No caso dos primeiros, nenhum Estado pode ser obrigado a comprar os medicamentos experimentais, em razão de que eles ainda não foram aprovados e fazem parte de experiências, não estando à disposição no mercado. Em se tratando do segundo caso, deve-se ter o cuidado de verificar se os protocolos do SUS não se encontram defasados diante da velocidade com que evolui a medicina e as ciências médicas, a fim de que sempre se possa oferecer o melhor tratamento disponível aos cidadãos.²⁶⁶

Finalmente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes retoma a parte dispositiva do seu voto, analisando a argumentação específica da União, enquanto Agravante, concluindo que não lhe assiste razão quando aduz acerca da impossibilidade do Poder Judiciário intervir na efetivação e implementação de políticas públicas, no caso de saúde²⁶⁷; que é parte ilegítima por não haver solidariedade entre os entes da

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 97. “Parece certo que a inexistência de protocolo clínico do SUS, não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão da medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública da Saúde.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 98. “Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, destaco a ementa da decisão proferida na ADPF – MC 45/ DF, Relator Celso de Mello, DJ. 29.4.2004: “EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL.

Federação; que o alto custo do tratamento pleiteado inviabiliza a prestação por parte do Estado, vez que o medicamento tem registro na ANVISA, sendo passível de prestação, bem como ao aduzir que a decisão que pretende ver revogada, uma vez mantida, terá efeito multiplicador, ferindo a ordem econômica, eis que processos de tal natureza devem ser analisados casuisticamente.²⁶⁸

Cabe neste momento, quase derradeiro do trabalho, tomar-se o caminho do enfrentamento proposto como objetivo central da pesquisa. Dito de outro modo, a partir de todos os pressupostos teóricos já delineados, as condições para se analisar se a atuação do Supremo Tribunal Federal resta legitimada, ou, tão somente, respaldada após a realização da Audiência Pública de Saúde, ao decidir as demandas determinando a efetivação do direito social à saúde, à luz da Teoria Aberta de Intérpretes da Constituição, estão construídas. Sendo assim, no item seguinte, que encerra, sem esgotar, contudo, a presente pesquisa, proceder-se-á ao enfrentamento proposto.

4.3 Análise da efetividade das manifestações/argumentos aduzidos nas audiências públicas nas decisões relativas ao direito à saúde e da repercussão do instrumento da audiência pública como fator de legitimação e/ou respaldo das decisões do Supremo Tribunal Federal, a luz da Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição

No derradeiro item do presente trabalho, consoante já exposto, propõe-se uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação do direito social

DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUIDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DE INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* n.º. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível n.º. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. n.º 76, Ementário n.º. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 98-104. Para outra perspectiva de análise, interessante a visão trabalhada por Mônia Clarissa Hennig Leal no artigo intitulado *Ativismo Judicial e Participação Democrática: A Audiência Pública como espécie de Amicus Curiae e de Abertura da Jurisdição Constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Audiência Pública da Saúde*, em: LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. 265 p.

à saúde, tomando-se como objeto as decisões proferidas nesta Corte após a realização da Audiência Pública da Saúde, buscando-se verificar se os argumentos aduzidos em sede da audiência pública foram considerados, mormente no tocante às questões financeiro-orçamentárias e ao impacto econômico das decisões, para ao final averiguar se a atuação do Tribunal resta legitimada pela verificação de uma abertura democrática, ou simplesmente respaldada, tomando-se como parâmetro a Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição.

Do exposto no item anterior, depreende-se que numericamente, as decisões do Supremo Tribunal Federal, relativas à efetivação do direito social à saúde, proferidas após a Audiência Pública da Saúde, em sua maioria mencionam o procedimento de abertura e democratização realizado.

Na esteira de uma análise mais acurada e compromissada, impo-se verificar cada uma das decisões referidas, destacando o seu objeto e em que medida, ainda que indiretamente, seguem os argumentos aduzidos na Audiência Pública da Saúde.

Proceder-se-á, deste modo à análise proposta enumerando cada uma das decisões e seus principais argumentos. Para fins de facilitação metodológica, a apresentação será feita em dois blocos, sendo as ações divididas entre as que efetivamente referem à Audiência Pública da Saúde e as que não a mencionam.

4.3.1 Decisões que efetivamente mencionam a Audiência Pública de Saúde.²⁶⁹

a) Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 278 Alagoas:

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Governo de Alagoas contra a decisão de que indeferiu o pedido de suspensão de tutela recursal, formulado pelo agravante para suspender os efeitos da decisão do Juízo da 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió, mantida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, nos autos do Processo nº. 001.08.082235-6, a qual determinou ao Estado o fornecimento do medicamento Rituximabe (Mabthera) 500mg e Rituximabe (Mabthera) 100mg destinado ao tratamento de leucemia linfocítica crônica. Ressalta-se que o

²⁶⁹ Insta informar, que se deixa de apresentar neste momento, os argumentos aduzidos nas decisões proferidas na data de 17 de março de 2010, vez que todas seguem o voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes cuja análise foi exposta no item anterior. Não há alterações no que tange à matéria jurídica tratada, somente diferindo uma decisão da outra no que pertine à prestação de saúde pleiteada.

medicamento pleiteado possui registro na ANVISA. Após a explanação do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, o qual foi seguido pelos demais Ministros, a decisão foi no sentido de negar provimento ao agravo. Nos termos da Ementa:

EMENTA: Suspensão de Tutela Antecipada. 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 a solução Judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamentos: Rituximabe (Mabthera). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento.”²⁷⁰

b) Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47 Pernambuco:

Recurso interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão proferida pelo então Presidente da Corte Nelson Jobim, indeferindo o pedido de suspensão de liminar proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara de Petrolina/PE, cuja suspensão havia sido negada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Consiste o mérito na condenação, em sede de Ação Civil Pública, do município de Petrolina, do Estado de Pernambuco e da União na adoção de medidas administrativas cabíveis para a melhoria do hospital Dom Malan. A medida foi determinada contra o município de Petrolina, ficando determinado na sentença que ao Estado de Pernambuco e à União, caberia todo o suporte necessário ao Município de Petrolina. Esta decisão também considerou os argumentos aduzidos em sede da Audiência Pública da Saúde, nos mesmos termos do voto do Relator Gilmar Ferreira Mendes, proferido no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, já analisado. Cabe, pois, trazer a ementa de decisão.

EMENTA: Suspensão de Liminar. 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 a solução Judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação

²⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47*. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes, julgadas em 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento. ²⁷¹

c) Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 2361 Pernambuco:

Recurso interposto pelo Estado de Pernambuco contra decisão proferida pelo então Presidente da Corte Nelson Jobim, indeferindo o pedido de Suspensão de Segurança nº. 2361 formulado pelo recorrente nos autos do Mandado de Segurança nº. 107.723-8. No mérito do Mandado de Segurança, pleiteava-se o fornecimento pelo Estado de Pernambuco do medicamento ENBREL (Etanercept), em favor do impetrante. Seguindo as demais decisões ora analisadas, esta também segue nos exatos termos e argumentos jurídicos a decisão do Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175 do Ceará, já analisada. Traz-se, pois a ementa:

EMENTA: Suspensão de 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 a solução Judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de Medicamento: ENEBREL (Etanerecept). Fármaco registrado na Anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento. ²⁷²

d) Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 2944 Paraíba:

Trata-se de recurso interposto pelo estado da Paraíba contra decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie que indeferiu o pedido de suspensão mantendo as liminares deferidas pelo Tribunal de Justiça daquele estado, determinando o fornecimento de VIAGRA (citrato de sildrafenil) aos impetrantes. Como as demais já analisadas também segue o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na decisão referida e analisada no capítulo anterior. Nestes termos, apresenta-se a ementa da decisão:

²⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47*. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes, julgadas em 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

²⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47*. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes, julgadas em 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

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 a solução Judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de Medicamento VIAGRA (Citrato de Sildafenil). Tratamento de hipertensão pulmonar. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento.

²⁷³

e) Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 3345 Rio Grande do Norte:

Versa o presente recurso contra decisão da Ministra Ellen Gracie que decidiu manter decisão contra o Estado do Rio Grande do Norte determinando que este fornecesse à impetrante o medicamento FÓRTEO (Teriparatida), por considerar que o medicamento pleiteado é a única opção de tratamento para as complicações do diabetes que acomete a impetrante. Como os todos os processos julgados na data de 17 de março de 2010, que ensejaram a convocação da Audiência Pública da Saúde pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a decisão deste também segue as linhas do voto por ele proferido e já analisado neste trabalho. Segue desse modo, a 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 a solução Judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de Medicamento FÓRTEO (Teriparatida). Tratamento de hipertensão pulmonar. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento.

²⁷⁴

²⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47*. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes, julgadas em 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

²⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47*. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes, julgadas em 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

f) Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 3355 Rio Grande do Norte:

O objeto do pedido desta suspensão determinou ao Estado do Rio Grande do Norte que fornecesse ao Impetrando o medicamento Clopidogrel 75mg de utilização indispensável na recuperação de angioplastia coronária para implantação de *stents*. Seguindo a esteira dos votos proferidos na data de 17 de março de 2010, nos processos que levaram a convocação da Audiência Pública da Saúde, este também segue as delineações jurídicas do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes. Elucida-se a 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 a solução Judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de Medicamento Clopidogrel 75mg. Tratamento de hipertensão pulmonar. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento. ²⁷⁵

g) Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.724 Ceará

A decisão ora atacada em seu mérito determinou ao Estado do Ceará que fornecesse ao paciente Floripes Roberto de Castro, o medicamento Reminyl para o tratamento da doença de Alzheimer, para Tereza Fontes, o medicamento Herceptin, para o tratamento de neoplasia de mama e do medicamento Rituxmab, aos pacientes Andreia Ribeiro de Oliveira, para o tratamento de artrite reumatóide, Edivando Inácio do Nascimento e Francisco Cláudio Mourão Coelho, acometidos de uma neoplasia maligna: o linfoma não Hodgking. Tal qual as demais analisadas neste grupo, a decisão foi no sentido de seguir o voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes já analisado. Segue-se a 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 a solução Judicial

²⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47*. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes, julgadas em 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade Solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de Medicamentos: Reminyl, Herceptin e Rituximab. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento.²⁷⁶

h) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.487 do Paraná.

Impende referir que este processo faz referência à Audiência Pública da Saúde, não sendo da relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e tendo sido julgado em data diversa de 17 de março de 2010.

Trata-se de recurso interposto contra decisão que, ao conhecer do Agravo de Instrumento do Ministério Público do Paraná, deu provimento ao Recurso Extraordinário para que o juízo de primeiro grau prossiga como entender de direito no julgamento da ação civil pública cujo objeto consiste em impor ao Estado do Paraná uma obrigação de fazer, envolvendo liberação de recursos financeiros, ampliação da unidade de terapia intensiva – adulta do Hospital Universitário de Londrina (mínimo de 10 leitos e a adoção de medidas necessárias para o bom desenvolvimento do referido setor).

A Ministra Ellen Gracie faz referência à Audiência Pública da Saúde, aduzindo alguns dos pontos trabalhados naquela ocasião. Verifica-se o argumento de que o Princípio da Separação de Poderes não pode ser utilizado como óbice ao exercício de um direito fundamental, no caso o da saúde, bem como que o entendimento da Corte vem evoluindo no sentido de aceitar a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas em casos de injustificada inércia pública. Refere alguns precedentes da Corte que aduzem a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para a aquisição de medicamentos, bem como que a falta de prévia dotação orçamentária não pode inviabilizar a prestação do direito à saúde. Por fim, copia grande parte do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no Agravo Regimental em Suspensão de Liminar 47 de Pernambuco, como parâmetro para a decisão. Neste sentido, a ementa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE

²⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47*. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes, julgadas em 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

2. É possível ao poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.

3. Agravo Regimental Improvido.²⁷⁷

Encerrado o grupo de análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas após a audiência pública da saúde e que consideraram os argumentos nela aduzidos, passa-se a análise das decisões que não consideraram, ao menos expressamente, a Audiência Pública da Saúde.

4.3.2. Decisões que não consideraram os argumentos aduzidos em sede da Audiência Pública da Saúde.

a) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553.712 – 4 Rio Grande do Sul.

Trata-se de Agravo Regimental contra decisão do Ministro Carlos Velloso, que negou seguimento a Agravo de Instrumento interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul. O agravante sustenta que o pagamento de todas as condenações contra a fazenda pública sejam pagas via precatório, sendo inviável a obrigação de entrega de numerário para compra de medicamento, em grave violação ao art. 100 da Constituição Federal. Ao proferir o voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski não enfrentou diretamente o aduzido na Audiência Pública de Saúde, limitando-se a referir que o direito à saúde é de responsabilidade solidária dos entes federados, sem, contudo, fazer qualquer menção à audiência Pública da Saúde. Por fim, fundamenta seu voto no fato de o Agravante não ter trazido aos autos nenhuma matéria nova. Nestes termos, a ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I – O Acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação

²⁷⁷BRASIL, SupremoTribunalFederal.u.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>> Acesso em: 05 de setembro de 2011.

processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto à ofensa à Constituição, se existente, seria indireta.

II – A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal.

III – Possibilidade de bloqueio de valores a fim de pessoas hipossuficientes. Precedentes.

IV – Agravo Regimental Improvido.²⁷⁸

b) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.381 de Santa Catarina.

A controvérsia presente nos autos versa sobre a possibilidade de a União figurar no pólo passivo de ação para fornecimento de medicamentos proposta originalmente contra o Estado de Santa Catarina. O Acórdão recorrido entendeu, em razão da solidariedade existente entre os entes federativos para prestação das ações em saúde, que a Autora poderia escolher de qual dos entes cobrar a integralidade da prestação. Todavia, no presente caso, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina representa não somente uma procrastinação do feito e um entrave ao exercício do direito por parte da Autora. Assim foi negado provimento ao recurso, sem, entretanto, enfrentar os argumentos aduzidos na Audiência Pública da Saúde, limitando-se a reconhecer a solidariedade entre os entes federados. Verifica-se, destarte, um descompasso entre a fundamentação do acórdão e sua ementa, eis que esta traz fundamentações não tratadas no voto. Nestes termos, a ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS, CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 196 da Constituição Federal impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e as medidas necessárias para a proteção e recuperação dos cidadãos.

2. O Estado deve criar meios para prover serviços médicos – hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (art. 23, II e 198, §1º da CF).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente

²⁷⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. r. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365714> Acesso em: 05 de setembro de 2011.

federativo deve se pautar no espírito da solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

5. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário desprovido.²⁷⁹

c) Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 607.582 do Rio Grande do Sul.

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que reconheceu o bloqueio de contas públicas para assegurar adimplemento de fornecimento de medicamentos. O recorrente alega que o bloqueio de verbas públicas para esse fim não está previsto no art. 100, §2º da CF, bem como que o sequestro de verbas provoca um desequilíbrio orçamentário que viola o art. 167, II e VII da CF. Aduz a Ministra Ellen Gracie que a questão em análise possui relevância do ponto de vista político, econômico, social e jurídico por interferir nas receitas públicas, atingindo certamente um grande número de interessados. Informa que a decisão de reconhecer repercussão geral em casos como o tratado já é pacificada no Supremo Tribunal Federal, sendo imperioso o seu reconhecimento em seu voto, a Ministra também não faz adução à Audiência Pública de Saúde, nem tão pouco, enfrenta quaisquer de seus argumentos, ainda que indiretamente. Nestes termos, a ementa:

EMENTA: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou o Ministro Eros Grau.²⁸⁰

d) Recurso Extraordinário 368.564 do Distrito Federal.

O caso versa sobre mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Assistência à Saúde – Ministério da Saúde, par compelir a autoridade impetrada a liberar a quantia equivalente à U\$12.580,00 (doze mil, quinhentos e oitenta dólares) para financiar o tratamento de “retinose pigmentar” em Cuba, vez que não há tratamento para esta doença no Brasil.

²⁷⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. s. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&dociD=624235> Acesso em: 05 de setembro de 2011.

²⁸⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal. t. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&dociD=613791>> Acesso em: 05 de setembro de 2011.

Os votos do plenário seguiram o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio Mello nos seguintes termos: O direito à saúde é dever do Estado e não pode deixar de ser prestado sob a argumentação de programaticidade da norma do artigo 6º da Constituição; O segurado que busca tratamento para esta doença no exterior tem direito a pleno reembolso dos valores gastos. Citou inúmeras decisões da Corte Suprema neste sentido, deixando de fazer referência à Audiência Pública da Saúde, ou às decisões precedentes que a referem. Importa aludir que o acórdão do presente processo é extenso, tendo havido grande discussão em razão de ser ou não o tratamento pretendido experimental, sendo, todavia, este argumento, desconsiderado ao final do julgamento. Nestes termos, a ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRÉ – QUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O pré-questionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis.²⁸¹

e) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 674.764 do Piauí.

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Estado do Piauí contra decisão que negou provimento à Agravo de Instrumento interposto contra decisão que não admitiu Recurso Extraordinário em clara violação aos artigos 2º, 5º, LIV, 84 e 167 da Constituição Federal. Cabe ressaltar que o Recurso Extraordinário pretendida impugnar decisão em Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público versando sobre os graves problemas existentes na Unidade Mista de Saúde Cícero Ribeiro de Almeida, em especial a ausência de uma ambulância em condições de uso.

Foi aduzida também a inadmissibilidade de implementação de políticas públicas sem ferir a separação de poderes, bem como a reserva do possível e finalmente o caráter programático da norma constitucional que estabelece o direito à saúde.

No voto, o Ministro José Antônio Dias Tóffoli não referiu a Audiência Pública à

²⁸¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. v.< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531> Acesso em: 05 de setembro de 2011.

Saúde, mas enfrentou indiretamente e de maneira superficial algumas questões, a pacificação na jurisprudência da Corte de que, em casos excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar à Administração Pública que adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem configurar violação ao Princípio da Separação de Poderes. Por fim, aduz que também já é pacificada na casa a legitimidade do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública visando à proteção de direitos coletivos e difusos, como o caso do direito à saúde. Veja-se a ementa:

EMENTA: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação Civil Pública. Implementação de Políticas Públicas. Possibilidade. Violação do Princípio da Separação de Poderes. Não ocorrência. Reserva do Possível. Invocação. Impossibilidade. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implantação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do Princípio da Separação de Poderes. 3. A administração não pode invocar a cláusula da “reserva do possível” a fim de justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República, voltados à garantia da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento de insuficiência orçamentária. 4. Agravo Regimental não provido.²⁸²

f) Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 328 do Paraná.

Trata-se de processo de relatoria do Ministro Antônio Cesar Peluso em que originalmente o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual do Paraná, ajuizaram Ação Civil Pública, com requerimento de antecipação de tutela contra a União e o Estado do Paraná, a fim de que estes fossem compelidos ao cumprimento de obrigação de fazer, relativa ao tratamento de Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica – DPOC, com respectivo fornecimento dos medicamentos Foraseg (Fomoterol e Budesonida) e /ou Spiriva (Tiotropio).

Inconformada com a decisão já do segundo grau, a União ingressou com pedido de Suspensão de Tutela antecipada que foi indeferido pelo Ministro Gilmar Mendes. Irresignada novamente, a União agravou da decisão.

Ao analisar o presente caso, o voto do Relator cingiu-se a referir matérias mais

²⁸²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. x. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629121>> Acesso em: 05 de setembro de 2011.

processuais, citou a decisão recorrida da lavra do Ministro Gilmar Mendes, não referindo em nenhum momento matérias versadas na Audiência Pública de Saúde, mencionado ainda que brevemente, o fato de que o direito concedido não o foi de forma irrestrita, ficando limitado aos pacientes residentes na circunscrição da Maringá, bem como, após indicação de médicos vinculados ao Sistema Único de Saúde. Assim, a ementa:

EMENTA: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. Fornecimento de medicamento. Concessão a pacientes usuários do SUS, residentes no município da Sessão Judiciária, mediante prescrição expedida por médico vinculado ao Sistema. Tutela antecipada para esse fim. Impugnação sob alegação de decisão genérica. Improcedência. Especificações suficientes. Não ocorrência de lesão à saúde, nem à economia públicas. Suspensão Indeferida. Agravo Improvido. Para efeito de suspensão de antecipação de tutela, não constitui decisão genérica a que determina o fornecimento de medicamentos a pacientes usuários do SUS, residentes nos municípios da comarca ou da seção judiciária, mediante prescrição expedida por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde – SUS.²⁸³

g) Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 605.533 Minas Gerais.

Versa o Recurso Extraordinário que ao qual foi reconhecida a repercussão geral sobre a legitimidade de o Ministério Público propor Ação Civil Pública tendo por objeto compelir o Estado de Minas Gerais a entregar medicamentos aos portadores de Hipotireoidismo e Hipocalcemia Severa. Na decisão que reconheceu a Repercussão Geral o Ministro Marco Aurélio Mello não fez referência aos argumentos utilizados na Audiência Pública da Saúde, limitando-se a referir que o direito social à saúde é um direito de todos e dever do estado e que em razão de sua abrangência, bem como da legitimidade do Ministério Público ser reconhecida para propor Ação Civil Pública em sua defesa, é cabível a repercussão geral. Assim vai a ementa:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE REMÉDIOS – LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECUSA NA ORIGEM – Possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com o objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas. **Decisão:** O Tribunal reconheceu existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.²⁸⁴

²⁸³BRASIL, SupremoTribunalFederal.y.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613299>>Acesso em: 05 de setembro de 2011.

²⁸⁴BRASIL, SupremoTribunalFederal.z.<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610417> Acesso em: 05 de setembro de 2011.

A apreciação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, após a realização da Audiência Pública da Saúde, versando sobre a efetivação do direito à saúde, e; considerando o diagnóstico a que se propôs a presente pesquisa, qual seja de verificar se a Audiência Pública da Saúde, enquanto instrumento de democratização da Jurisdição Constitucional, é fator de legitimação ou respaldo das decisões proferidas pela Suprema Corte ao implementar o direito à saúde, à luz da Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, permite que se elaborem algumas conclusões.

Após o advento da Audiência Pública da Saúde, foram julgados dezesseis processos envolvendo a efetivação do direito à Saúde pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que destes, sete motivaram o Ministro Gilmar Ferreira Mendes a convocar a Audiência Pública de Saúde.

Toma-se como critério primeiro de classificação a referência expressa, não referência e referência indireta à Audiência Pública de Saúde e aos argumentos nela aduzidos. A classificação determinada por este critério agrupa as decisões de modo que, 9 decisões fazem referência direta e robusta aos argumentos da Audiência Pública da Saúde, cinco não fazem qualquer referência e duas referem indiretamente. A partir deste critério utilizado para análise, pode-se inferir, criticamente, que a não-referência, nas decisões proferidas posteriormente, aos argumentos aduzidos em sede da Audiência Pública da Saúde indica uma desconsideração, um passo em sentido contrário à abertura e à democratização da Jurisdição Constitucional.

Tomando-se, agora, como critério de classificação a referência aos argumentos formulados na Audiência Pública de Saúde, que versem sobre questões orçamentárias, financeiras e aos custos dos direitos tem-se a seguinte classificação: nove decisões fazem referência direta e robusta, quatro não fazem referência alguma e três fazem referência ao conteúdo sem referir a Audiência Pública, sendo considerada referência indireta.

Considerando-se esta classificação elaborada, colige-se que a resposta ao questionamento norteador da presente pesquisa seria no sentido de que, a Audiência Pública da Saúde, tomada como instrumento de democratização da Jurisdição Constitucional, especialmente na efetivação do direito social à saúde, veio legitimar

mais do que respaldar a atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir da abertura da jurisdição aos argumentos produzidos em uma Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, atuando, em certa medida, como contraponto ao protagonismo judicial, tão criticado em razão da aduzida “dificuldade contramajoritária, ainda que, em uma análise formal, vez que até o presente momento não se tomou por análise a efetividade das referências na construção dos acórdãos.

Já no que pertine à legitimação material, está é verificada não apenas pela quantidade de decisões que utilizaram os argumentos construídos na Audiência Pública da Saúde, mas também pela qualidade do discurso jurídico empreendido, enfrentando cada tese proposta pelas partes, a partir, não da convicção pessoal do Ministro decisor, mas do que foi construído pelos Intérpretes constitucionais que se manifestaram na Audiência Pública. Verifica-se este fato, a partir da análise dos votos proferidos pelo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes, analisados no item 4.2, onde se ressaltam as questões de como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial, atentando para a questão da necessidade de compatibilização entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Cumprido, por fim, fazer-se uma ressalva, no sentido de que a legitimidade pela qual ora, conclui-se, pode ser infirmada se, tomado em consideração o fato de que, a quase totalidade das decisões proferidas foram unânimes e seguiram os argumentos do voto do Relator, eis que, das nove decisões que referiram diretamente a Audiência Pública da Saúde e seus argumentos, sete eram da relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, quem convocou e presidiu os trabalhos da referida Audiência Pública.

Esse fato poderia significar, em última análise que, os demais integrantes do Supremo Tribunal Federal não se encontram tão fortemente engajados no processo de abertura da jurisdição constitucional, buscando tornar este *locus* um espaço mais privilegiado para o asseguramento da democracia. É de se ressaltar, todavia, que se tende a não compactuar com esta suspeita em razão de todos os procedimentos que vem adotando esta Corte no sentido de tornar mais arejada a sua atuação, veja-se, aqui, as próprias transmissões ao vivo das sessões de julgamento para os meios de comunicação e a ampla recepção que vem recebendo a figura do *amicus curiae*.

Resta, ainda, fazer ver, que a consideração dos argumentos aduzidos na Audiência Pública da Saúde aumentam para nove decisões citando diretamente e

duas citando indiretamente as questões financeiras e orçamentárias decorrentes da efetivação do direito social à saúde, bem como referindo a questão dos custos dos direitos. Urge esclarecer que as citações verificadas não fizeram apenas referência, mas tomaram efetivamente os argumentos em consideração, enfrentando diretamente a questão do custo dos direitos, em toda sua complexidade na elaboração das decisões proferidas por ocasião dos acórdãos.

Destarte, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal vem trilhando relevante caminho no sentido de consolidar a democratização de sua atuação, a partir da abertura de interpretação constitucional, ouvindo e considerando as preocupações, os anseios, os desejos e as esperanças diárias daqueles que efetivamente vivem e constroem o direito – constituídos em uma Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição.

5. CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido neste trabalho deitou esforços no sentido de efetuar uma análise da Jurisdição Constitucional, inserida no Estado Democrático de Direito, especialmente de sua atuação na implementação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais e mais especialmente o direito à saúde, e as mais relevantes consequências e implicações decorrentes. Em princípio, optou-se por apresentar uma análise evolutiva dos institutos, historicamente imbricados, do Estado de Direito, Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional, tendo por objetivo situar o contexto no qual se encontram inseridos os elementos, objeto da pesquisa.

A contextualização do surgimento, fortalecimento e transformações pelas quais passa a Jurisdição Constitucional na evolução do papel do Estado e da Constituição na proteção e implementação dos direitos fundamentais, ilumina o cenário e constrói as bases teóricas para a análise dos problemas acarretados pela sua proeminente atuação, verificada hodiernamente sob a face da judicialização e não raras vezes, do ativismo judicial. Buscou-se, pois, diferenciar estes dois fenômenos, a fim de possibilitar a compreensão das implicações por eles geradas na relação institucional do Poder Judiciário com os demais Poderes – Executivo e Legislativo.

Assim, composta a realidade contingenciada que cerca a atuação da Jurisdição Constitucional, sobretudo ao implementar direitos fundamentais, mormente os sociais, coube analisar a complexidade envolvida na efetivação destes direitos, considerando sua natureza principiológica, axiomática, aberta e ampla, em uma ordem democrática. Parte-se, desse modo, para a construção da idéia de democratização na interpretação destes direitos a fim de que ao serem concretizados, integrem-se adequadamente à realidade social, cumprindo sua função, enquanto instrumentos à consecução da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, tomou-se por fundamento a Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, idealizada por Peter Häberle que ao entender a Constituição como um produto cultural e forjador da sociedade, não deve ser interpretada em um círculo fechado, devendo sua interpretação ser ampliada, arejada, efetuada por uma sociedade aberta de intérpretes e não *numerus clausus*, eis que todos aqueles que vivem o texto constitucional são legitimados para o interpretar. Tomando-se em conta esse aporte teórico, propôs-se a análise dos instrumentos de abertura da Jurisdição Constitucional do *amicus curiae* e em última medida, de sua

espécie, a audiência pública, os quais foram institucionalizados pela atuação da Jurisdição Constitucional Brasileira.

Destarte, na primeira fase da pesquisa que compõe o primeiro capítulo buscou-se traçar um panorama da Jurisdição Constitucional inserida na ordem democrática, iniciando por sua formação e amadurecimento entrelaçada à própria existência do Estado e dos direitos fundamentais, em uma perspectiva evolutiva, para em seguida, enfrentar as contingências que decorrem de sua atuação na implementação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, como a judicialização e em muitos casos, o ativismo judicial, encerrando-se com os efeitos desses fenômenos na relação do Poder Judiciário com os demais Poderes – Executivo e Legislativo.

Foi de vultosa relevância o estabelecimento doutrinário das possíveis diferenciações entre judicialização e ativismo judicial, considerando a constante confusão com que os dois fenômenos são tratados, bem como pela dificuldade de se estabelecerem parâmetros para a especificação e classificação no que concerne o segundo.

Também questão que mereceu análise mais acurada por constituir uma das mais expressivas complexidades do Constitucionalismo Contemporâneo é a implicação que a atuação da Jurisdição Constitucional vem causando na relação do Judiciário com os demais Poderes, na medida em que, ao efetivar direitos fundamentais, cumprindo sua precípua missão de proteger a Constituição, acaba extrapolando sua competência ao executar funções que *prima facie* cabem ao Poder Executivo e Legislativo. Não se olvidou, em razão da relevância do tema, a questão da ausência de legitimidade da Jurisdição Constitucional para determinar políticas públicas ao efetivar, sobretudo os direitos fundamentais sociais, enfrentando-se, também em uma análise doutrinária a questão da denominada “dificuldade contramajoritária”.

Organizado o construto teórico e histórico que serve de pano de fundo ao estudo proposto, coube analisar mais acuradamente a democratização da jurisdição como contraponto ao protagonismo judicial. Iniciou-se com a apresentação da complexidade e problemática representada pela implementação dos direitos fundamentais, incluindo os sociais, no contexto do Estado Democrático de Direito, face à natureza ampla e aberta do texto normativo constitucional que os encerra.

Sequencialmente, a idéia de abertura da interpretação constitucional, foi

reforçada, partindo-se do pressuposto da constituição como produto da cultura, ao se apresentar a Teoria da Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição idealizada por Peter Häberle. Finaliza-se este capítulo com a análise e caracterização da figura do *amicus curiae* e mais especificamente da audiência pública, como instrumentos de abertura e democratização da Jurisdição Constitucional no sentido de significar um possível contraponto ao protagonismo judicial.

Finalizando, enfatizou-se o procedimento da Audiência Pública da Saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal em março e maio do ano de 2009, apresentando-se as principais manifestações nela aduzidas. Sequencialmente fez-se uma análise da jurisprudência produzida pela Corte Suprema, nas ações envolvendo direito à saúde, traçando-se como limite temporal, o término da Audiência Pública da Saúde. Finalmente, encerra-se a presente pesquisa com uma análise crítica da jurisprudência selecionada do Supremo, perquirindo se e em que medida, as considerações nelas constantes acerca, das conclusões levantadas em sede da Audiência Pública da Saúde, efetivamente legitimam ou tão somente respaldam a atuação da Suprema Corte, em uma perspectiva de abertura e democratização.

De todo o caminho percorrido, infere-se que o direito à saúde enquanto direito fundamental social tutelado pela ordem constitucional brasileira, constante dos artigos 6º e 196 da Carta Magna Nacional, como decorrência de uma das pilastras fundantes do Estado Democrático de Direito do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana, ainda e cada vez mais suscita profundos debates e questionamentos quanto à sua implementação.

A natureza jurídica dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, enseja discussões acerca de sua titularidade, de sua obrigatoriedade, exigibilidade e aplicabilidade na medida em que é reconhecido o seu caráter principiológico objetivo de metavalor constitucional – mandado de otimização, a inspirar todo o ordenamento jurídico, Estado e sociedade civil. O direito à saúde, nos termos da Constituição é direito de todos e dever do Estado. Há, contudo, muita contestação à possibilidade de exigência e aplicabilidade imediata desse direito frente ao Estado, em razão de muitos, considerarem tais normas de natureza programática, diretiva, impossibilitando, pois a cobrança imediata de ações e prestações positivas por parte do Estado.

Nessa seara também ganha expressivo relevo a teoria dos custos dos direitos, ao passo que não apenas os direitos sociais, como se classifica o direito à saúde,

possuem custos para o Estado, mas também os direitos considerados negativos, de defesa, os direitos individuais. Tal caracterização é relevante na medida em que se compreende que o (alto) custo dos direitos não pode, sob qualquer hipótese, ser utilizado como fundamento para a não efetivação de direitos sociais, enquanto mandamentos constitucionais, mais especialmente, em razão da relevância do direito à saúde, condição mínima à consecução e manutenção da dignidade da pessoa humana.

Fato é que a partir da Constituição de 1988, como reflexo de uma constitucionalização abrangente, da democratização que se instalou no país e do sistema de constitucionalidade estabelecido no texto constitucional, um fenômeno vem tomando forma e força na estrutura do Estado Brasileiro, sendo sua existência e relevância questão inegável. Satisfeitos ou não, a judicialização é um fenômeno presente na realidade, do qual ainda não se tem condições de prescindir. A ineficiência e ineficácia do Estado em promover os direitos sociais, denotadamente, o direito à saúde, fazem desaguar no Poder Judiciário um turbilhão de demandas que objetivam prestações positivas do Estado em ações que assegurem o direito à saúde protegido constitucionalmente. Essa busca à jurisdição e a sua atuação, judicializando políticas públicas de forma muitas vezes ativista, é fonte de severas críticas no entendimento dos que a vêem como uma afronta ao princípio da democracia e da separação dos poderes.

Inquestionável, porém, que as necessidades na ordem da efetivação do direito à saúde são infindas e o Estado dimensiona recursos findos, vinculada, a liberação desses recursos, a um todo arcabouço legal-administrativo, que em grande medida impossibilita uma prestação adequada, eficiente e eficaz de ações de saúde por parte do ente estatal. Diante dessa situação posta, há a necessidade cada vez mais premente de atuação por parte da jurisdição, mais especialmente da Jurisdição Constitucional e do Supremo Tribunal Federal no sentido de fazer efetivar o direito constitucional à saúde.

Não obstante, essa necessidade fática, a Suprema Corte Brasileira, protetora da ordem democrática do Estado, consciente de sua nobre missão de proteção e conformação do Texto Constitucional e seus preceitos, visando estabelecer uma jurisdição constitucional aberta, propõe a abertura da hermenêutica constitucional através da participação do instituto do *amicus curiae*, em especial, com realização de audiências públicas que versam sobre assuntos que gozam de suma relevância,

econômica, social, jurídica e política.

Verificou-se que a Audiência Pública da Saúde, convocada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, teve impactos positivos na jurisprudência da Corte Constitucional, efeitos estes, que se puderam constatar a partir da análise das jurisprudências selecionadas.

Nota-se que a Suprema Corte, tendo por norte as experiências e dados coletados na referida audiência pública, firmou posicionamento no sentido de que o direito à saúde no Brasil, é de natureza prestacional, universal e igualitário, implicando o estabelecimento de uma relação obrigacional entre cidadão e Estado. Que a responsabilidade dos entes federados é solidária, bem como, que a não existência de protocolos do SUS prevendo o tratamento pleiteado não é motivo para a negação da tutela, bem como, não o é, o fato de alto custo da prestação de tais direitos.

Contudo, ousa-se, fazer ver que o posicionamento de maior relevância fixado pelo Supremo Tribunal Federal é o de que no caso da efetivação do direito à saúde no Brasil, na quase totalidade dos pleitos, não se está tratando de casos de em que são extrapolados os limites institucionais da jurisdição, numa postura ativista, pois a questão não é de ausência de políticas públicas ou de base legal, mas sim de descumprimento e não aplicabilidade das políticas públicas e legislação existentes.

Diante da atual conformação do Estado Democrático de Direito Brasileiro, composto por uma realidade plural e multifacetada, de múltiplos direitos individuais e sociais concorrentes, marcado por necessidades infindas e recursos finitos a ensejar cada vez mais a atuação jurisdicional na conformação e tutela dos direitos constitucionais, tendo como último postulado e fundamento a dignidade da pessoa humana, a efetivação dos direitos sociais, muito especialmente o direito à saúde, que foi norte do presente trabalho, por sua essencialidade e representatividade, é, ainda, certamente, uma das contingências mais marcantes do Estado Brasileiro.

Contudo, louva-se a iniciativa da Suprema Corte no sentido de promover a democratização da Jurisdição Constitucional e conseqüentemente da hermenêutica constitucional, como forma de proteger e fortalecer o princípio da Democracia, na efetivação de direitos fundamentais, incluindo os sociais, partindo-se do pressuposto de que essa é a única forma de interpretação possível para o Texto Constitucional, enquanto forjador e forjado pela sociedade, como fenômeno cultural, promessa de futuro e guardião do que é mais caro a esta sociedade, quais sejam suas conquistas históricas, condensadas em um verdadeiro texto dirigente, composto por normas de

hierarquia superior, princípios, metavalores e mandados de otimização inspiradores de todo o Estado.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, M. de C. *Amicus curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3. Santiago, CL: Librotecnia, 2009.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro: jul./set. 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANSOLABEHERE, Karina. Suprema Corte: árbitro sin contrapeso. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp). *Corte, jueces y política*. Ciudad del Mexico: Nexos, 2007.
- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Polícia. In: Lucia Avelar e Antônio Octávio Cintra (orgs) *Sistema Político Brasileiro: Uma introdução*. São Paulo: Unesp, 2004.
- BARBOSA, Claudia Maria. O Supremo Tribunal Federal e as condições de independência do Poder Judiciário brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, n. 4, jul. 2003.
- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional – entre o constitucionalismo e a democracia*. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político – social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado – v. 1, n. 3, jul./ set. 2006*.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.
- _____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf> >. Acesso em 25 de set, 2011.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 9. p. 2-41, março/abril/maio. 2007.
- _____. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n.18. p .2-22, abril/maio/junho. 2009.
- BARZOTTO, L. F. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

BERCOVICI, Gilberto et. al. *Teoria da Constituição*: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*: a legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BRASIL, Constituição. Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações - Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília. 2006

BRASIL. 1999. Lei que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Lei 9.868/99. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acessado em: 13/06/2009

BRASIL, SupremoTribunalFederal.a.<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaAcaoAfirmativa>> Acesso em 21 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.b.<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=194795>> Acesso em 26 de out, 2011.

BRASIL.SupremoTribunalFederal.c.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em 29 de Jun, 2010

BRASIL,SupremoTribunalFederal.d.<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaSaude>> Acesso em: 24 de Abril de 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.e.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audienca_Publica_MGM.pdf>. Acesso em: 24 de Abril de 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.f.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM.pdf> Acesso em: 27 de abril de 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.g.<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>>. Acesso em: 27 de Abril, 2011.

BRASIL,SupremoTribunal.h.<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/Encerramento.pdf>>. Acesso em: 27 de Abril, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.i.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/Abertura_MGM.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.j.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.k.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/MGM_abertura.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.l.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM_5_dia.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.m.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_MGM_5_dia.pdf> Acesso em: 30 de abril de 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.n.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_MGM_5_dia.pdf> Acesso em: 17 de junho,2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.o.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_Ministro_Menezes_Direito.pdf> Acesso em: 17 de junho,2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.p.<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub_Min_GM.pdf> Acesso em: 17 de junho,2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.q.<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 24 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.r.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365714>> Acesso em: 05 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.s.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>> Acesso em: 05 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.t.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>> Acesso em: 05 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.u.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>> Acesso em: 05 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.v.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625531>> Acesso em: 05 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.x.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629121>>Acesso em: 05 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.y.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613299>>Acesso em: 05 de set, 2011.

BRASIL,SupremoTribunalFederal.z.<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610417>> Acesso em: 05 de set, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* nº. 175, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº. 408729, Ceará, 17 de março de 2010. Dje. nº 76, Ementário nº. 2399-1. publicação em 30 de abril de 2010. p. 98 – 104.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47*. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira

BRUGGER, W.; LEAL, M. C. H. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte – americana e brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n.28, p.123-142, jul./dez. 2007.

BUENO, C. S. 2006. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva. 714 p.

BURNS, E. M.; LERNER, R. E.; MEACHAN, S. História da Civilização Ocidental: *do homem da caverna às naves espaciais*. Vol.2. 30ed. São Paulo: Globo, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CONSULTOR JURÍDICO. < <http://www.conjur.com.br/2011-jun-17/brasil-11-paises-amicus-curiae-lei-imigracao-eua>> Acesso em: 17 de agosto de 2011.

COURTIS, Christian. La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp). *Corte, jueces y política*. Ciudad del Mexico: Nexos, 2007.

COSSÍO, José Ramón. Sobre “Jueces y Política”. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp). *Corte, jueces y política*. Ciudad del Mexico: Nexos, 2007.

DEL PRÁ, C.G.R. 2007. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba, Juruá, 237 p.

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICA DA UNIÃO. <http://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronic>

[o/DJE_20090219_035.pdf](#) Acesso em: 13 de jul. 2011

DAWBOR, Ladislau. *Democracia Econômica: Alternativas de Gestão Social*. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política. In: In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, Novos Arranjos Institucionais e Políticas Públicas Locais. *Revista de Administração Pública*, [s.l.], v.35, n.1.p.119-145, jan./fev. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Procuradoria Geral da República*. n. 9, jul./dez. 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2001.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura*. O direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *Jurisdição Constitucional e Cidadania no contexto democrático: perspectivas de uma jurisdição constitucional aberta*. Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 9: Edunisc, 2009.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998.

_____. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008. (Terceira parte).

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. Estudio preliminar de Antonio López Pina; traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio

Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HENRÍQUEZ, Jesús Orozco. Judicialización de la Política y Legitimidad Judicial. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp). *Corte, jueces y política*. Ciudad del Mexico: Nexos, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

HOBBS, Thomas. Leviathã. In: *Os pensadores*, São Paulo: Nova Cultural, 1988.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

KRELL, Adreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole. 2003.

_____. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. Interpretação conforme à Constituição X nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. Tomo 6. p. 1563-1586.

_____. Jurisdição Constitucional e Cidadania no contexto democrático: perspectivas de uma jurisdição constitucional aberta. In REIS, J.R; LEAL, R. G. (Org). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul. Tomo 9: Edunisc, 2009. p. 2870-2890.

LEAL, M. C. H. MAAS, R. H. O *amicus curiae*: aspectos sobre a intervenção do instituo no controle abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro. In: REIS, J. R. dos; GORCZEWSKI, C.(Org). *Constitucionalismo Contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. 392 p.

LEAL, R. G. (Org.); HENNIG, M. C. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v.1. 265 p.

LEAL, Rogério Gesta. Como os déficits de interlocução política atingem a atuação da cidadania democrática no Brasil. *Revista Direitos Humanos e Democracia na Era Global*. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica. 6º. vol. 2009.

_____. *Constituição e Cidadania no Brasil*. Disponível em:
<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigo.asp?codigo=644> Brasil, 2005,
Acesso em: 21 de Ago, 2010.

_____. *O estado – juiz na democracia contemporânea – uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 – (Estado e Constituição; 7)
MANCUSO, Rodolfo de C. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis. (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos, 2 ed.* São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2001, p. 753-798.

_____. *O poder judiciário e os direitos humanos no Brasil*, disponível em:
<<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto306.rtf>> Brasil, Acesso em: 21 Ago, 2009.

MAMARI FILHO, L. S. S. 2005. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 115 p.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O controle da Constitucionalidade no Brasil*. Em:
<<http://www.direitointegral.com/2008/11/control-de-constitucionalidade-no.html>>
Brasil, 2005, Acesso em: 23 julho, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em:
<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15184/14748>. Acesso em: 14 Ago 2010.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org). *Políticas Públicas: reflexão sobre o conceito jurídico*: [s.l.] Saraiva, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do estado democrático e*

constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006.

ROLLA, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. México: Porrúa, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 Jun 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: *Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos*. ROCHA, J. C. de Carvalho; FILHO H. T. H. P.; CAZETTA, U. (Org). Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In REIS, J.R; LEAL, R.G. (Org). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. Tomo VI. p. 1755 -1786.

_____. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J.R; LEAL, R. G. (Org). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8. p. 2307-2333.

SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos humanos u constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Martins Fontes, 2003.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Estudos jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan. – abr. 2005.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNSTEIN, C. VERMEULLE, A. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28*, 2002.

TORRES, Ricardo Lôbo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: o mesmo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 1999.p.278ss.

Mendes, julgadas em 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de março de 2010.

UGARTE, Pedro Salazar. Justiça constitucional y democracia: el problema de la última palabra. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp). *Corte, jueces y política*. Ciudad del Mexico: Nexos, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck. [et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.