

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP

Fernanda de Siqueira Picado

A dignidade da pessoa humana e a efetividade do direito social à saúde sob a
óptica jurisprudencial

Mestrado em Direito Constitucional

São Paulo
2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP

Fernanda de Siqueira Picado

A dignidade da pessoa humana e a efetividade do direito social à saúde sob a
óptica jurisprudencial

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, subárea em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Souza Aguiar.

São Paulo

2010

Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho dedica-se à análise do princípio da dignidade da pessoa humana e da efetividade do direito à saúde, incluindo o atual debate acerca do papel do Poder Judiciário para a sua efetivação. O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana permite identificar a estreita relação entre o seu núcleo essencial e o direito à saúde. Direito social da segunda geração de direitos fundamentais, o direito à saúde está garantido pela Constituição Federal, a qual reconhece a sua relevância pública, aplicabilidade imediata das normas que o abrigam e a solidariedade dos entes públicos no dever de cuidar da saúde das pessoas.

Serão também analisados alguns entendimentos jurisprudenciais, relacionados com o acesso e fornecimento de medicamentos, tendo como escopo apresentar as discussões travadas atualmente com relação à efetividade do direito à saúde. Serão mencionadas algumas das principais objeções à atuação do Poder Judiciário e de que forma podem ser superadas. Assim, é por meio do estudo do mínimo existencial e de sua intrínseca relação com o núcleo da dignidade da pessoa humana, onde está obrigatoriamente o direito à saúde, é que se pode chegar à conclusão de que o direito à saúde é um direito público subjetivo, podendo ser exigido judicialmente. Mais do que isso, sendo necessário preservar a saúde e a vida digna, o Judiciário deve garantir tal direito, sob pena de estar descumprindo a essência da Constituição Federal.

Palavras-chave: direito fundamental; direito social; princípio da dignidade da pessoa humana; direito à saúde; efetividade; jurisprudência; medicamentos.

ABSTRACT

This study was aimed to analyse the principle of the human being's dignity and the effectiveness of the right to health, including the current debate regarding the Judiciary Role to implement them. The content of the human dignity principle enables to identify the relation between its essential nucleus and the right to health. Social right of the second generation of the fundamental human rights, the right to health is guaranteed by the Federal Constitution, which recognizes its public relevance, that is, the immediate applicability of the norms that assure the solidarity of the public authorities and their responsibility of providing people's health.

Furthermore, the court cases, which include the access and supplies of medicines, were also looked into in order to present the actual discussions about the effectiveness of the right to health. Hence, it was also mentioned some of the main objections of the Judiciary performance and how they can be overcome. Through the study of the minimum threshold and its intrinsic relation to the core of human dignity, it is enhanced the relevance to preserve health and worthy life. Due to the legislation in force, the Judiciary must guarantee the right to health, because this right is a subjective public right and so it may be required judicially. On the contrary, the Judiciary is thought to be under penalty of violating the essence of the Federal Constitution.

Keywords: fundamental human right; social right; principle of the human being's dignity; right to health; effectiveness; court cases; medicines.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO	12
1.1 A construção do ordenamento jurídico do jusnaturalismo ao juspositivismo.....	12
1.2 Direitos fundamentais: teorias.....	23
1.2.1 Jusnaturalismo e Juspositivismo.....	24
1.2.1.1 Jusnaturalismo	26
1.2.1.2 Juspositivismo	31
1.2.1.2.1 O positivismo jurídico visto como ceticismo ético	36
1.2.1.2.2 O positivismo jurídico visto como positivismo ideológico.....	37
1.2.1.2.3 O positivismo jurídico visto como formalismo jurídico.....	40
1.2.1.2.4 O positivismo jurídico visto como positivismo conceitual	41
1.2.2 Pós-Positivismo	43
CAPÍTULO II OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
2.1 Os direitos fundamentais e sua história.....	51
2.2 As gerações dos direitos fundamentais.....	54
2.3 Diferença entre regras, princípios e valores	58
2.3.1 Da colisão entre princípios e regras.....	59
2.3.2 A máxima da proporcionalidade.....	60
2.3.3 Direitos fundamentais e a Constituição	62
2.3.4 Conceito de sistema de direitos fundamentais.....	64
2.3.5 Classificação dos direitos fundamentais.....	67
2.3.6 Direitos fundamentais sociais.....	68
CAPÍTULO III O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	70
3.1 Histórico	70
3.2 O conceito de dignidade da pessoa humana e sua problemática	71
3.3 O conceito jurídico fundamental e sua natureza.....	75
3.4 Proteção constitucional da dignidade da pessoa humana	80
3.4.1 Do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.....	81
3.5 Considerações finais	87
CAPÍTULO IV A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	90
4.1 Princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais	90

4.2 Análise crítica quanto ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais	92
4.3 A efetividade dos direitos fundamentais sociais.....	98
CAPÍTULO V O DIREITO SOCIAL À SAÚDE	101
5.1 Breve histórico.....	101
5.2 A Saúde como um Direito Fundamental Social	102
5.3 As Políticas Sociais e Econômicas	106
5.4 O problema da efetividade do direito à saúde e as possíveis alternativas para sua efetivação.....	110
CAPÍTULO VI ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS	114
VII CONCLUSÃO	137
BIBLIOGRAFIA	141

INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da atualidade é manter a coerência entre direito posto e a realidade, sobretudo diante dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde.

Contudo, antes mesmo de introduzir esse tema, mister se faz ter em mente a importância do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, a partir da Constituição Federal de 1988 tal princípio chegou no ápice dentro do ordenamento jurídico, passando a ser a base de todos os direitos constitucionais, e ainda, orientador estatal.

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana nasceu tendo como objetivo a proteção do ser humano, mantendo e garantindo o viver com dignidade e o respeito recíproco.

A nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III pela primeira vez em nosso país, fez da dignidade da pessoa humana valor supremo da ordem jurídica. Assim, as interpretações dos demais princípios deverão ser realizadas de acordo com esse princípio, pois cada ser humano deve ser respeitado na sua integralidade, tendo sua dignidade protegida e amparada na sua totalidade.

Como consequência desse princípio, temos que a violação de qualquer outro princípio fere todo o sistema, indo contra todos os seus valores fundamentais.

Portanto, é importante frisar que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, o alicerce, estatuto jurídico dos indivíduos, garantindo sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Desta maneira, negar o reconhecimento dos direitos fundamentais às pessoas é o mesmo que lhes negar dignidade.

Diante de tal fato, existem direitos que surgem de forma explícita da idéia de dignidade, dentre eles, o direito à vida, à liberdade, à saúde, à moradia, à segurança social, à educação, entre outros. Tais direitos apresentam como escopo justamente garantir o bem estar do homem, ou seja, o mínimo para que ele tenha uma vida digna, combatendo as desigualdades e a pobreza, proporcionando aquilo que for o razoável para o viver humano.

Por todo o exposto, concluímos que através do nosso ordenamento jurídico atual, o Estado, classificado como Social e Democrático de Direito, tem como função dar garantia e eficácia de alguns direitos aos cidadãos. Diante disso, os direitos fundamentais revelam-se, já no próprio sentido da palavra, como fundamental, ou seja, pressuposto para a vida de qualquer ser humano, pois sem este, não há dignidade humana.

Os direitos fundamentais integram, assim, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Com isso, a saúde, por ser um direito fundamental de cunho prestacional e social (de segunda geração), representa ao mesmo tempo um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para a sua efetividade e garantia.

A saúde, como premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, constitui-se de extrema relevância para a sociedade, pois diz respeito à qualidade de vida, sendo, inclusive, direito de todos e dever do Estado (art. 196).

Por outro lado, o que notamos facilmente no Brasil são os duros questionamentos e críticas quanto ao desempenho dos Poderes Públicos na implantação de políticas relacionadas aos direitos fundamentais sociais, como a saúde, que quase sempre ficam aquém do necessário e esperado, bem como ainda subsistem controvérsias no que diz respeito à efetividade jurídica e à aplicabilidade imediata dos direitos sociais. Mesmo a aptidão para possibilitar a exigência, inclusive por meio judicial, de sua plena realização, é por vezes colocada no centro das discussões. Assim, surge o questionamento se o Judiciário estaria impedido de avaliar e determinar o cumprimento dos direitos sociais.

Também quando falamos em direitos sociais, surge a questão da (in)suficiência de recursos financeiros para a realização dos mesmos, o que pode ser agravado em uma sociedade ainda em desenvolvimento, que sofre com a falta de condições dignas de existência.

Muitas vezes, essa questão financeira é vista como um verdadeiro limite fático à realização de um direito social, como é o caso do direito à saúde. Mas será que a alegação de falta de recursos pode justificar o não atendimento ao socorro necessário à saúde e à vida de

uma pessoa? Como fica esta questão no cenário brasileiro, onde se vêem desperdícios de recursos, fraudes e desvios de verbas públicas?

O tema aqui abordado, dignidade da pessoa humana e a efetividade do direito à saúde sob a ótica jurisprudencial, passa, desse modo, pelas discussões acerca do conteúdo jurídico de tal direito e quais seriam as medidas para a sua concretização, tendo como base a preservação e garantia de uma vida digna.

Assim, seria possível limitar quais as prestações de saúde que o Estado estaria obrigado a fornecer? Quem faria tal escolha e sob quais diretrizes? Especificamente em relação ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), insumos essenciais à saúde e à vida das pessoas, o acesso ao Judiciário ganhou novos contornos diante das discussões que passaram a ser travadas sobre os eventuais limites ao direito dos cidadãos de acesso aos medicamentos, especialmente àqueles de alto custo.

Assim, será que o atendimento aos pedidos judiciais pode de fato comprometer o fornecimento de outros medicamentos? Podem mesmo ser colocados na balança, de um lado, a suposta saúde de muitos e, de outro, a saúde e a vida de um?

O tema escolhido é complexo e apresenta uma série de questões, o que inviabiliza um tratamento integral e definitivo. Ciente desta limitação, este trabalho partirá da Constituição Federal que, conforme dito anteriormente, ao determinar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impôs a universalidade, a igualdade e a integralidade das ações e serviços de saúde, o que inclui o acesso aos medicamentos. O direito à saúde, corolário do direito à vida, é, como já mencionado, direito humano fundamental, intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Apresenta eficácia e aplicabilidade imediata, vinculando os Poderes Públicos à necessidade de sua concretização.

Não há como negar a insuficiência de recursos. Porém, não se pode perder de vista que o direito à saúde e o direito à vida assumem posição prioritária, integrando o núcleo da dignidade da pessoa humana, uma vez que, sem esta garantia, todas as outras perdem sentido. É neste contexto que a falta de recursos deve ser trabalhada pelos operadores do direito, e não como limite fático à preservação, manutenção e recuperação da saúde das pessoas.

Sustentando este entendimento, a primeira parte deste trabalho analisa e descreve os períodos em que o ordenamento jurídico foi sendo construído, os quais iniciaram com o jusnaturalismo, passando pelo juspositivismo, até alcançar o atual pós-positivismo.

Em seguida, será exposto o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais, com destaque ao direito à saúde. A relação umbilical com o princípio da dignidade da pessoa humana também será analisada num capítulo exclusivo onde tal princípio será analisado de uma forma mais detalhada.

Posteriormente, serão abordadas a efetividade plena e a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, até adentrarmos no estudo específico do direito à saúde, tratando dos principais dispositivos legais existentes que cuidam desse direito.

Analisaremos também a efetividade do direito à saúde nos dias de hoje e, como forma de ilustrarmos essa análise, citaremos algumas decisões relacionadas com esse tema, especialmente aquelas que cuidam do fornecimento e do acesso a medicamentos.

O conteúdo jurídico da tripartição de poderes, da discricionariedade administrativa, dos princípios orçamentários e demais normas pertinentes ao orçamento público e da “reserva do possível” serão expostos, bem como as linhas de superação de tais objeções quando se trata de direito à saúde. Como se vê, assumem grande importância as considerações acerca do papel do Poder Judiciário em relação ao amparo das pretensões positivas. Contudo, será demonstrada a prevalência da dignidade da pessoa humana sobre interesses administrativos e financeiros do Estado. Por meio da abordagem acerca do mínimo vital ou existencial procurar-se-á evidenciar que, ao integrá-lo, a saúde passa a ter posição prioritária, consistindo em direito subjetivo público das pessoas.

Nesse sentido, qualquer medição que se pretenda fazer acerca da satisfação do direito à saúde, ou seja, qualquer avaliação buscando saber se algum limite pode ser admitido na concretização deste direito depende da análise do caso concreto e das peculiaridades envolvidas, o que deverá ser feito pelo Poder Judiciário sempre que acionado para tanto.

CAPÍTULO I JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO

1.1 A construção do ordenamento jurídico do jusnaturalismo ao juspositivismo

Nos primórdios da vida humana, enquanto o ser humano vivia em uma sociedade primitiva, não existia qualquer tipo de domínio de poder entre os homens, nem a política. O homem buscava adaptar-se e de alguma forma liberar-se da opressão causada pelo meio natural em busca da sua própria sobrevivência.

Até então, a lei, que estabelece o que é justo e determina os direitos subjetivos dos homens atuando na solução dos problemas sociais da vida em comunidade, era baseada num Direito¹ superior. Os homens baseavam-se numa justiça anterior e superior, cuja fonte suprema remete às divindades divinas.

Nesse estágio, quando a humanidade vivia num chamado “estado de natureza” e somente existiam relações intersubjetivas entre si, sem a instauração de uma sociedade política, e cuja única fonte do Direito era o chamado direito natural, o homem extraía as normas dos fatos e sua regência era feita pelas forças da natureza, as quais têm a mesma força em toda parte e independem das diversidades de opiniões e da vontade humana.

Não se admitia, nesse estágio de vida em sociedade, qualquer outra fonte das normas vigentes entre os homens que não fosse o direito natural.

Os ensinamentos de Aristóteles levam à observação da lógica da criação da natureza para a lógica do direito. Existe um direito decorrente da natureza humana e, portanto,

¹ A expressão Direito corresponde ao latim *jus*, e é usada para designar o que os antigos chamavam de *justum* (o justo objetivo), *lex* (a norma de direito), *licitum* e *potestas* (direito subjetivo) e *jurisprudencia* (ciência do direito). Trata-se de termo análogo que tem sentidos diferentes, mas relacionados entre si. Nota extraída da Dissertação *O positivismo e o direito natural* de SOUSA, José Pedro Galvão de, 1940, p. 10, 11.

universal. Há uma ordem jurídica observável empiricamente pelos órgãos dos sentidos, que é “natural”, entendendo-se natureza como algo não produzido pelo ser humano².

Sendo a natureza obra do Deus criador, a lei, que decorre da observação inteligente dessa ordem racional, deve estar em harmonia com a natureza, a qual deve obedecer a generalidade e a impessoalidade, se adequar aos casos concretos e ser aplicada pelos homens com justiça e equidade. Baseia-se na distinção entre o bem e o mal, o justo e o injusto, constituindo essa lei na promulgação da lei natural.

Já na época dos romanos, entre 150 a.C. e 284 d.C., surge a Escola Estóica. Para os estóicos, a natureza humana só pode ser realizada se as regras do cosmo e a ordem divina das coisas forem observadas. Existe uma lei natural que domina e se reflete na consciência humana por meio da razão humana.

Para o estoicismo, a conduta ética decorre da observação da natureza e do discernimento daquilo que é ou não favorável, agindo conforme a intuição, natural e elementar ao seu humano. É a chamada ética do dever, pela qual sábio é o homem que conhece a si mesmo e vive conforme a virtude e a natureza, a qual serve de guia para a construção das estruturas artificiais de organização social³.

A lei eterna comanda a todos e, inexistindo lei escrita, as condutas repudiadas devem ser constituídas de acordo com as leis naturais, necessárias para o homem, havendo aí ordem e justiça.

Bem mais tarde, do século XVI em diante, na Idade Média, com o surgimento do sistema de apropriação privada e da formação da organização política das sociedades em Estados, como forma de poder necessária para sustentar esse novo sistema de subordinação e dominação, começa a haver um movimento em direção da evolução do pensamento naturalista, em razão do surgimento das primeiras leis escritas pelos homens.

Não há ainda nesse estágio separação entre o direito natural, advindo da natureza, e o direito escrito, feito pela comunidade, mas surgem as divergências acerca da coexistência e da predominância entre ambos os postulados legais.

² ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 188

³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 130.

Foi o chamado “jusnaturalismo teológico”, representado, sobretudo, pela Escolástica, mais precisamente por São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, que contribuíram para a evolução do direito natural, no sentido de as leis humanas serem consideradas subordinadas às leis naturais, em função da superioridade de Deus em relação ao homem e de sua autoridade suprema frente à raça humana.

Ao Estado não cabe ingerir-se nos assuntos religiosos, havendo uma separação definitiva da “cidade dos homens” da “cidade de Deus”. A Igreja é o elo de ligação entre o divino e o direito posto pelos homens, dotada da inspiração revelada a esta, a qual paira acima dos ordenamentos locais, reunindo, portanto, além das competências religiosas, as jurídicas.

O Homem, em razão de sua origem divina, por meio da fé e da observação inteligente da criação, pode descobrir a lei natural, sendo, até então, o papel do direito escrito pelo homem somente o de incorporar a lei divina à lei humana.

As leis eram divididas em três espécies:

- 1) Lei eterna e suprema, que regula toda ordem cósmica e que só o próprio Deus conhece a qual inspira a lei divina;
- 2) Lei divina ou natural, que é apenas o reflexo imperfeito da lei eterna, e revelada por meio da fé pela Santa Madre Igreja;
- 3) Lei humana, positiva, escrita e editada pelo legislador, que obriga em consciência apenas se é justa, em razão de seu fim (bem comum), de seu autor (competência), de seu teor (repartição eqüitativa de suas incumbências).

Por volta do século XVII, em razão da ascensão do Estado como instância jurídico-política máxima e a queda do poder secular da Igreja, enfraquecida pela Reforma, surge a chamada “reação racionalista” com o “jusnaturalismo antropológico”, mais precisamente com Hugo Grotius, que defendia a independência entre o direito natural e o direito positivo⁴.

Inspirado em Platão, cujos pensamentos de direito natural se fundaram na idéia da natureza divina do homem, e na afirmação da dignidade como algo inerente ao homem, idéias essas defendidas posteriormente por Santo Agostinho no século XVII por meio da

⁴ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, p. 191.

Escolástica, Grotius inova os pensamentos da origem da lei natural, trazendo de volta as teorias de direito subjetivo, cujo pensamento consistia em que as leis advêm não mais de Deus, mas da própria natureza humana⁵, por meio da Razão⁶, correta⁷ (método dedutivo que influencia o pensamento lógico), guia das ações humanas⁸.

Desde então, o Direito não mais está ligado a concepções mítico-religiosas, mas tem seu fundamento na razão humana. O direito natural essencialmente moral⁹ decorre da natureza do homem e se distingue ao mesmo tempo da lei humana e da lei divina.

Ambas estão a partir de então separadas definitivamente¹⁰ e são vistas dentro do mesmo plano. O direito natural existe independentemente da existência de Deus¹¹, pois este não modifica o direito natural, não havendo arbitrariedade.

Agora, a razão é vista não apenas como meio para conhecer o Direito emanado da divindade, mas passa a ser, também, a fonte única de todo ordenamento jurídico. A tradição e a autoridade cedem lugar ao que é racional.

Outro pensador, John Locke, também reconhece a razão como fonte do Direito, mas entende que homem não nasce com todo conhecimento dentro de si, pois vai adquirindo-o na medida em que vai tendo experiências. Para ele, as leis naturais estão na natureza e não na mente humana¹².

A contribuição de Grotius foi além disso que expusemos, ele contribuiu ainda para a máxima contratual *pacta sunt servanda*, defendendo que os pactos feitos pela reta razão humana servem para ser cumpridos.

Tais pensamentos preparam as bases intelectuais da Revolução Francesa, ocorrida posteriormente em 1789, e diferem dos de pensadores da época como Henrique e Samuel Coccejo, Leibniz, Joan Christian Van Wolf, os quais consideravam Deus a fonte última do direito natural.

⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, p. 192.

⁶ SOUSA, José Pedro Galvão de. *O positivismo e o direito natural*, p. 14, 15.

⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 223.

⁸ SOUSA, José Pedro Galvão de. *O positivismo e o direito natural*, p. 19.

⁹ SOUSA, José Pedro Galvão de. *O positivismo e o direito natural*, p. 18.

¹⁰ MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*, p. 24, 27.

¹¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 223.

¹² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 226.

No entanto, é Pufendorf, discípulo de Grotius, que acaba por conciliar a reta razão com Deus, diante do raciocínio de que, já que este último criou o mundo e homem e este, a sociedade, Deus está diretamente relacionado a estes e à soberania¹³.

A imutabilidade do direito racional começa a ser questionada por Immanuel Kant, dentro do movimento denominado “jusnaturalismo democrático”. O direito natural é visto como imutável, cuja origem se dá na matemática, não suscetível de mudanças ao longo do tempo e em razão das diferentes tradições e costumes¹⁴.

Essa posição não é aceita por Miguel Reale, que afirma ser o direito problemático e conjectural, pois acolhe os diversos valores das sociedades ao longo da história. A cultura nasce dos valores, que acabam por criar normas, idéias diretoras universais da conduta humana, as quais ele denomina de direito natural¹⁵.

Mas foi Jean Jacques Rousseau quem inovou os pensamentos sobre o papel do Estado, afirmando que a sociedade nasce de um pacto social¹⁶, ou convenção humana feita em razão de um interesse comum da sociedade, que é alcançar o bem comum, refletido na máxima: “A voz do povo é a voz de Deus”.

A sociedade é construída pelo homem e não pela natureza, tendo tal pacto social seus limites no direito natural, os quais devem ser respeitados. Há forte moralização da sociedade, em que a força física cede à força racional, nascendo daí os institutos da Legalidade, a garantia da Igualdade e a Liberdade.

Todos os atos realizados fora do estipulado no Pacto consistem em atos de dominação. Tais pensamentos inspiraram mais tarde a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos Humanos¹⁷.

De acordo com o pensamento de Rousseau, o fundamento de toda lei emanada do povo deve ser a realização da Justiça, imanente do Pacto Social, havendo uma separação entre

¹³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 226.

¹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 225.

¹⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 699, 706.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 37.

¹⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 230.

ideologia religiosa, que tem seu fundamento no credo, na obediência a Deus, e deveres cívicos do cidadão, direitos feitos pelo homem e para o homem.¹⁸

Na última fase da história do jusnaturalismo, temos a presença de David Hume, defendendo que o direito natural não nasce da experiência humana, ou melhor, da razão, mas sim dos sentidos corporais que formam as convicções morais do ser humano, seu caráter e suas virtudes¹⁹.

O Direito, para Hume, nasce como algo necessário e útil à sociedade, sendo este um sensor moral desenvolvido pelo próprio homem a fim de manter o equilíbrio de convívio e sobrevivência. No entender desse pensador, a solução de todos os problemas humanos está no altruísmo, ou seja, na divisão de riquezas, quando não existiriam mais necessidades humanas, pois se tudo que existe fosse de posse comum, de uso livre por todos, não haveria conflitos. Com esse tipo de conduta, todas as leis da justiça criadas pelos homens ficam suspensas, sem uso.

Na prática, o movimento triunfante é o “jusnaturalismo democrático”, representante da passagem do pensamento naturalista para o fenômeno do positivismo, sendo legítimo aquilo que a maioria decide e havendo igualdade de capacidade política dos cidadãos, se a “voz do povo é a voz de Deus”, o conteúdo das normas vigentes é mutável e seu conteúdo será aquele ditado pelas circunstâncias do momento²⁰.

Enquanto a justiça moral une abstratamente os indivíduos em suas relações, a justiça social confere determinada situação real, o caráter de bem jurídico. O direito positivo realiza a justiça na medida em que corresponde à intuição dos valores levada a efeito pela comunidade como um todo.

Com a finalidade de defender um mínimo ético necessário, a justiça social é resgatada pelo direito positivo e então limitada por meio da codificação. Como consequência, surgem as instituições garantidoras dessa justiça jurídica, tais como a legalidade e a ameaça de coação²¹.

¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 59.

¹⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, p. 245, 257.

²⁰ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, p. 193.

²¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 144,1 45.

Assim que se torna imperativo na sociedade, o direito positivo é considerado como ciência e fonte única do Direito, havendo a exclusão total do direito natural, ou seja, dos costumes, da razão natural e da equidade, da aplicação do Direito²².

Passa-se a defender que o direito positivo é superior ao direito natural, havendo uma transição da Teoria Dualista para a Teoria Monista, fenômeno denominado Reduccionismo. Somente a realidade fática importa para a ciência jurídica, autônoma da moral, sendo desconsideradas quaisquer questões éticas, políticas, religiosas e sociológicas na esfera do Direito.

São precursores do positivismo Francis Bacon, Berkeley, Hume, D'Alembert e Roger Bacon. Francis Bacon é o primeiro a falar de uma doutrina positivista, o qual influenciou Auguste Comte a inaugurar o positivismo moderno por volta do século XIX. O nascimento do poder decorre exclusivamente do soberano, ao qual cabe “pôr” o Direito em combate à *common law*, havendo distinção do Poderes do Estado e da Igreja.

O positivismo jurídico aceita que o Direito resulta de um ato de poder competente, podendo ter, em razão disso, qualquer conteúdo, sendo, portanto, auto-referente, procedimental e de certo modo irracional quanto ao conteúdo, já que recusa paradigmas externos para uma materialidade ética “necessária”²³.

É o Imperador Justiniano quem inaugura, na alta Idade Média, a fase das codificações com o código civil *corpus juris civilis*, recepcionado pela maior parte das nações do império romano, em razão da admiração destas pela sabedoria romana, tendo sido considerado como “direito comum” a todos os povos, como expressão da própria razão do homem.

Após esse evento, houve um longo processo de transição para *jus proprium* de cada Estado, em que as leis eram legisladas cada qual por seu próprio poder e não mais pelo Império. Nasce, então, o positivismo jurídico, propriamente dito, ou o chamado direito estatal.

Paralelamente a esse movimento, que gerou influências em todo o mundo, na Inglaterra o positivismo teve como percussor o pensador Thomas Hobbes, o qual não admitia em qualquer hipótese o direito consuetudinário, já que este não aplica sanção e gera apenas obrigatoriedade no nível moral, o que acaba por gerar um estado de anarquia permanente.

²² SOUSA, José Pedro Galvão de. *O positivismo e o direito natural*, p. 36.

²³ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, p. 195.

Hobbes enriquece o positivismo, trazendo as noções de separação dos poderes e representatividade democrática.

Na fase de transição do Estado medieval para o Estado moderno, com o surgimento das primeiras concepções de concentração do Poder, surge a necessidade de um terceiro imparcial na solução de controvérsias, um órgão que seja livre na sociedade, nascendo então a figura do juiz.

Num primeiro momento, o juiz constrói normas consuetudinárias, já que tinha liberdade de escolher a norma a ser aplicada e não estava obrigado a fazê-lo somente entre aquelas emanadas pelo Estado, já que o direito positivo estava num mesmo plano do direito natural.

Posteriormente, num segundo momento, o juiz é então considerado o titular dos poderes estatais, subordinado ao Estado, cuja função principal é a de produzir a Justiça de acordo com as normas emanadas pelo poder legislativo.

Entre os séculos XVII e XVIII verifica-se que ainda há o uso do direito natural, mas somente aplicado nos casos em que se constata lacuna no direito positivo, sendo seu uso como tal defendido por filósofos que admitem que este advém daquele. Essa postura sobrevive até a época das codificações.

Entre os séculos XVIII e XIX, na Alemanha, Gustavo Hugo e Savigny, na chamada Escola Histórica, combatem radicalmente o direito natural e o direito consuetudinário, aceitando-os somente como parte da filosofia e do socialismo, ou melhor, como ciência explicativa do direito positivo em razão da sua falta de normatividade e sanção.

Tais pensadores não aceitam o Direito como resultado da razão, mas como um produto da história, variável no tempo e no espaço, e procuram combater a codificação logo no início da formação política de uma nacionalidade, afirmando que esta somente devesse acontecer quando houvesse uma experiência mais profunda do Direito na sociedade, como expressão do espírito do povo: os costumes devem se expressar em leis, já que estas somente serão verdadeiras se expressarem as vontades autênticas do povo. Tais opiniões não prevaleceram, já que historicamente houve a necessidade da codificação.

Ainda na Alemanha, nasce um movimento Iluminista cuja finalidade era a de positivizar o conjunto de normas consuetudinárias, expressadas num conjunto sistemático de normas jurídicas aprovadas por uma autoridade (senão não há efetividade) e como resultado da própria razão. Nasce aí a Escola Pandecteísta cuja primeira tentativa foi a de ordenar o direito positivo em 1803.

No entanto, alguns pensadores da época, a exemplo de Savigny, não concordam com a codificação, pois se acredita que a Alemanha não está madura civil e culturalmente para tanto, já que este processo implica em engessamento do direito, paralisando o processo de desenvolvimento desta ciência, a qual acredita deva ser um trabalho a ser feito pelos juristas e cientistas no Direito e não pelo legislativo²⁴.

Mas é na França, em 1804, em razão da Revolução Francesa ocorrida entre os anos de 1790 e 1800, que entra em vigor o Código de Napoleão, com a finalidade de reunir num só instrumento o “direito simples e unitário”, o qual conteria as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta dos homens, resumido em poucas leis e cuja principal característica era a simplicidade, já que se acreditava que muitas leis vigentes no ordenamento geravam o estado de escravidão.

Sua razão era, no início de sua elaboração, eliminar diversas normas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar direitos fundados na natureza, adaptado às exigências universais humanas.

No entanto, o seu projeto definitivo, abandonou as idéias jusnaturalistas. A Escola de Exegese, criada na França para interpretar o Código de Napoleão, advogava o Princípio da Completude do ordenamento jurídico, excluindo o uso do direito natural para a solução das lacunas e defendendo que estas deveriam ser resolvidas pelo próprio sistema jurídico.

Nasce aí a idéia de Dogmática Jurídica conceitual, cujo processo de soluções de lacunas deve ser feito pela análise gramatical, lógica e sistemática das leis. Seus fundamentos baseavam-se nas seguintes premissas:

D) codificação como forma simples de resolver conflitos: o jusnaturalismo é complexo demais para isso;

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Rio de Janeiro: Camus, 1995, p. 121, 123.

- II) fazer valer o Princípio da Autoridade: vontade soberana do legislador;
- III) respeitar a divisão dos poderes: a atividade do juiz não é legislativa;
- IV) gerar estabilidade nas relações por meio do Princípio da Certeza do direito e da Legalidade;
- V) solidificar o ensinamento jurídico por meio do positivismo jurídico²⁵.

Nesse mesmo período, paralelamente à Escola da Exegese, se desenvolvia na Inglaterra a Escola Analítica, cujo fundador foi John Austin.

Os argumentos dessa escola se baseavam na premissa de que o direito positivo e o direito jurisprudencial somente emanam dos soberanos, não possuindo o costume qualificação jurídica até que não seja consagrado pelo órgão judiciário do Estado²⁶.

Os germânicos colaboraram muito na renovação da estrutura do Direito, por meio da importância das teorias jurídicas e da divisão das disciplinas em ramos do Direito. Mas é finalmente no século XX com Hans Kelsen que nasce a chamada “Teoria Pura do Direito”.

Hans Kelsen é antagônico a qualquer pensamento naturalista, metafísico, social, religioso, histórico e antropológico e considera a ciência jurídica sem quaisquer influências externas, ao concluir que o que não pode ser provado racionalmente não pode ser conhecido. Ele somente aceita aquilo que é “posto” (*positum, ius positivum*)²⁷.

Nesse contexto, dá-se o isolamento do método jurídico, havendo autonomia do Direito como ciência. As ciências sociais determinam o dever-ser e por isso são imputáveis, enquanto as ciências naturais são causais, pois somente envolvem o ser.

O positivismo considera como jurídico todo fenômeno jurídico puro e como não-jurídico todo fenômeno cultural, antropológico, ético, político, religioso e metafísico. Não se questionam valores antecedentes após a elaboração da norma, só importando a norma em si, que é o princípio e o fim de todo o sistema jurídico.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 78, 83.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 105, 112.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 75, 94.

Por meio desse raciocínio, Hans Kelsen busca a validade da norma dentro do próprio sistema jurídico, sendo o Direito visto como um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade. Elas se apóiam umas nas outras, formando um todo coerente, em que se busca sua validade na norma hierarquicamente superior, sendo a norma fundamental do Estado o princípio de validade de todo o ordenamento jurídico, cujo sistema se representa em forma pirâmide.

Enriquece, assim, o juspositivismo com o estudo das estruturas de construção do direito positivo, aceitando-o como ciência que procura descrever o funcionamento e maquinismo das normas jurídicas: ciência Jurídica, segundo a Teoria Pura é uma ciência do dever ser e, assim sendo, sua natureza é puramente normativa²⁸.

Além de toda essa contribuição, Hans Kelsen difere a moral do direito, afirmando que a validade da norma positiva independe da moral absoluta, dos alicerces morais da sociedade, bastando estar em vigor e estar de acordo com as normas que estabelecem as regras de validade do processo legislativo.

Não entra na questão da justiça ou injustiça do direito positivo, deixando tal abordagem para o âmbito da ética, das especulações dos valores.

O positivismo apresenta o Direito e todas as demais formas de conhecimento da sociedade como ciência, privilegiando seus aspectos técnicos, preparando, assim, o terreno para a dogmática jurídica como “tecnologia de controle social”²⁹.

Vale ressaltar que Norberto Bobbio³⁰ aponta, em sua obra, algumas características fundamentais da dogmática positivista, apresentando o tema na forma de Teorias, Métodos e Ideologias e traçando as principais características e diferenças de cada uma delas, a fim de demonstrar a importância e essencialidade do positivismo no Direito³¹.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 75, 94.

²⁹ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, p. 198.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Rio de Janeiro: Camus.

³¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 131, 232.

1.2 Direitos fundamentais: teorias

Diante desse histórico, os direitos fundamentais podem ser observados sob a ótica de três teorias:

a) Teoria Jusnaturalista – mediante a qual estes direitos são superiores, imutáveis e inderrogáveis e não são criados pelo legislador, são inerentes à consciência humana³².

Essa teoria parte da idéia de que na sociedade há valores e pretensões humanas legitimadas pela própria circunstância e aspectos puramente humanos e naturais, convalidados em si mesmos, não decorrentes de atos normativos expedidos pela autoridade estatal, mas funcionam como verdadeiros limitadores desta³³.

b) Teoria Positivista – explica que esses direitos devem estar necessariamente consolidados na norma, devendo estar positivados no ordenamento jurídico, resultado da discussão dentro do regime democrático por meio da soberania popular³⁴.

Segundo essa teoria a idéia de direito corresponde ao que é declarado pela autoridade, despreendido do direito natural ou mesmo ignorando este, originada pela Teoria da Norma Posta de Hans Kelsen, considerando estranhos ao objeto do direito os valores inseridos na norma³⁵.

c) Teoria pós-positivista – fundamenta os direitos humanos na consciência moral e na experiência de um determinado povo³⁶.

Segundo essa teoria os valores morais dariam a direção ao agir pelo reconhecimento do outro igualmente como ser de direito, ser dotado de dignidade de maneira a tornar possível e correta a convivência na sociedade, tendo por base um conteúdo humanista que deve ser refletido pela própria norma jurídica que a fundamente e que garanta consequência positiva na sua aplicação, afirmando Perelman que *as leis e os regulamentos politicamente justos são os*

³² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 34.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: _____. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 34.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 22.

³⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente*. Vol. I. São Paulo: Cortez, 2000, p. 34 e 35.

que não são arbitrários porque correspondem às crenças, às aspirações e aos valores da comunidade política³⁷.

A seguir analisaremos e discorreremos de forma mais detalhada acerca dessas três teorias.

1.2.1 Jusnaturalismo e Juspositivismo

Conforme salientam os jusfilósofos argentinos Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, no livro *Normative Systems*³⁸, “um modelo abstrato não pode reproduzir toda a realidade, mas não existe nenhum aspecto da realidade que não possa ser reproduzido em algum modelo”. O direito é uma dessas realidades extremamente complexas, cuja essência ou natureza não pode ser capturada por um único modelo abstrato. Daí a pluralidade de perspectivas, movimentos e escolas teóricas que surgiram sobre o direito.

Como bem aponta Roger Shiner, em seu *Norm and Nature – The Movements of Legal Thoughts* (1992)³⁹, a palavra “movimento” possui dois sentidos principais:

- 1) “movimento” no sentido de um grupo de pessoas com objetivos e crenças em comum, ou um conjunto de propósitos compartilhados (ex.: Movimento dos Sem Terra), e
- 2) “movimento” em um sentido de deslocamento ou variação de posição ou lugar, seja esse deslocamento literal ou metafórico.

Em relação ao primeiro significado, é possível destacar três movimentos paradigmáticos que têm constituído teorias a partir das quais o direito é analisado: o direito natural, o positivismo jurídico e o realismo jurídico. Em relação ao segundo sentido, “movimento” como deslocamento ou variação de posição, é importante frisar que para que o movimento ocorra faz-se necessária a existência de forças responsáveis pelo seu acontecimento.

³⁷ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. Tradução de Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 192.

³⁸ Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, no livro *Normative Systems* (1971, p. 9)

³⁹ Roger Shiner, em seu *Norm and Nature – The Movements of Legal Thoughts* (1992)

Tradicionalmente, o que tem movimentado as diferentes teorias é a questão do erro, ou seja, uma determinada teoria ou perspectiva entra em cena para apontar os erros que acredita ter identificado em outra(s) e substituí-la(s) como a detentora da verdade ou a melhor apresentação do direito. Porém, a força propulsora da filosofia do direito deveria ser o acerto e a precisão.

Cada um dos movimentos mencionados reconstrói acertadamente alguns aspectos da realidade jurídica⁴⁰. Tanto o jusnaturalismo quanto o juspositivismo e o realismo jurídico têm o seu mérito na iluminação do fenômeno jurídico e na análise do conceito de direito. A melhor forma de entender o que é o direito, de resgatar a sua natureza, de se fazer uma reconstrução racional do conceito de direito ou realizar a transformação do direito de *explicandum* em *explicatum* é, de fato, por meio da investigação dinâmica ou relação dialógica dos movimentos mencionados. A filosofia do direito não é estática, mas uma conversa incessante.

Para usar a imagem sugerida por Shiner⁴¹, é como se cada um dos movimentos supramencionados estivesse na ponta de um elástico, e conforme o filósofo começasse a se afastar muito de uma das pontas na direção de alguma outra, ele sentisse o elástico tensionando e puxando-o de volta.

A primazia do positivismo jurídico, mais especificamente do positivismo jurídico conceitual, se manifesta em diversos sentidos e dimensões. Para sustentar a primazia do positivismo conceitual e a sua maior relevância como cenário para a discussão acerca dos casos difíceis do direito, faz-se necessário, antes de qualquer coisa, distinguir o positivismo jurídico do direito natural, bem como de outras versões do positivismo jurídico, como o “normativismo jurídico”, o “formalismo jurídico” e o “ceticismo ético”.

Trata-se de um lugar comum já consagrado, um *topos* recorrente, a afirmação de que o epicentro ou a força motriz da filosofia do direito se consubstancia no debate positivismo jurídico/direito natural⁴². Recentemente, vem ecoando no meio acadêmico o mais novo clichê

⁴⁰ Às vezes, quando usamos a palavra “direito”, estamos falando de normas logicamente anteriores e eticamente superiores, que deveriam nortear as normas positivas; às vezes usamos a palavra “direito” para fazer referência ao direito positivado; e às vezes a usamos para tratar da prática jurídica.

⁴¹ SHINER, R. *Norm and Nature – The Movements of Legal Thought*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

⁴² Como coloca Martín D. Farrel (Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. *Doxa*, n. 22, 1998, p. 121): “Com efeito: no centro mesmo da filosofia do direito aparece inexoravelmente a polêmica entre jusnaturalistas e positivistas acerca do conceito de direito”.

que a filosofia do direito contemporânea se caracteriza pela superação da dicotomia juspositivismo/jusnaturalismo. Prova disso é a alta produção de rótulos que visam a caracterizar essa nova era da filosofia do direito: “direito pós-moderno”, “pós-positivismo”, “não-positivismo principiológico”. Embora seja comum a exposição a essas formas de se conceber a filosofia do direito, o que raramente tem acompanhado tal exposição é uma análise minuciosa das teses ou proposições que servem como notas definitórias do jusnaturalismo e do juspositivismo. O caso é grave. Não se trata apenas da falta de uma análise rigorosa desses conceitos. Muitas vezes esse cenário conceitual foi construído não apenas de maneira simplória, mas também errada⁴³, atingindo uniformidade, mas pagando o preço da distorção.

Diante disso, a tarefa aqui proposta é um esforço de elucidação conceitual: serão analisadas as teses fundamentais dessas duas correntes de pensamento sobre o direito.

Como aponta o professor de Oxford John Gardner⁴⁴, no artigo “*Legal Positivism: 5 1/2 Myths*”, no âmbito da argumentação filosófica, o que interessa investigar são proposições ou teses. Talvez, no campo da história das idéias, pensadores possam ser agrupados por temas, porém, na filosofia, um conceito ou rótulo classificatório só pode ser atribuído a um grupo de pensadores na medida em que compartilhem as mesmas teses. Somente a partir de tal investigação é possível clarificar sem distorções os conceitos de jusnaturalismo e positivismo jurídico que, de acordo com a concepção tradicional, são os conceitos-chave da filosofia do direito e que, de acordo com as tendências atuais, são as posições que devem ser superadas.

1.2.1.1 Jusnaturalismo

O jusnaturalismo está associado à cultura grega, em que uma justiça inata, universal, necessária já era propalada por Platão na sua obra *Da República*, também divulgada por Cícero em Roma, considerada como a razão decorrente da natureza das coisas, por já estar na

⁴³ O cenário tradicionalmente apresentado de forma errada, exagerada e dramática sobre o conflito direito natural/direito positivo é assim mencionado: “(...) em um caso a moral tem relação com o direito, enquanto que no outro são dois sistemas normativos totalmente separados. Disso costuma seguir outra consequência igualmente dramática: se for aceita a versão positivista, não existe maneira de avaliar moralmente o direito. Dá no mesmo o direito justo e o injusto, o correto e o incorreto, o bom e o mau; mais ainda: também se seguirá que é obrigatório obedecer a qualquer direito, não importando seu grau de imoralidade” (Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. *Doxa*, n. 22, 1998, p. 122).

⁴⁴ GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*. *The American Journal of Jurisprudence*, n. 46, p. 199-227, 2001.

consciência humana no sentido do bem. Seria, então, uma lei imutável, irrevogável, e não anulável⁴⁵.

Na idade média o jusnaturalismo significava conteúdos teológicos decorrentes da vontade divina. Na época medieval continuou a prevalecer o direito natural, mas objetivo e material, imanente à pessoa, misturado aos princípios morais consagrados ou não na legislação, perceptíveis pela inteligência humana, abrangendo os deveres das pessoas para consigo mesmas, para com os outros e para com Deus. O fundamento é o bem que a consciência determina, não devendo lesar ao próximo. O direito natural não depende do legislador, pois reconhece por si mesmo os comandos, como, por exemplo, o dever de preservar a própria vida e de não matar a outrem. Essa concepção inicial teológica cedeu lugar a uma doutrina jusnaturalista formal, a partir do século XVII, fundada na razão humana⁴⁶.

O direito natural constituiu a base filosófica para dar justificação ao direito positivo de modo a assim servir de guia ao legislador a encontrar seus primeiros fundamentos. Entretanto, não de forma a interferir no pensamento jurídico genuíno diante dos problemas reais da política jurídica, independentemente de considerar os postulados de que o direito deveria estar conforme a natureza da pessoa⁴⁷.

Alf Ross afirma ainda que os direitos naturais estariam por detrás dos direitos subjetivos positivados⁴⁸.

O direito natural conduzia à idéia de uma virtude suprema na qual se centrava a justiça e a verdadeira realização do direito e que os problemas de justiça são de distribuição, equivalendo à demanda da igualdade na distribuição de vantagens e obrigações ou encargos. Tal pensamento foi desenvolvido por Pitágoras, no século IV antes de Cristo, a partir do que, então, a justiça passou a ser visualizada no sentido da igualdade apresentada sob inúmeras variantes⁴⁹.

A compreensão de igualdade é no sentido de que os iguais devem ser tratados da mesma maneira. Essa idéia está dirigida a todos e a cada um segundo seus méritos, a cada um

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, p. 19.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36 e 38.

⁴⁷ ROSS, A. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 258.

⁴⁸ ROSS, A. *Direito e Justiça*, p. 258.

⁴⁹ ROSS, A. *Direito e Justiça*, p. 261.

segundo sua contribuição, segundo suas necessidades e sua capacidade. Entretanto, de forma correlata, deve ser reconhecido o tratamento desigual aos desiguais na vertente do pensamento aristotélico, sendo justo que se faça aí distinção para atender a pautas da desigualdade entre as pessoas diferentes, sempre marcadas na história da humanidade, como uma exigência racional, um trato diferenciado, mas igual a todos os que pertençam a classes diferenciadas, mediante critérios objetivos e regras dadas, para impor limites a quem toma a decisão no caso concreto, obedecendo aos princípios de justiça que repudiam a arbitrariedade⁵⁰.

John Locke propõe a instauração de um governo civil, tendo como objetivo sanar as deficiências do direito natural, projetando o poder político e dividindo-o em três: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, fundado num pacto social a transferir ao Estado a garantia dos direitos naturais e das liberdades pelo regime liberal-democrático⁵¹.

No século XIX, há fortes reações contra o jusnaturalismo em face do historicismo, sociologismo e positivismo. Contudo há um retorno ao naturalismo com Del Vecchio, Helmut Coing e outros antipositivistas⁵².

Del Vecchio considerava que a natureza é o real empírico em que se realizam os fenômenos ligados por vínculos causais, sendo o ser humano uma partícula da natureza a interagir com o todo, e se visualizada a concepção teleológica dos fenômenos resultará como uma ordem valorativa a dar vida à matéria. Assim o direito deve levar em conta a concepção metafísico-teleológica da natureza da pessoa e não seu caráter fenomênico. Para esse autor, a natureza humana funda-se na moral e o jusnaturalismo colabora no aperfeiçoamento das normas de sua interpretação como elemento integrador do direito positivo⁵³.

Hugo Crótius teria formulado a mais célebre distinção de direito natural e direito positivo, na sua obra *De Jure Belli et Pacis*, sendo o primeiro destinado a demonstrar o que é moralmente correto ou incorreto, necessário por si mesmo só o comando divino como arquiteto da natureza, de modo que natural é a lei inscrita por Deus no coração do ser humano,

⁵⁰ ROSS, A. *Direito e Justiça*, p. 263 e 266.

⁵¹ LOCKE, John. *Essays on the law of Nature*. Oxford-Clarendon: Leyden, 1954, p. 40.

⁵² MACHADO NETO. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 84.

⁵³ DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Antonio José Brandão. Coimbra: Almedina, 1972, p. 36.

como base ao segundo que tem como finalidade a sua regulamentação como o propósito da consecução do bem-estar coletivo⁵⁴.

De acordo com o filósofo do direito argentino Carlos Santiago Nino⁵⁵, uma dissecação das várias versões do direito natural nos levaria a perceber que todos os chamados jusnaturalistas estão agrupados sob o mesmo rótulo por defenderem as duas seguintes teses de maneira concomitante:

1) uma tese de filosofia ética que sustenta que existem princípios morais e de justiça que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana⁵⁶;

2) uma tese sobre a definição do conceito de direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de “jurídicos” se contradizem ou não passam pelo crivo de tais princípios.

A partir das duas teses expostas acima seria possível extrair uma terceira, concernente à questão da obediência moral ao direito por parte dos juízes e sujeitos jurídicos. Afinal, se os princípios morais e de justiça universalmente válidos existem e podem ser conhecidos e se o direito deve necessariamente identificar-se com esses princípios morais (versão forte da tese jusnaturalista), ou pelo menos não contradizê-los (versão fraca da tese jusnaturalista), então, não seria sensato para os jusnaturalistas que os juízes e cidadãos não tivessem a obrigação moral de obedecer ao direito. Para os jusnaturalistas a expressão “direito justo” é um pleonasma e a expressão “direito injusto”, uma contradição.

A obrigação de obedecer ao direito decorre do próprio conteúdo moral das normas jurídicas (ou pelo menos da não ocorrência de conteúdo imoral, na versão fraca).

Portanto, a terceira tese compartilhada pelos jusnaturalistas pode ser colocada da seguinte forma: 3) tanto os juízes quanto os sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito⁵⁷.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icove, 1990, p. 20 a 25.

⁵⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 28.

⁵⁶ Essa tese pode ser desdobrada em uma tese de caráter ontológico, acerca da existência dos princípios morais universalmente válidos, e uma tese de caráter lógico ou epistemológico, sobre a possibilidade de conhecimento desses princípios.

⁵⁷ Talvez a sustentação das duas primeiras teses e a concomitante rejeição da terceira não caracterize uma contradição lógica em sentido estrito, mas certamente consagra uma contradição performativa.

Muito embora as três teses supramencionadas caracterizem o substrato comum a todas as vertentes do jusnaturalismo, legitimando o emprego desse rótulo para classificar uma plethora de pensadores, ainda assim existem diferenças significativas que justificam que se fale em versões do direito natural.

Os jusnaturalistas divergem radicalmente acerca da origem ou fonte dos princípios morais e de justiça universalmente válidos, ou seja, divergem acerca da suposta “natureza” da qual emanam os princípios do direito natural. Além disso, mesmo quando concordam a respeito da fonte do direito natural, muitas vezes divergem sobre o conteúdo que emana dessa fonte. Qual a natureza da qual se extrai o direito natural? Teria provindo da vontade de uma divindade? Teria sido fruto da razão humana? Seria a lei natural fisicamente co-natural a todos os seres animados à guisa de instinto⁵⁸? Nesse último caso, o homem seria naturalmente (instintivamente) “bom”? Ou “mau”? O direito natural foi e continua sendo foco de diversas críticas⁵⁹, porém uma das acusações mais contundentes ao jusnaturalismo foi elaborada pelo jusfilósofo escandinavo Alf Ross:

Como uma prostituta, o direito natural está à disposição de todos. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se à lei natural. E, na verdade, como poderia ser diferente considerando-se que o fundamento principal de todo direito natural se encontra numa apreensão particular direta, uma contemplação evidente, uma intuição? Por que minha intuição não será tão boa quanto a dos outros? A evidência como critério de verdade explica o caráter totalmente arbitrário das asserções metafísicas. Coloca-as acima de toda força de controle intersubjetivo e deixa a porta aberta para imaginação ilimitada e o dogmatismo⁶⁰.

E mais adiante Alf Ross complementa:

Um forte argumento em favor do ponto de vista de que as doutrinas jusnaturalistas são construções arbitrárias e subjetivas é que a evidência não pode ser um critério de verdade. O que queremos dizer ao chamar uma proposição de verdadeira é, obviamente, diferente do fato psicológico de que a asserção da proposição seja acompanhada por um sentimento de certeza [...]. É certo que um sentimento de evidência acompanha muitas asserções verdadeiras, mas não há razão alguma para que o mesmo sentimento não esteja também associado a erros e falácias. A sólida crença na verdade de

⁵⁸ FASSÓ, G. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, N.; PASQUINO, G. (Eds.). *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 655.

⁵⁹ “(...) Bentham e Austin, que podem ser considerados fundadores do positivismo jurídico moderno, acreditavam na possibilidade de justificar racionalmente um princípio moral universalmente válido do qual derivam todos os outros juízos valorativos: é o chamado ‘princípio da utilidade’, o qual sustenta, substancialmente, que uma conduta é moralmente correta quando contribui para incrementar a felicidade do maior número de pessoas” (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, p. 31).

⁶⁰ ROSS, A. *Direito e Justiça*, p. 305.

uma proposição necessita estar sempre justificada e jamais pode ser sua própria justificação⁶¹.

Em síntese, o jusnaturalismo é a escola mais antiga, remontando a Sófocles e perpassando pelos patrísticos e escolásticos, sofre as primeiras contestações já na fase moderna da filosofia, defendendo que uma lei só é válida se for justa: se não for justa, *non est lex sed corruptio legis*.

1.2.1.2 Juspositivismo

A Teoria Positivista considera a ciência como único conhecimento verdadeiro em que não penetram fundamentos teológicos ou da metafísica que não possam ser demonstrados. Esse conhecimento científico é objetivo, valendo a descrição do ato normativo, sem mais indagações⁶².

O pressuposto da prevalência do positivismo ancorava-se no pensamento de que os cidadãos devem obediência às leis de seu país, ainda que não estejam de acordo com as leis naturais, por força do contrato social e do princípio *pacta sunt servanda*, pensamento que está em consonância com a Teoria Política Absolutista da época⁶³.

A comunidade deve estar baseada no governo e na lei. O juiz não é um rei que recebe as leis diretamente de Deus e que decide extraindo as suas decisões esotericamente. Há que considerar a supremacia da lei⁶⁴.

Por este pensamento, o direito positivo alicerça-se em si mesmo e pelos seus próprios meios, independentemente de moral⁶⁵.

⁶¹ ROSS, A. *Direito e Justiça*, p. 305.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, p. 27.

⁶³ ROSS, A. *Direito e Justiça*, p. 259-260.

⁶⁴ ROSS, A. *Direito e Justiça*, p. 273-274.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, 1989, p. 190.

Essa separação entre direito e moral também se desenvolve na Constituição, afirmando Hans Kelsen que a validade da ordem jurídica positiva não depende de sistema de moralidade e que a norma jurídica é válida independentemente da ordem moral⁶⁶.

A moral, então, serve para o controle interno comportamental da própria consciência não institucionalizada⁶⁷. Na verdade a moral não paira mais sobre o direito⁶⁸.

O direito positivo estaria estigmatizado pela dualidade, embasado em normas sociológicas e normas estatais, funcionando de maneira simultânea, a primeira consistente nos conteúdos materiais que permeiam a sociedade e as estatais como posições ideológicas introduzidas na ordem jurídica pelo Estado uma vez que detentor do império da lei⁶⁹.

Entretanto, como ao direito não cabe apenas atuar conforme a realidade, mas também transformá-la, o direito não poderia ser apenas um dado, mas também uma criação, de modo a estabelecer as condutas sociais do dever ser para equilibrar as relações e garantir a paz na sociedade⁷⁰.

A Inglaterra contribuiu para a formação da Teoria Positivista por meio de idéias desenvolvidas por Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, este último influenciado pelo italiano Beccaria no sentido da soberania da lei e a subordinação do juiz à mesma. Para Bentham a moral não revela verdades eternas sendo apenas opiniões tradicionais e que o direito deveria estar alicerçado no empirismo. O direito tem um objetivo em si mesmo e a política jurídica é a doutrina que ensina como alcançar esse objetivo. A Autoridade que administra o direito deve sentir-se obrigada pelas palavras da lei e pelas outras fontes do direito. Interessante notar que a Inglaterra, apesar de ter contribuído para a elaboração da Teoria Positivista por meio de alguns de seus filósofos, notadamente Hobbes e Bentham, não fundou o seu direito nas codificações⁷¹.

Os franceses pretenderam a construção de um ordenamento ou um sistema com base nas normas da natureza, contudo, uma vez inscritas no direito positivo este estaria sediado

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 104- 106.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, p. 99.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82.

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, p. 82.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, p. 19.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, p. 19.

então nos códigos, o direito estaria na lei. Estava estabelecida a escola da exegese, que era quase que uma unanimidade na França.

Os critérios eram quase mecânicos e sem perquirição de valores⁷².

Olivier Wendel Holmes⁷³ afirma ser a ciência positiva a única válida para conceber-se o direito, mostrando-se descrente quanto à observação de valores. É contrário às convicções de John Austin, de que a lei é feita pelos juízes e pelos seus próprios princípios e de acordo com a opinião da comunidade, não pelo soberano⁷⁴.

Segundo Norberto Bobbio, o juspositivismo define-se pelo elemento coação e considera a norma como o comando do Direito e o Ordenamento Jurídico é o berço do Direito, de que o Juiz deve extrair sua decisão, segundo o dogma da coerência e da completude⁷⁵.

O direito positivo está ligado à formação do Estado moderno, com o reconhecimento de uma estrutura monista concentrando no Estado todos os poderes, entre eles o de ser o elaborador do direito. Anteriormente, na sociedade medieval, o direito era estabelecido e reconhecido pela sociedade civil delineado pelo costume, na manifestação reiterada e consensual de comportamentos uniformes, constantes.

O Positivismo pretendeu ser a filosofia da regulação para colocar ordem no caos da natureza e da sociedade⁷⁶.

Ao Direito moderno, nesse caminhar do modo de produção capitalista coube um papel muito importante: o de ser, no dizer de Boaventura, um racionalizador de segunda ordem da vida social, uma espécie de elemento substituto ao gerenciamento científico da sociedade. O Direito para cumprir esse papel teve de se adequar. A sua adaptação ocorreu via científica. Ajustando-se à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna, o Direito tornou-se científico. Ocorre que a cientificização do Direito também demandou a sua estatização, haja vista que a manutenção e predominância da ordem política sobre a desordem e o caos foram atribuídas ao Estado moderno. A regulação jurídica foi confiada ao Estado.

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 51.

⁷³ Olivier Wendel Holmes (1945).

⁷⁴ Apud BOBBIO, Norberto. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 26-31.

⁷⁵ Apud BOBBIO, Norberto. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 26-31.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente*, p. 141.

A soberania do povo transformou-se na soberania do Estado-nação dentro de um sistema inter-estatal; a vontade geral transformou-se em vontade da maioria (obtida entre as elites governantes); o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado.

O positivismo tornou-se a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida por meio de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas fases da ordem. Formam, em conjunto, a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controle.

Posteriormente, tomados por uma consciência aguda das críticas fulminantes ao jusnaturalismo, vários pensadores do direito aderiram a uma concepção positivista e foram classificados como positivistas jurídicos. Entretanto, conforme mencionado anteriormente, no âmbito da argumentação filosófica, em que o que interessa é a investigação da solidez de determinadas teses, de nada adianta agrupar pensadores por eixos temáticos. Como diz Gardner, na filosofia não existe “condenação por associação nem redenção por associação”⁷⁷. Dizer que os positivistas jurídicos são aqueles que se insurgem contra o jusnaturalismo não é suficiente e nada acrescenta de significativo em uma investigação filosófica.

Nesse plano, o que interessa são as teses defendidas pelos juspositivistas e o rótulo só pode ser aplicado na medida em que compartilhem as mesmas teses.

Mas se por um lado não existem maiores dificuldades no momento de identificar as teses definitórias da corrente jusnaturalista, por outro, não se pode dizer o mesmo das notas características do positivismo jurídico.

A expressão “positivismo jurídico” é intoleravelmente ambígua⁷⁸. A extensão de significado dessa expressão comporta uma pluralidade de teses heterogêneas e, muitas vezes, incompatíveis. O termo geral classificatório “positivismo jurídico” é utilizado para se referir a posições inconsistentes, a posições que muitas vezes foram explicitamente rechaçadas por aqueles que são considerados os principais expoentes do positivismo e as posições que muitas

⁷⁷ GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, p. 199.

⁷⁸ CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 321.

vezes foram defendidas pelos positivistas, mas não como teses essenciais ou características da posição positivista⁷⁹ (trata-se de teses incidentais ou contingentes). Tal espécie de ambigüidade funciona como um obstáculo para a argumentação filosófica. O tipo de ambigüidade que envolve o rótulo geral classificatório “positivismo jurídico” é uma fonte de perplexidades.

De nada adianta criticar alguém por ser um positivista sem complementar tal afirmação indicando em que sentido ele é um positivista. Na falta de tal complementação, o rótulo existe em vão.

Em função disso, muitos jusfilósofos canalizaram seus esforços na tentativa de dissipar a nebulosidade que atrapalha uma visão mais clara do conceito de positivismo jurídico. Tais pensadores primeiro tentaram mostrar quais eram as possíveis teses apresentadas de maneira oculta sob o rótulo “positivismo jurídico” para depois destacar quais entre essas teses são as que realmente podem ser consideradas como as teses mínimas e características do positivismo jurídico. O professor de Oxford Herbert Lionel Adolphus Hart foi o primeiro a impulsionar essa discussão com seu artigo publicado na *Harvard Law Review* de 1958, “Positivism and the Separation of Law and Morals”. Mas esse foi apenas o início nessa tentativa de elucidação sobre esse conceito tão marcadamente ambíguo. Como relata o professor Genaro Carrió, em suas *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*:

Em 1960, em um seminário levado a cabo em Bellagio, Itália, sob o patrocínio da Fundação Rockefeller, um grupo de pensadores de primeira linha participou de discussões dirigidas à elucidação de um tópico comum no campo da filosofia do direito: a análise do conceito de positivismo jurídico. Entre eles se encontravam os professores Norberto Bobbio, da Universidade de Turim; Herbert Hart, da Universidade de Oxford; Alejandro Passarim d’Entrèves, da Universidade de Milão; Alf Ross da Universidade de Copenhague; Renato Treves, da Universidade de Milão, e vários outros estudantes mais jovens, norte-americanos, italianos e ingleses⁸⁰.

As discussões realizadas nesse encontro de “estrelas” da jusfilosofia e as contribuições posteriores inspiradas no “espírito de Bellagio” representam conquistas importantes:

Algumas das clarificações alcançadas têm valor permanente. Passaram-se a ver com nitidez questões que, até então, haviam sido submetidas a um tratamento confuso ou inadequado. Pela primeira vez foram feitas e elaboradas distinções esclarecedoras, tornando assim inteligíveis muitas das

⁷⁹ NINO, C. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 130.

⁸⁰ CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p. 322.

coisas encobertas por um uso pouco cuidadoso do rótulo “positivismo jurídico”. Desse modo, fez-se possível apreciar o grau de correção de críticas feitas indiscriminadamente, a partir de distintos pontos de vista, ao positivismo jurídico⁸¹.

Em sintonia com o “espírito de Bellagio”, na tentativa de elucidar várias dúvidas a respeito da expressão “positivismo jurídico”, será feita uma reconstrução das principais conquistas oriundas dos trabalhos que surgiram durante e depois do seminário ocorrido na Itália. A reconstrução que será empreendida utiliza base os seguintes trabalhos: *Derecho y Lenguaje* (1994), livro de Genaro Carrió; *Introducción al Análisis del Derecho* (1999), de Carlos Santiago Nino; o artigo de Martín D. Farrel, “*Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*” (1998); e o artigo “*Legal Positivism: 5 1/2 Myths*” (2001), de John Gardner. Esses trabalhos primam pela clareza e precisão com que distinguem as principais teses atribuídas aos positivistas jurídicos por seus opositores como sendo notas essenciais dessa posição, das teses que são genuinamente compartilhadas por todos os positivistas.

1.2.1.2.1 O positivismo jurídico visto como ceticismo ético

De acordo com Nino, uma das proposições que é freqüentemente atribuída aos positivistas como constituindo o traço distintivo dessa posição é a que sustenta a tese do ceticismo ético. Essa proposição representa uma rejeição explícita à primeira tese dos jusnaturalistas⁸² e pode ser elaborada da seguinte forma:

1) Ou não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos ou, mesmo que existam, não podem ser conhecidos pela razão humana. Entretanto, como observa Nino, essa não pode ser a tese distintiva do positivismo jurídico, uma vez que não são todos os positivistas que aderem à posição cética.

Alguns autores, cuja classificação sob o rótulo de “positivistas jurídicos” é ponto pacífico, como Jeremy Bentham e John Austin, não podem ser vistos como céticos em matéria ética, já que sustentaram um princípio moral universalmente válido: o princípio da

⁸¹ CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p. 322.

⁸² Uma tese de filosofia ética que sustenta que existem princípios morais e de justiça que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana.

utilidade⁸³. Além disso, mesmo aqueles positivistas jurídicos que, influenciados por concepções filosóficas empiristas e pelos postulados do positivismo lógico (como Alf Ross e Hans Kelsen), adotaram uma postura cética em relação à possibilidade de se justificar racionalmente a verdade ou falsidade de juízos morais não identificavam o positivismo com essa posição⁸⁴. Portanto, a tese do ceticismo ético deve ser descartada como uma possível candidata a expressar a essência do juspositivismo.

Como se isso não bastasse para rejeitá-la como a nota característica da posição juspositivista, cabe ainda apontar para uma outra deficiência dessa tese: ela nada nos diz sobre o direito, apenas nega a existência ou possibilidade de conhecimento de princípios morais universais. A única coisa que se pode inferir a partir da informação de que alguém é cético em matéria ética é a conclusão de que não pode ser um jusnaturalista (em função da primeira tese que define o jusnaturalismo). Ainda resta saber qual é a sua concepção sobre o direito. Assim, faz-se necessário abrir mão da idéia de que essa tese pode definir o positivismo jurídico. A tese do ceticismo ético não é nem necessária nem suficiente para circunscrever essa posição.

1.2.1.2.2 O positivismo jurídico visto como positivismo ideológico

Outras vezes, tem-se definido o positivismo como uma atitude valorativa em relação ao direito posto (*positived*). Em outras palavras, os positivistas seriam aqueles que adotam uma posição ideológica acerca do direito positivo. Os positivistas ideológicos (rótulo utilizado por Norberto Bobbio e Carlos Santiago Nino para classificar esses pensadores que transformam o positivismo jurídico em uma posição ideológica) sustentam que, qualquer que seja o conteúdo

⁸³ “(...) Bentham e Austin, que podem ser considerados fundadores do positivismo jurídico moderno, acreditavam na possibilidade de justificar racionalmente um princípio moral universalmente válido do qual derivam todos os outros juízos valorativos: é o chamado ‘princípio da utilidade’, o qual sustenta, substancialmente, que uma conduta é moralmente correta quando contribui para incrementar a felicidade do maior número de pessoas” (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, p. 31).

⁸⁴ Negar que a verdade ou a falsidade de juízos morais possa ser racionalmente estabelecida ou justificada por critérios objetivos não significa aceitar, do ponto de vista pessoal, que qualquer comportamento possa ser adotado em qualquer situação. Os juízos morais expressam sentimentos subjetivos e, portanto, não se pode falar na sua verdade ou falsidade. Os juízos morais não existem objetivamente no mundo, como os fatos e as coisas e, portanto, não servem como critérios científicos de identificação do direito válido. Como diz o jusfilósofo escandinavo Alf Ross: “(...) é perfeitamente possível, sem nenhuma auto-contradição, negar a objetividade dos valores e da moral, e ao mesmo tempo ser uma pessoa decente e um companheiro de luta digno de confiança contra um regime de terror, corrupção e desumanidade”. E, logo em seguida, Ross explica que o ceticismo da sua posição positivista “não se refere à moral, mas sim à lógica do discurso moral; não se refere à ética mas sim à metaética” (ROSS, A. *El Concepto de Validez y otros Ensayos*. México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 21).

das normas do direito positivo, este tem validade ou força moral obrigatória, ou seja, os sujeitos jurídicos e os juízes têm o dever moral de obedecer ao direito positivo independentemente do seu conteúdo.

O chamado positivismo ideológico pressupõe as seguintes teses:

1) Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito.

2) Os juízes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito positivo. O direito positivo é dotado de força moral obrigatória.

Os positivistas ideológicos⁸⁵ ou positivistas normativos⁸⁶, ou *positivity-welcomers*⁸⁷, ou quase-positivistas⁸⁸, realizam uma fusão entre uma tese puramente descritiva, que permite identificar e descrever o direito válido, e uma tese normativa ou prescritiva acerca do dever moral de obediência ao direito. Aqui caímos no problema clássico da filosofia do direito e da ética: a questão concernente à possibilidade de se extrair o dever-ser do ser (o tradicional problema da falácia naturalista). De acordo com os positivistas ideológicos, o direito, pelo simples fato de ser posto, tem mérito. Resta saber se estão legitimados a derivar conclusões normativas sobre o dever de obedecer ao direito a partir do direito que é.

De acordo com Carrió e Nino, a transformação do positivismo jurídico em uma ideologia gera uma concepção incongruente e equivocada. O positivista ideológico, ao defender simultaneamente as duas teses dispostas acima, está ao mesmo tempo dizendo que podem existir regras jurídicas iníquas (a primeira tese do positivismo ideológico diz que as regras jurídicas podem ser válidas prescindindo de testes morais) e adotando a atitude do jusnaturalista ortodoxo para quem elas não podem existir (a segunda tese sustenta a força moral obrigatória do direito). A diferença entre o jusnaturalista e o positivista ideológico é que, enquanto para o primeiro o dever moral de obedecer ao direito decorre do conteúdo

⁸⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, p. 32.

⁸⁶ GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths* p. 205.

⁸⁷ GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, p. 205.

⁸⁸ ROSS, A. *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, p. 19.

moral das regras jurídicas, para o segundo, o dever moral de obediência ao direito decorre da validade do direito positivo. Os positivistas normativos identificam validade e justiça: o direito válido é automaticamente justo.

Supor que o positivismo ideológico sustenta uma posição neutra é ilusório. Ao se exigir que os juízes (e cidadãos) se limitem a decidir de acordo com o direito vigente, assume-se uma posição valorativa que sustenta que os juízes (e cidadãos) devem levar em conta em suas decisões um único princípio moral: o que prescreve a observância do direito vigente e exclusivamente do direito vigente. O positivista ideológico, ao determinar que o direito, pelo simples fato de existir, é justo e deve ser obedecido, está privilegiando e optando por certos valores, como a segurança e a previsibilidade, em detrimento de outros valores que poderiam entrar em choque com estes. Ao mesmo tempo, está fechando as portas para qualquer possibilidade de crítica ao direito positivo⁸⁹ pelos sujeitos jurídicos e pelo judiciário. “Essa é a atitude que se revela no *slogan*: *Gesetz ist Gesetz* (A Lei é a Lei), que significa que toda ordem jurídica é direito e, como tal, quaisquer que sejam seu espírito e suas tendências, deve ser obedecido”⁹⁰.

Todavia, é difícil encontrar algum expoente do positivismo jurídico que realmente sustente essa concepção⁹¹. Na verdade, alguns rejeitam explicitamente essa possibilidade. O positivismo ideológico não passa de uma caricatura do positivismo jurídico⁹² e os principais caricaturistas são os jusnaturalistas e os juristas práticos. Apesar de os mais destacados positivistas não aderirem ao positivismo ideológico, essa é a posição que com maior frequência tem sido imputada aos positivistas pelos jusnaturalistas. Eles atribuem essa tese aos positivistas e vão criticá-los por aderirem a ela dizendo que o positivismo serve para legitimar qualquer regime de força (ex.: nazismo). Tal argumento é falacioso, na medida em que os principais positivistas não defendem o positivismo ideológico: os jusnaturalistas deturpam as teses do positivismo jurídico para tornar mais fácil a sua oposição⁹³. Sendo

⁸⁹ “Verdross qualifica essa atitude de *Kadavergehorsan* (obediência estúpida, não crítica)” (ROSS, A. *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, p. 20).

⁹⁰ ROSS, A. *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, p. 22.

⁹¹ Certamente não se pode atribuir tal posição a pensadores como H. L. A. Hart, Alf Ross e Joseph Raz.

⁹² “Não sei se algum autor já sustentou alguma vez a tese do positivismo ideológico; o que posso dizer é que o positivismo ideológico é uma caricatura do positivismo jurídico” (FARREL, M. *Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. Doxa*, n. 22, 1998, p. 123).

⁹³ Esse tipo de estratégia argumentativa falaciosa é conhecido como a “falácia do espantalho” (*straw man fallacy*). Ela consiste em defender ou atacar uma posição similar, mas diferente da posição defendida ou atacada pelos seus opositores. Primeiro a versão do seu oponente é distorcida e depois se ataca essa versão deturpada. Ver: KAHANE, H. *Logic and Contemporary Rhetoric: The Use of Reason in Everyday Life*. California: Wadsworth Publishing Company, 1971, p. 33 a 36.

assim, fica patente que o positivismo jurídico também não se identifica com o positivismo ideológico.

1.2.1.2.3 O positivismo jurídico visto como formalismo jurídico

Costuma-se também atribuir ao positivismo jurídico, como sua nota característica, uma certa concepção sobre a composição e estrutura do ordenamento jurídico. Essa concepção é denominada formalismo jurídico e constitui-se das seguintes teses:

- 1) O direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explícita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais.

- 2) Esse sistema de normas possui as seguintes propriedades: o sistema é fechado, ou seja, o conjunto de normas promulgadas pelo legislativo é exaustivo do direito; o sistema é completo, isto é, não existem lacunas no sistema de normas; o sistema é consistente, o que significa que não há contradições e antinomias normativas; as normas do sistema são precisas, não existe nenhuma espécie de indeterminação lingüística, como ambigüidades sintáticas ou intoxicações semânticas como a vaguidade e a textura aberta da linguagem.

Em suma, o ordenamento é auto-suficiente para oferecer para cada caso uma única solução correta.

A partir disso, pode-se concluir que o formalismo jurídico caminha de mãos dadas com o positivismo ideológico. O positivismo ideológico determina que os juízes devem aplicar e as pessoas devem obedecer ao direito vigente em todas as circunstâncias. O formalismo jurídico mostra como isso é possível: o direito é completo, consistente e preciso.

No entanto, o positivismo jurídico também não pode ser identificado com o formalismo. Os principais positivistas contemporâneos, como Hart, Carrió, Raz, Alchourrón e Bulygin, se destacam justamente por explicitarem as insuficiências do sistema jurídico (mostrando a existência indelével de imprecisões lingüísticas e antinomias no direito) e a

necessidade de se recorrer, em certos casos, a critérios que estão fora do direito (critérios que não contam como direito válido) para justificar uma decisão jurídica.

1.2.1.2.4 O positivismo jurídico visto como positivismo conceitual

Se filósofos do direito como Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz, Carrió, Alchourrón e outros não podem ser todos classificados como céticos, como formalistas jurídicos ou positivistas ideológicos, então o que justifica que todos sejam agrupados sob um mesmo rótulo comum? Qual é a tese compartilhada por todos os jusfilósofos mencionados acima? Qual é a tese que subjaz a toda e qualquer versão do positivismo jurídico?

Trata-se da tese do positivismo conceitual, segundo a qual o direito não deve ser identificado utilizando critérios valorativos, mas sim critérios fáticos, empíricos, objetivos. O traço marcante do positivismo conceitual é a neutralidade com a qual é possível identificar e descrever o direito de um grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas. A definição do direito não está comprometida axiologicamente com as normas jurídicas⁹⁴. Dessa forma, uma norma ou um sistema de normas pode ser injusto e ainda assim ser qualificado como jurídico (algo que não é plausível para a corrente jusnaturalista). O positivismo, na sua essência, é um enfoque que não vai além de estabelecer o que conta como direito em uma determinada sociedade.

A proposição que expressa a tese do positivismo conceitual é nada mais nada menos do que a primeira parte da tese do positivismo ideológico: para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito.

Tirando o ceticismo ético, que nem sequer representa uma tese sobre o direito (trata-se apenas de uma tese acerca da existência e possibilidade de conhecimento dos princípios universais de moral e de justiça), tanto o positivismo ideológico quanto o formalismo jurídico

⁹⁴ MORESO, N.; NAVARRO, P.; REDONDO, M. *Liçons de Filosofia del Dret*. Barcelona: Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, 2000, p. 25.

pressupõem a tese do positivismo conceitual. Além disso, a tese do positivismo conceitual é compartilhada também pelos positivistas jurídicos que não são nem formalistas nem positivistas normativos. Como resume John Gardner:

Aqueles normalmente conhecidos por constituírem as figuras históricas dominantes da “tradição do positivismo jurídico” – Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Hart – não convergem em muitas proposições acerca do direito. Mas, sujeitos a algumas diferenças de interpretação, eles convergem de forma unânime a respeito da proposição (LP)⁹⁵. Em segundo lugar, a proposição (LP) é aquela que “positivistas jurídicos” contemporâneos – Joseph Raz e Jules Coleman – creditam a si mesmos como positivistas jurídicos e sobre cuja correta interpretação eles debatem quando discutem entre si como positivistas jurídicos. Finalmente, o meu uso do rótulo condiz com o sentido literal do próprio rótulo. Em que deveria acreditar um “positivista jurídico”, se não que as leis são positivadas (posited)? E isso é o que, grosso modo, (LP) diz sobre as leis. Ela diz, para ser mais exato, que, em qualquer sistema jurídico, uma norma é válida enquanto uma norma daquele sistema somente em virtude do fato de que em algum tempo e lugar relevantes, algum agente ou agentes relevantes a anunciaram, a praticaram, a evocaram, a reforçaram, a endossaram ou de alguma forma se engajaram nela. Não se pode usar como objeção à sua consideração como lei o fato de que era uma norma aberrante, na qual aqueles agentes nunca deveriam ter se engajado. De modo inverso, se nenhum agente relevante tivesse se engajado nela, então ela não seria considerada como uma lei, muito embora possa ser uma excelente norma, na qual todos os agentes relevantes deveriam ter se engajado sem reservas. Como Austin notoriamente expressou: “a existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra”⁹⁶⁻⁹⁷.

Assim podemos ver neste capítulo como o séc. XIX e o início do séc. XX marcaram um período de profundas transformações no pensamento jurídico. A corrente denominada jusnaturalismo, baseada no caráter metafísico e racionalista do direito, cedeu espaço ao positivismo jurídico, que pregava o direito como convenção imposta pelo uso da força. Tal passagem teve extrema importância, por banir um sistema de pensamento jurídico que não explicava satisfatoriamente a legitimidade da norma, partindo de princípios errados, já que direito não diz respeito à natureza, muito menos a Deus, mas sim à cultura de um povo.

⁹⁵ A proposição (LP) é aquela que foi descrita como sendo a proposição característica do positivismo jurídico conceitual. Gardner a formula da seguinte maneira: “(LP) Em qualquer sistema jurídico, se uma norma é legalmente válida, e conseqüentemente se ela faz parte do sistema, depende das suas fontes e não dos seus méritos” (GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, p. 199). Gardner adota uma concepção ampla de “fonte”: tudo que não funciona como um critério meritório é um critério de fonte (GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, p. 199 e 200).

⁹⁶ GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, p. 200.

⁹⁷ Outra posição que não foi tratada no texto, mas que também pressupõe a tese do positivismo conceitual é a dos anarquistas. Os anarquistas defendem a primeira tese do positivismo ideológico (que é nada mais nada menos do que a proposição LP), mas se encontram no pólo oposto da segunda tese defendida pelos positivistas normativos. Para os anarquistas, não importa o conteúdo das normas, pelo simples fato de terem sido postas, ou seja, por serem válidas, não devem ser obedecidas.

A escola do jusnaturalismo, embora adequada à sua época, pecava por esconder o verdadeiro sentido da estrutura de poder sob o manto da divindade e da natureza; ou seja, o mais forte mandava e justificava informando que ele estava inserido de forma natural e perfeita na criação divina, tal como a terra, a flora e a fauna. Note que muitas das antigas constituições no mundo definiam o poder como emanado de Deus. E Deus, como bem se sabe, é um conceito que pode ser usado ao sabor do freguês.

O positivismo jurídico veio a corrigir essas distorções, não ficando, entretanto, imune a críticas, de igual peso e procedência. O mais forte continuou mandando, agora, porém, com uma certa (mas não total) sinceridade; mandando porque tem força para mandar e assim convencionou, com outros igualmente fortes.

A doutrina do positivismo jurídico teve como principal teórico o austríaco Hans Kelsen, cuja obra pregava a neutralidade, mas acabava por, indiretamente, favorecer a injustiça e acabou servindo de sustentáculo teórico para o regime do III Reich.

1.2.2 Pós-Positivismo

O pós-positivismo inaugura o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico positivo as idéias de justiça e legitimidade, materializadas em princípios, assim nominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar.

Ronald Dworkin e Robert Alexy, autênticos juristas do pós-positivismo jurídico, construíram um pensamento que conferiu nova visão aos princípios, reconhecendo-lhes inequívoco caráter normativo.

Ronald Dworkin desenvolveu suas reflexões sobre os princípios jurídicos a partir de um diálogo com outras doutrinas positivistas, mormente o normativismo lógico de Hart, no contexto dos sistemas de inspiração anglo-saxônica (*common law*). Ronald Dworkin não compartilha do entendimento de que, nos chamados *hard cases*, o julgador pratica um mero ato volitivo, exteriorizando suas convicções particulares e arbitrárias de justiça. Segundo ele,

os princípios podem ser utilizados como critérios racionais para uma interpretação reconstrutiva da ordem jurídica e a conseqüente tomada de uma decisão, porque objetivamente inseridos no sistema jurídico.

Para Ronald Dworkin, é indispensável reabilitar a racionalidade moral-prática no campo da metodologia jurídica, de forma a controlar a decisão judicial. Para tanto, critica a estreita visão positivista que considera o direito como um sistema composto exclusivamente de regras e que autoriza a discricionariedade do magistrado no preenchimento das eventuais lacunas jurídicas. Isso porque, quando se admite que o ordenamento jurídico também contempla princípios, esses problemas restarão solucionados.

Neste sentido, pondera Ronald Dworkin que:

una vez que abandonamos esta doctrina (positivismo) y tratamos los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica (a ser cumprida pelo jurisdicionado) pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida⁹⁸.

Na perspectiva de Ronald Dworkin, os princípios jurídicos, diferentemente, das regras, não podem ser aplicados por meio do método lógico-formal, por não disciplinar diretamente um caso concreto. Ademais, é possível que mais de uma norma principiológica seja relevante para a solução do litígio, apontando em sentidos diversos. Configurada essa hipótese, o julgador deverá avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e operar uma atividade de sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade concreta, em face da especificidade de uma dada situação jurídica. Sendo assim, a colisão principiológica se resolve por meio de um processo hermenêutico de ponderação, em que os diversos princípios jurídicos relevantes ao caso concreto são apreciados em face dos fatos e valores incidentes.

Decerto, as normas principiológicas consubstanciam valores e fins muitas vezes distintos, apontando para soluções diversas e contraditórias para um mesmo problema. Logo, com a colisão de princípios jurídicos, podem incidir mais de uma norma sobre o mesmo conjunto de fatos, da mesma forma quando várias premissas maiores disputam a primazia de aplicabilidade a uma premissa menor. A interpretação jurídica contemporânea, na esteira do pós-positivismo, deparou-se, então, com a necessidade de desenvolver técnicas capazes de

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997, p. 100.

lidar com a natureza essencialmente dialética do direito, ao tutelar interesses potencialmente conflitantes, exigindo o uso do instrumento metodológico da ponderação.

Por outro lado, ao estudar o sistema jurídico anglo-saxônico, marcado pela força dos costumes e dos precedentes judiciais, Ronald Dworkin afirma que a prática jurídica se afigura como um exercício permanente de interpretação. Apontando os pontos de convergência entre a interpretação literária e a interpretação jurídica, pretende demonstrar que a ordem jurídica é um produto de sucessivos julgamentos interpretativos. Os intérpretes/aplicadores, no entender de Ronald Dworkin, atuariam como romancistas em cadeia, sendo responsáveis pela estruturação de uma obra coletiva – o sistema jurídico.

Para Ronald Dworkin⁹⁹, decidir casos controversos no direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *common law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito subjazem a decisões de outros juízes, no passado, sobre matérias semelhantes. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

A função do intérprete e aplicador seria, portanto, a de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Rompe-se, assim, com a dicotomia hermenêutica clássica que contrapõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa), na busca dos significados jurídicos. O hermeneuta, diante de um caso concreto, não estaria, assim, criando direito novo, mas racionalizando o material normativo existente. O que se trata é de buscar identificar os princípios que podem dar coerência e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete se orientar pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a reconstrução do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

A seu turno, merece também registro a obra de Robert Alexy, que se propõe a examinar as possibilidades de uma racionalização discursivo-procedimental para o Direito, com destaque para o papel exercido pelos princípios jurídicos.

Com efeito, Robert Alexy parte de uma teoria geral da argumentação prática para aplicá-la ao campo do direito. Para ele, o discurso jurídico figura como um caso especial do discurso da moralidade. Valendo-se da contribuição da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, entende Robert Alexy que as questões jurídicas podem ser decididas por meio da racionalidade do melhor argumento, como expressão de um consenso justificado.

Segundo Robert Alexy, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, porque são debatidas questões práticas, com uma justa pretensão de correção, dentro dos limites normativos do direito positivo. O discurso jurídico não pretende sustentar que uma determinada proposição seja intrinsecamente verdadeira, mas, isto sim, que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente.

Para ele, se, por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral, por outro lado, é moldado pelas regras e formas específicas do discurso jurídico, que expressam, basicamente, a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à ciência dogmática do direito.

Sendo assim, sustenta Robert Alexy que uma teoria da argumentação jurídica apresenta o seu valor prático quando consegue unir dois modelos diferentes de sistema jurídico: o procedimental e o normativo. O primeiro representa o lado ativo, composto de quatro procedimentos (discurso prático geral, criação estatal do direito, discurso jurídico e processo judicial). O segundo configura a dimensão passiva, constituído por regras e princípios. A concepção tridimensional de Robert Alexy – composta de regras, princípios e procedimentos – não permite atingir sempre uma única resposta correta para cada caso concreto, mas, em contrapartida, potencializa a busca de um maior grau de racionalidade prática para a tomada da decisão jurídica.

Sobre a principiologia jurídica, leciona Robert Alexy¹⁰⁰ que a formulação de princípios forma uma classe final de normas jurídicas. Para ele, princípios são proposições

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 248.

normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios. Em vez de serem introduzidos na discussão como proposições normativas, os princípios também podem ser introduzidos como descrições de estados de coisas em que são considerados bons.

Na visão de Robert Alexy, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, desse modo, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. A forma característica de aplicação das regras é a subsunção. Os princípios, contudo, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. As normas principiológicas figuram, por conseguinte, como mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diversos graus. A forma característica de aplicação dos princípios é, portanto, a ponderação.

Como já referido na obra de Ronald Dworkin, sob a égide de uma visão positivista do direito, a subsunção se afigurou como a fórmula típica de aplicação normativa, caracterizada por uma operação meramente formal e lógico-dedutiva: a identificação da premissa maior (a norma jurídica); a delimitação da premissa menor (os fatos); a posterior elaboração de um juízo conclusivo (adequação da norma jurídica ao caso concreto). Se essa espécie de raciocínio ainda serve para a aplicação de algumas regras de direito, revela-se, no entanto, insuficiente para lidar com a interpretação dos princípios jurídicos, como fundamentos para a decidibilidade de conflitos. Desponta, assim, a ponderação como técnica hermenêutica aplicável a casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais a subsunção figura insuficiente, especialmente quando a situação concreta enseja a aplicação de normas principiológicas que sinalizam soluções diferenciadas.

Assim, os princípios, além de condensarem valores, passaram a dar unidade ao sistema jurídico e condicionaram o trabalho interpretativo. A tradição jurídico-cristã sempre aceitou a identificação de princípios do ordenamento jurídico, mas somente no pós-positivismo é que foram eles abrigados pela Lei Maior, como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema¹⁰¹.

¹⁰¹ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*.

Conceituando-se os princípios como valores sociais identificados em um momento histórico, temos que as regras jurídicas seguem tais valores, entendendo-as como proposições normativas sedimentadas à vista dos fatos da vida.

Sob o ponto de vista da dogmática, pode-se afirmar que:

- a) os princípios não têm visão puramente axiológica e ética; têm eficácia jurídica e aplicação direta e imediata;
- b) inexistem princípios meramente programáticos;
- c) os princípios têm maior teor de abstração que as normas;
- d) a distinção entre princípio e regra é meramente qualitativa.

O sistema é dinâmico e mutável, porque também mutável é a sua base de sustentação: as relações sociais. Esse pluralismo pode levar à colisão de princípios, dentro da mais absoluta normalidade do sistema, porque os princípios são imutáveis.

Cabe ao intérprete, diante do antagonismo, conciliar o sistema, utilizando-se das ferramentas jurídicas: a hierarquia, a ordem cronológica ou temporal, a especialização e a ponderação de valores, ferramentas essas que são utilizadas seguindo-se a idéia do razoável.

Assim, temos a Constituição como um conjunto de princípios e regras destinadas à realização do direito, que, como sistema aberto, apreende o infinito de possibilidades do mundo real, funcionando como verdadeiro filtro.

Os princípios são espécies de canaletas de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico. Por isso mesmo, não comportam enumeração taxativa, embora realçados alguns e normalmente identificados: princípio do estado de direito, princípio da liberdade, princípio da igualdade e, ainda, os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Considera ainda a teoria moral que está cada vez mais ultrapassado o antagonismo entre o do direito positivo e o direito natural e que a busca pela aplicação do direito ao caso

concreto vai além dessas considerações, observando os aspectos humanistas, morais e econômicos¹⁰².

A filosofia do direito é parte integrante da filosofia prática, ou seja, da moral e o ideal de direito outra coisa não é senão um ideal do bem que é objeto da moral, razão pela qual os direitos encontram sua legitimidade na medida em que são observados os aspectos da moral de um povo, e particularmente, os direitos fundamentais que devem ser observados universalmente, abrangem a moral¹⁰³.

Tal teoria assenta a crença de que o direito nasce da moral e a ela se destina e que as normas devem estar impregnadas de conteúdos da moralidade historicamente concretizada e em transformação, que se solidificam em uma lei certa, abstrata, rígida, que é a lei jurídica, na medida em que deve ter em consideração que o exercício ilimitado de um direito pode constituir-se em uma injustiça exigindo a observação da finalidade daquele que pretende o exercício de um determinado direito, de modo a romper com a boa fé e efetivar-se como prática maliciosa e fraudulenta¹⁰⁴.

Dessa forma, a teoria reconhece a autoridade do direito como uma concepção positivada na norma, mas que necessariamente observe a moral na sua elaboração pelo legislador ou no momento de sua aplicação pelo juiz ou administrador como idéia geral de justiça, legitimando a sanção que só a moral não concebida dentro dos contextos jurídicos normativos não pode impor.

A incomparável importância dos direitos humanos fundamentais não consegue ser explicada por qualquer das teorias existentes, que se mostram insuficientes. Na realidade, as teorias se completam, devendo coexistir entre si.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico,

¹⁰² PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*, p. 192.

¹⁰³ DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 23 e 96.

¹⁰⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1972, p. 60 e 61.

no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito¹⁰⁵.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia¹⁰⁶.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*, 2001.

¹⁰⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 41.

CAPÍTULO II OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Os direitos fundamentais e sua história

Em sua maioria inspirados pelos deuses, déspotas ordenaram a confecção de leis e códigos que foram espelhos de suas épocas, até porque a lei é, invariavelmente, a expressão do poder de quem a faz.

Moisés (séc. XIII a.C.) subiu ao alto do Sinai para elevar o espírito e trazer consigo a palavra inscrita no Decálogo, seguindo-se o Pentateuco, cujo quinto livro, o Deuteronômio, é uma consolidação das antigas imemoriais leis Mosaicas acrescidas da sua experiência como estadista, resultando no estabelecimento do ordenamento jurídico dos hebreus¹⁰⁷.

Com a Lei das XII Tábuas, considerada como a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão, a lei deixava de possuir uma condição essencialmente sagrada, exprimindo-se por meio de um código sucinto e extremamente autoritário, que reconhecia e consolidava a legislação anterior, bem como introduzia novas normas ao direito romano tabulário, podendo, entretanto, ser consultada e invocada por todos, uma vez que resultava do clamor e da aspiração do povo, estabelecendo, ao menos no mundo romano, o seu caráter de universalidade¹⁰⁸.

A legislação que o profeta concebeu acha-se reunida no *Pentateuco*, um dos códigos mais importantes da antigüidade, que se divide nos seguintes livros: Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio. Apesar de consagrar a Lei de Talião, sua índole era humanitária. O próprio “Código de Hamurabi” (1690 a.C.) exhibe a figura de Schamasch, o deus Sol, confiando à capacidade do imperador a garantia do toque divino ao ordenamento jurídico então imposto¹⁰⁹.

¹⁰⁷ MEIRA, Sílvio. *A Lei das XII Tábuas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

¹⁰⁸ MEIRA, Sílvio. *A Lei das XII Tábuas*.

¹⁰⁹ MEIRA, Sílvio. *A Lei das XII Tábuas*.

A partir de um determinado momento a palavra oral já não mais bastava para justificar e garantir os seus atos, surgindo daí a produção da lei escrita manifestada inicialmente por meio de inscrições no barro e em papiros, bem como gravadas em ossos de animais.

No terceiro milênio a.C. já eram previstos alguns mecanismos legais de proteção individual em relação ao estado¹¹⁰.

Entretanto, há um reconhecimento geral no sentido de que o Código de Hamurabi, sexto rei da primeira dinastia da Babilônia, tenha sido provavelmente o primeiro ordenamento jurídico escrito do Ocidente. Com 282 artigos gravados em um único bloco de pedra, continha uma seleção de casos jurisprudenciais que ajudavam na solução das demandas jurídicas que se apresentavam ao arbítrio do rei¹¹¹.

Em linhas gerais, esse diploma abrigava preceitos que deveriam ser observados pelos súditos no relacionamento que mantinham entre si, e destes em relação ao estado, o qual, por sua vez, não devia satisfação a ninguém. Nem existiam mecanismos que efetivamente impusessem qualquer limitação ao poder real. Previa a supremacia das leis frente aos governantes. Entretanto, na área penal, manteve-se fiel ao postulado do sistema talião¹¹².

Os gregos, principalmente por meio dos princípios enfocados pela democracia direta proposta por Péricles, igualmente contribuíram para a construção do edifício jurídico no qual se amparam os fundamentos dos direitos essenciais do homem.

A crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra *Antígona* – 441 a.C. Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem)¹¹³.

Na Índia antiga, preservou-se um código atribuído a Manu, personagem mítico, considerado "Filho de Brama e Pai dos Homens".

¹¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – Alguns Aspectos de sua Evolução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – Alguns Aspectos de sua Evolução*.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – Alguns Aspectos de sua Evolução*.

¹¹³ MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Dos Direitos Fundamentais – Contribuição para uma Teoria*. São Paulo: LTr, 1997, p. 25.

Escrito em sânscrito e elaborado entre o século II a.C. e o século II d. C., o Código de Manu é a legislação mais antiga da Índia.

As leis de Manu representam historicamente uma primeira organização geral da sociedade, sob forte motivação religiosa e política. Elas exemplificam a situação do direito nos povos que não chegaram a distinguir a ordem jurídica dos demais planos da vida social.

Da premissa de que a humanidade passa por quatro grandes fases, que marcam uma progressiva decadência moral dos homens, os idealizadores do código julgavam a coação e o castigo essenciais para se evitar o caos na sociedade.

No Código de Manu havia uma estreita correlação entre o direito e os dispositivos sacerdotais, os problemas de culto e as conveniências de castas.

Encontramos nesse código, ao lado de uma extensa e sistematizada determinação de preceitos jurídicos (com cominação de sanções seguindo uma escala coerente), uma série de idéias sobre valores como verdade, justiça e respeito. Os dados processuais que se baseiam sobre credibilidade dos testemunhos atribuem diferente validade à palavra dos homens conforme a casta a que pertencem. A mulher se acha sempre em extrema desvantagem e em condição totalmente passiva dentro da sociedade. A honra das pessoas e sua situação dentro da aplicação do direito dependiam da condição da casta.

O código era bastante detalhado e meticuloso e previa vários tipos de problemas, nos campos penal, civil, comercial, laboral etc., trazendo ao início uma extensa série de artigos sobre administração da justiça, modos de julgamento e meios de prova.

Esse código objetivou favorecer a casta brâmane, que era formada pelos sacerdotes, assegurando-lhes o comando social. Um exemplo revela a superioridade dessa casta: "Se um homem achasse um tesouro deveria ter dele apenas 10% ou 6%, conforme a casta a que pertencesse. Se fosse um brâmane, teria todo o tesouro, e se fosse o rei, apenas 50%."

2.2 As gerações dos direitos fundamentais

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem no mundo alcançaram o seu estágio atual de uma forma lenta e gradual, passando por várias fases. Essas etapas da evolução desses direitos são chamadas de gerações, pois foram construídas em diferentes momentos históricos.

Essas gerações, numa primeira análise, representariam a conquista pela humanidade de três espécies de direitos fundamentais, amparada nos ideais divulgados especialmente na Revolução Francesa, os quais se resumiam no lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. Coincidentemente, cada uma dessas expressões representaria uma geração de direitos a ser conquistada.

A primeira geração dos direitos fundamentais, então, corresponderia àqueles direitos básicos dos indivíduos relacionados a sua liberdade, considerada em seus vários aspectos. Essa geração encerra os postulados dos cidadãos em face da atuação do poder público, buscando controlar e limitar os desmandos do governante, de modo que este respeite as liberdades individuais da pessoa humana. Os direitos relativos a essa primeira geração significariam, portanto, uma limitação do poder público, um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo.

A segunda geração, por sua vez, fundada no ideário da igualdade, significa uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão, e não mais para deixar de fazer alguma coisa. Essa necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos não mais considerados individualmente, mas sim de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida. Essa geração de direitos guarda estreito vínculo com as condições de trabalho da população, que, com a evolução do capitalismo, se viu necessitada de regular e garantir as novas relações de trabalho, postulando, portanto, salário mínimo digno, limitação das horas de trabalho, aposentadoria, seguro social, férias remuneradas, entre outras reivindicações.

E, ainda, a terceira geração, que corresponderia ao terceiro elemento preconizado na Revolução Francesa, a fraternidade, representa a evolução dos direitos fundamentais para

alcançar e proteger aqueles direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização. Nessa situação, outros direitos precisavam ser garantidos, além daqueles normalmente protegidos, uma vez que essas novas relações devem ser consideradas coletivamente. Nessa terceira geração de direitos fundamentais, podemos mencionar: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à comunicação, os direitos dos consumidores e vários outros direitos especialmente aqueles relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis (a criança, o idoso, o deficiente físico etc.).

Deve ser mencionada, por derradeiro, uma quarta geração de direitos fundamentais, identificada por vários autores, que decorreria da atual globalização desses direitos, tais como a democracia, o direito à informação e ao pluralismo.

Os antecedentes históricos dos direitos fundamentais fazem referência a um direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a este pelos deuses, o que guarda consonância com as obras teológicas, como a *Suma Teológica* de Tomás de Aquino, no século XIII, na qual suprema é a lei eterna de Deus, abaixo dela vigentes duas leis: de um lado a lei divina revelada ou declarada pela Igreja e do outro lado a lei natural gravada na natureza humana que o homem descobre por meio da razão. Abaixo de todas essas, a lei humana positivada pelo legislador¹¹⁴.

A primeira declaração de direitos fundamentais da modernidade foi a *Virginia Bill of Rights* ou a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776, que era uma das treze colônias Inglesas no então atual país dos Estados Unidos. É considerada pela doutrina como a primeira Declaração de Direitos propriamente dita, porque estruturava o regime democrático e a limitação do poder estatal¹¹⁵.

Contudo, na França, em 26 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 17 artigos, entre eles os da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, presunção de

¹¹⁴ TEMER, Michel. *Elementos de Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 08.

¹¹⁵ MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Dos Direitos Fundamentais – Contribuição para uma Teoria*, p. 45.

inocência, liberdade religiosa, livre manifestação do pensamento, resultando consagração da França no que diz respeito aos direitos humanos fundamentais¹¹⁶.

O item 1.1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, na Áustria, adotada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, assenta a Teoria Jusnaturalista, segundo a qual “os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos: a sua proteção e promoção são responsabilidade dos Governos”¹¹⁷.

Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 10/12/1948, consagra a necessidade de os direitos da pessoa humana serem protegidos pelo império da lei¹¹⁸.

Sobre esse assunto, Alexandre de Moraes entende que ambas as teorias devem coexistir, asseverando a importância da formação de uma consciência social fixada em uma ordem ao mesmo tempo superior, universal e imutável (vertente da teoria jusnaturalista) a embasar e dar substrato para o legislador reconhecer a existência dos direitos fundamentais de modo a torná-los positivados (teoria positivista) e, portanto, parte do Ordenamento Jurídico¹¹⁹.

Norberto Bobbio, por outro lado, discorre que são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou aquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, são bem poucos os que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinada categoria de sujeitos, uma opção¹²⁰.

Para Cançado Trindade, a idéia de direitos humanos e sua manifestação são tão antigas quanto as civilizações, tendo ocorrido em diferentes culturas e em movimentos históricos

¹¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 34.

¹¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência, p. 28.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência, p. 34.

¹¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência, p. 35.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Camus, 1992.

sucessivos na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra as formas de dominação, exclusão, despotismo e arbitrariedade¹²¹.

A respeito do que fala Cançado Trindade, vale lembrar que Sócrates, (427 a.C.) desenvolvia uma filosofia cujo ponto alto era justamente a dignidade humana, tendo Platão, em apologia a Sócrates, revelado que o seu mestre lutava não por um regime político, mas por um princípio mais alto, o da dignidade humana¹²².

O caráter analítico, pluralista e pragmático dirigente, regulamentista da nossa Constituição Federal de 1988, refletiu no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais –, projetando sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, além de outros direitos fundamentais contidos nos demais títulos da Constituição, sem prejuízo de outras disposições infraconstitucionais que possuam a mesma natureza.

O desdobramento analítico contido na Constituição de 1988, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais, revela uma certa desconfiança do legislador infraconstitucional e uma vontade de salvaguardar reivindicação e interesses contra possível desconstituição dos Poderes¹²³.

Alexandre de Moraes faz um relato da evolução histórica desses direitos humanos fundamentais e seu reconhecimento na modernidade, asseverando que o constitucionalismo moderno teve sua origem formal nas Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, que remonta a 14/9/1787, quando se verificou a independência das treze colônias, com a Declaração da Virgínia, de 16 de junho de 1787, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4/7/1776, assim como com o advento da Revolução Francesa de 1791, tendo como características a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

¹²¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 485.

¹²² PLATÃO. *Apologia a Sócrates*. Coleção Mestres Pensadores. São Paulo: Escala, 2005, p. 35.

¹²³ Em decorrência de ter sido a Constituição Federal de 1988 elaborada logo após um período de forte autoritarismo do governo militar que vigorou no país por 21 anos, e ainda sob a lembrança das restrições as liberdades, o legislador constituinte deu relevância e reforço ao aspecto dos direitos fundamentais, como igualmente acontece nas demais Constituições pós período de opressão, ditadura, na superação de regimes autoritários, como aconteceu com a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental da Alemanha, 1949 e, mais recentemente com Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978, que, em verdade, exerceram grande influência no Constituinte Nacional na elaboração da Carta em vigor. Neste sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

Entretanto, há antecedentes históricos como o da *Magna Carta Libertatum* (1215), a *Petition of Right* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), a *Bill of Rights* (1689), o *Act of Settlement* (1701)¹²⁴.

2.3 Diferença entre regras, princípios e valores

Quando falamos em direitos fundamentais não raro discorremos acerca da distinção entre princípios e regras. De fato, as normas de direitos fundamentais são caracterizadas como princípios. Porém, tais normas também devem ser encaradas como regras especialmente diante do fato de que a nossa Constituição Federal representa a lei maior dentro do ordenamento jurídico.

Assim, segundo o pensamento de Robert Alexy, regras e princípios pertencem ao conceito de norma. A diferença entre ambos seria qualitativa, posto que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Já as regras apresentam determinações e, assim, poderão ser satisfeitas ou não, além de serem o instrumento apropriado para que os princípios sejam positivados.

A diferença entre ambos, dessa forma, não seria gradual e sim qualitativa.

As disposições de direitos fundamentais são consideradas como uma positivação de princípios, bem como uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos.

Assim, elas apresentam um caráter duplo, sendo o meio para a positivação de princípios e contendo determinações em face das exigências de princípios contrapostos, na medida em que apresentam suportes fáticos e cláusulas de restrição diferenciados.

É importante ressaltar que as normas de direitos fundamentais nem sempre compartilham desse caráter duplo, exceto se forem construídas de forma que ambos os níveis

¹²⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, p. 36.

sejam encontrados. Isso ocorrerá caso seja incluída uma cláusula restritiva com estrutura de princípios e que, portanto, estará sujeita ao sopesamento.

Quanto à diferença entre princípios e valores, prosseguindo com base no pensamento de Robert Alexy, basta dizer que os princípios estão no âmbito deontológico (dever-ser) e estes pertencem ao âmbito axiológico. Isso significa que, enquanto no modelo de valores algo é melhor, no modelo de princípios é devido; e enquanto no modelo de valores algo é definitivamente o melhor, no modelo de princípios é definitivamente devido.

2.3.1 Da colisão entre princípios e regras

É comum depararmos com situações em que haja conflito entre regras e princípios.

No caso de conflito entre regras, a solução ocorrerá caso seja introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção para tal conflito ou caso uma das regras for admitida como sendo inválida.

Não se pode pensar em duas regras que gerem conseqüências jurídicas contraditórias. Assim, não havendo uma cláusula de exceção, necessariamente uma das regras será declarada inválida.

Já com relação aos princípios, não há como falar em cláusula de exceção nem que um deles é inválido. O que ocorre é que um cederá diante do outro; há o que chamamos de relação de precedência entre princípios.

Assim, na colisão entre regras, estamos diante de um contexto que analisa a validade daquelas; enquanto no caso dos princípios estamos diante da dimensão do peso que cada um representa no caso concreto.

Fixando nossa análise diante de uma situação em que haja colisão entre princípios, Robert Alexy defende a tese segundo a qual deverá ser estabelecida uma relação de precedência condicionada entre os princípios, de acordo com o caso concreto. De fato, nenhuma norma é inválida ou apresenta precedência absoluta sobre a outra. O caso concreto é que determinará qual deverá prevalecer.

Assim, do enunciado de preferência entre princípios, decorrerá uma regra, a qual prescreverá qual princípio prevalecerá.

Portanto, diante da “lei de colisão” não existe relação absoluta de precedência e nem ações e situações quantificáveis.

Na prática, temos o que Robert Alexy denomina de sopesamento entre princípios. O resultado desse sopesamento é a formulação de outra norma de direito fundamental atribuída, a qual representa uma verdadeira regra e à qual o caso pode ser subsumido.

Com relação às regras, se uma delas é a razão para um determinado juízo de valor concreto, então ela é uma razão definitiva; ou seja, se no caso concreto admite-se que alguém tem um determinado direito, então esse direito é definitivo.

Já os princípios somente estabelecem direitos *prima facie*. Por meio do caso concreto, será estabelecida uma relação de preferência entre eles, da qual um deles será a razão definitiva para o caso em análise e, assim, tal princípio será o fundamento de uma regra. Podemos afirmar, portanto, que os princípios nunca são razões definitivas.

Contudo, mister se faz mencionar que, quando um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a eles. É o caso, por exemplo, do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual sempre prevalecerá sobre os demais princípios. Isso porque apresenta um amplo grau de condições de precedência e também de certeza.

A dignidade da pessoa humana engloba um princípio e uma regra e por meio desta é que é assegurada a relação de preferência desse princípio em face dos demais.

2.3.2 A máxima da proporcionalidade

Dando continuidade a teoria dos princípios, importante analisar a máxima da proporcionalidade. Assim, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido

estrito (sopesamento) estarão presentes na análise da natureza dos princípios, pois são as máximas parciais da proporcionalidade.

Quando uma norma de direito fundamental que tenha caráter de princípio colidir com outro princípio, para se chegar a uma decisão é necessário haver um sopesamento de acordo com a lei de colisão.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento) decorre do fato de que os princípios são mandamentos de otimização diante das possibilidades jurídicas; já as máximas de necessidade e adequação referem-se à natureza dos princípios como sendo máximas de otimização diante das possibilidades fáticas.

É comum afirmarem que a idéia de sopesamento não leva a um modelo aberto, a um controle racional.

Contudo, de acordo com Robert Alexy, o modelo fundamentado resolve esse problema, tendo em vista que os enunciados de preferências condicionadas entre princípios serão fundamentados racionalmente; ou seja, o sopesamento será racional quando seu enunciado de preferência também puder ser fundamentado de forma racional.

Nesse ínterim, é preciso ressaltar que é por meio do sopesamento que um enunciado de preferências condicionadas é criado, sendo este correspondente a uma regra de decisão diferenciada.

Assim, para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, da regra correspondente, pode-se recorrer às diferentes fundamentações de regras semânticas, por exemplo, a vontade do constituinte, dogmática, a jurisprudência etc.

Porém, existem também argumentos específicos relacionados aos enunciados de preferências. Um deles estabelece que a medida de não-satisfação e de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. A essa regra Robert Alexy denomina de lei do sopesamento.

Por meio do modelo fundamentado, o sopesamento não poderá ser considerado como um procedimento abstrato ou generalizante. Na realidade, seu resultado será um enunciado de preferências condicionadas, o qual representa uma regra de decisão diferenciada. Por meio da

otimização, todos os princípios envolvidos serão levados em consideração, não conduzindo a uma situação de tudo ou nada.

Na realidade, segundo Robert Alexy, o modelo de sopesamento por ele defendido corresponderia ao princípio da concordância prática. Desse modo, não seria possível dizer que não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido e, por isso, a máxima de sopesamento de interesses seria algo vazio. Na realidade, o modelo de sopesamento oferece um critério ao associar a lei de colisão com a teoria da argumentação racional.

Da mesma maneira, cumpre ressaltar que o problema do sopesamento ligado à discricionariedade de prognósticos (efetividade), ou seja, os efeitos futuros das medidas presentes, não se confunde com o sopesamento em si. Ambos fazem parte da discricionariedade cognitiva, mas um analisa apenas o caso concreto (sopesamento) e o outro verifica a efetividade (prognósticos).

Tanto nos direitos a proteção (ações positivas; Estado deve zelar para que terceiros não intervenham), quanto nos direitos de defesa (ações negativas; Estado deve se abster de intervir) surge o problema do sopesamento.

Mas nos direitos a proteção tal problema apresenta um peso maior (porque observa os efeitos futuros) do que nos direitos de defesa.

2.3.3 Direitos fundamentais e a Constituição

Passando a analisar a relevância dos direitos fundamentais, percebemos que desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, os direitos fundamentais já representavam algo de suma importância. Por isso mesmo, já era expresso em dita Declaração que não haveria Constituição sem a garantia expressa de direitos.

Os direitos fundamentais integram, juntamente com a definição da forma de Estado, sistema de governo e organização do poder, a essência de um Estado constitucional.

Os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, limitadores do poder e critérios de legitimação deste, pois o poder tem como justificativa a realização dos direitos do homem e a idéia de justiça está associada a esses direitos.

Com efeito, de acordo, com Paulo Bonavides, o qual destaca o pensamento de Böckenförde, os direitos fundamentais extrapolam aquela relação cidadão-Estado, adquirindo, assim, uma dimensão até então ignorada, a de norma objetiva, de validade universal, conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertencem nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.

Assim, citando também Ingo Sarlet os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, o resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos e o núcleo substancial da ordem normativa, pois mesmo num Estado constitucional democrático deve haver vinculações materiais para fazer frente ao totalitarismo e à ditadura.

Nesse sentido, importante ressaltar que existem direitos fundamentais formais e materiais. A fundamentalidade formal dos direitos fundamentais refere-se ao fato de que eles são parte integrante da Constituição escrita, situando-se no ápice do ordenamento jurídico, estão submetidos aos limites formais e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), e são normas diretamente aplicáveis e que vinculam as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, CF).

Já a fundamentalidade material decorre do fato de que os direitos fundamentais representam o elemento constitutivo da Constituição material, contendo as decisões básicas acerca do Estado e da sociedade.

Assim, podemos dizer que os direitos fundamentais são:

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição

material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)¹²⁵.

De acordo ainda com Paulo Bonavides, não há constitucionalismo sem direitos fundamentais, bem como não existem direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.

Por outro lado, os direitos fundamentais são também o pressuposto, a garantia e o instrumento do princípio democrático, mediante o reconhecimento do princípio da igualdade, liberdade e garantia do direito à participação política do cidadão, por meio da possibilidade de intervenção no processo decisório e exercício efetivo das atribuições inerentes à soberania popular, como, por exemplo, o direito de voto.

Por fim, dentro de um Estado social de Direito, os direitos fundamentais sociais são condições para o exercício das liberdades e garantia da igualdade de oportunidades, inerentes à noção de democracia e Estado de Direito.

Assim, os direitos fundamentais estão intimamente relacionados às idéias de Estado de Direito e Constituição, bem como são condição de existência e medida de legitimidade do Estado Democrático e Social de Direito, utilizando para tanto do princípio da dignidade da pessoa humana e dos valores da igualdade, liberdade e justiça.

2.3.4 Conceito de sistema de direitos fundamentais

A idéia de que os direitos fundamentais integram um sistema parte do pressuposto de que referidos direitos são concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Segundo Robert Alexy, a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais implica a necessidade de sopesamentos. Tal processo, embora racional, não é algo que leva a uma única solução ao caso concreto. Isso depende de valorações que não são

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 89.

controláveis pelo próprio processo de sopesar. Assim, o sopesamento é um procedimento aberto, o que acarreta a própria abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. Dessa maneira, segundo o mesmo autor, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico adquire um caráter de sistema aberto, independentemente da extensão dessa abertura.

Portanto, chegamos à conclusão de que o sistema composto pelas normas de direitos fundamentais não é fechado. Nesse sentido, o próprio art. 5º, § 2º, da CF dispõe que poderão existir direitos fundamentais positivados em outras partes da Constituição ou em tratados internacionais, bem como é possível existirem direitos com a natureza de fundamentais não-escritos e implícitos nas normas do catálogo do art. 5º da CF ou decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

De fato, o rol do art. 5º não apresenta cunho taxativo. Na Constituição também podemos encontrar direitos fundamentais implícitos.

Com isso, é inquestionável que a abertura do catálogo abrange os direitos individuais e sociais (art. 6º e os direitos sociais dos trabalhadores dispostos no art. 7º), bem como os direitos políticos.

Por esse motivo, de acordo com Menelick de Carvalho, a Constituição sempre estará aberta a um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais.

Assim, em virtude de uma relativa unidade de conteúdo, a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais e a proteção contra a ação erosiva do legislador fazem com que identifiquemos um verdadeiro sistema de direitos fundamentais, porém, aberto e com uma autonomia relativa perante a Constituição.

Por isso mesmo, um direito fundamental, para ser satisfeito, deve ser analisado dentro de um sistema. Destarte, para se obter uma imagem completa dos direitos fundamentais não se pode deixar um deles de lado porque já foi satisfeito.

Nessa esteira, é importante mencionar o pensamento de Claus Canaris quanto ao conceito de sistema.

Para Canaris todo sistema apresenta ordem e unidade. Apresenta ordem tendo em vista que representa um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível e unidade pois o sistema não permite uma dispersão em singularidades desconexas, antes deixando-as reconduzir-se em princípios fundamentais.

Todo sistema pode ser lógico (científico) ou objetivo (real). Nosso sistema jurídico seria um sistema objetivo.

Canaris, ainda, demonstra que a unidade do sistema serve para que, por exemplo no caso do sistema jurídico, o Direito não se disperse numa multiplicidade de valores desconexos, antes deixando se reconduzir por critérios gerais relativamente pouco numerosos.

O sistema jurídico justifica-se a partir dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e do princípio da igualdade. Porém, a segurança jurídica também estaria na mesma direção.

Portanto, cada Direito Positivo representaria um sistema e não apenas um postulado, antes sendo sempre, também, pressuposição de todo o Direito e de todo pensamento jurídico.

Segundo Canaris, o papel do conceito de sistema é “o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”¹²⁶.

Dessa forma, o sistema representa uma ordem axiológica de princípios gerais de Direito.

Porém, Canaris reconhece também a existência de subsistemas dentro do sistema “geral”, como é o caso, por exemplo, do subsistema formado pelos direitos fundamentais.

De fato, segundo o mesmo autor, os princípios precisam, para a sua realização, da concretização por meio de subprincípios com conteúdo material próprio. É o caso, mais uma vez, do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual precisa da concretização de outros direitos fundamentais diretamente relacionados.

¹²⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 23.

Por fim, Canaris ressalta que os valores fundamentais mudam o sistema. Hoje os princípios novos e diferentes podem ter validade e ser constitutivos para o sistema. Este é dinâmico.

No caso do sistema jurídico, ele é aberto não apenas em virtude da incompletude do conhecimento científico, como também em virtude da modificabilidade da própria ordem jurídica.

2.3.5 Classificação dos direitos fundamentais

É importante também ter em mente que os direitos fundamentais são direitos de defesa dos cidadãos em face do Estado, ou seja, são direitos a ações negativas do Estado. Seu contraponto seriam os direitos a uma ação positiva do Estado.

Assim, todos esses direitos podem ser agrupados e classificados como direitos a prestações estatais em sentido amplo.

Dessa forma, de acordo com Robert Alexy, os direitos a prestações (em sentido amplo) podem ser divididos em:

- 1) direitos a proteção – direitos do titular dos direitos fundamentais em face do Estado para que este o proteja contra intervenções de terceiros;
- 2) direitos a organização e procedimento;
- 3) direitos a prestação em sentido estrito.

Mister se faz destacar que os direitos fundamentais serão direitos a prestações, mas nem todos os direitos a prestações serão fundamentais. Para serem fundamentais, a decisão que confere a um determinado direito esse *status* não pode ser deixada para a maioria parlamentar simples.

No momento em que os direitos a prestações tiverem natureza de princípios e for acrescida uma cláusula de restrição, eles adquirirão também caráter de normas, que, mesmo

carentes de concretização, garantem direitos definitivos. Portanto, as naturezas de princípio e exigibilidade perfeita são compatíveis.

Vale ainda ressaltar que, de acordo com Carl Schmidt, os direitos fundamentais apresentam dois critérios formais de caracterização. Por meio do primeiro, podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados ou especificados na Constituição. Por meio do segundo, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau maior de garantia e segurança, ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, os direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

2.3.6 Direitos fundamentais sociais

De acordo com o objeto do presente estudo, o que mais nos interessa analisar são os direitos a prestações em sentido estrito, ou seja, os direitos fundamentais sociais.

Como exemplo, podemos citar o direito à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.

Aqui a questão do sopesamento entre princípios é dificultada e Robert Alexy, visando a minimizar conflitos, propõe um modelo segundo o qual um direito a prestação somente será garantido se o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático, bem como os princípios colidentes forem menos afetados quando comparados com a garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões judiciais que a levarem em consideração.

Dessa forma, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes. Esse é o caso dos direitos mínimos, como a dignidade da pessoa humana.

Na prática, a competência do tribunal termina nos limites do definitivamente devido, pois os direitos *prima facie* correspondentes aos princípios sempre terão algo de excedente,

mas esse conceito de excedente não estará vinculado à dicotomia subjetivo (garantido pelo legislador) e objetivo (no caso concreto).

CAPÍTULO III O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Histórico

Segundo os estóicos, a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a idéia ganha grande reforço, pois, por ser característica inerente apenas ao ser humano, este ser, na concepção cristã, foi criado à imagem e semelhança de Deus. Ora, violar a dignidade da criatura seria, em última análise, violar a vontade do próprio Criador. Essa a mensagem cristã que foi posteriormente deturpada a partir do momento em que o poder político passa a influenciar a Igreja, que cria teses justificadoras de uma série de abusos e violações, notadamente para justificar a escravidão.

Durante o período da Idade Média, Tomás de Aquino é o principal pensador a dedicar-se ao estudo e desenvolvimento do tema, chegando a fazer uso do termo “*dignitas humana*”. Na Idade Moderna, Pico de Mirandola, com a sua *oratio hominis dignitate*, desenvolve o princípio, sendo pioneiro ao dar-lhe justificação fora da teologia.

Outro pensador dessa fase (séc. XVI) é o espanhol Francisco de Vitória, que defendeu a existência da dignidade em todos os seres humanos. Suas teses tiveram enorme repercussão, tendo em vista que contrariaram a política pela qual os índios eram escravizados, a qual até então era praticada pela Coroa Espanhola.

Nos séculos XVII e XVIII, dois pensadores se destacaram: Samuel Pufendorf, que entende ser dever de todos, mesmo do monarca, respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada como seu direito de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção.

Já Immanuel Kant, talvez aquele que mais influenciou até os dias atuais os delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é

um fim em si mesmo, não podendo nunca ser coisificado ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo. As coisas, que podem se trocadas por algo equivalente, têm preço; as pessoas, dignidade.

Com os horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, o pensamento kantiano ressurgiu com extrema vitalidade, uma vez que se verificou, na prática, quais seriam as conseqüências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses, sejam políticos, sejam econômicos. Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na maioria das Constituições do pós-guerra, bem como na Declaração Universal da ONU (1948), logo em seu artigo 1º.

Art. 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.

Em nosso ordenamento, foi positivado pela Constituição da República de 1988, que o elencou como fundamento da República Federativa do Brasil, criando, como se analisará adiante, uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

3.2 O conceito de dignidade da pessoa humana e sua problemática

Sobre a dificuldade em se fixar um conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra em constante construção, desenvolvimento e aperfeiçoamento, ensina Azevedo:

É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem, e a dignidade, o seu valor. O direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do “bando dos quatros” – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público – preenchendo-os, pela lei, doutrina e jurisprudência, com alguma diretriz material, surge agora, no

século XXI, problema idêntico com a expressão “dignidade da pessoa humana”¹²⁷.

E Martins:

A dificuldade é ainda maior quando verificamos os múltiplos significados atribuídos pela doutrina nacional ao princípio: ora como valor absoluto; ora como critério interpretativo; ora como um direito fundamental em si mesmo; ora como direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana; ora como mera referência filosófica desprovida de maior normatividade. Na verdade, muitas vezes a doutrina adota dois ou mais destes sentidos sem, contudo, precisar qual a relação entre eles, o que pode gerar grande confusão¹²⁸.

Por esses motivos, visou-se evidenciar a força axiológica-normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, pois mesmo tendo sido reconhecida pela Constituição Federal brasileira como princípio fundamental, essa condição não lhe retira o seu papel de valor fundamental de toda ordem jurídica nacional e mundial.

Os princípios constituem expressão dos valores fundamentais que informam o sistema jurídico conferindo harmonia e unidade às normas que o compõem.

Paulo Bonavides, em prefácio a obra de Ingo Sarlet, salienta que:

a unidade da Constituição, na melhor doutrina do constitucionalismo contemporâneo, só se traduz compreensivelmente quando tomada em sua imprescritível bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, a saber, forma e matéria, razão e valor. Ambos os termos conjugados assinalam, com a revolução hermenêutica, o momento definitivo da supremacia principiológica dos conteúdos constitucionais sobre os conteúdos legislativos ordinários da velha dogmática e ao mesmo tempo exprimem a ascensão da legitimidade material que põe em grau de menor importância, por carência de préstimo superior nas soluções interpretativas da Constituição, o formalismo positivista e legalista do passado, peculiar à dogmática jurídica do século XIX. Por isso mesmo, mais atento ao texto das leis que ao Direito propriamente dito¹²⁹.

O sistema constitucional constitui instrumento de realização de valores reconhecidos pela sociedade e esse caráter instrumental do sistema jurídico constitucional permite que valores como a dignidade da pessoa humana sejam normativizados. De fato, os princípios

¹²⁷ AZEVEDO, A.J. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 797, mar./2002, p. 11.

¹²⁸ MARTINS, F.J.B. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 53.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

fundamentais da ordem jurídica representam a positivação dos valores morais, posto que estes são a força viva da sociedade. Nesse sentido, Rocha ensina que:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social¹³⁰.

Assim, conforme já mencionado anteriormente, os valores constitucionais possuem tríplice função: como fundamento do ordenamento jurídico e informadores do sistema jurídico-político; como orientadores dos fins a serem perseguidos na execução de atos públicos ou particulares; como crítica de fatos ou condutas. Os valores constitucionais, como diretivas gerais que são, constituem o contexto axiológico fundamentador da interpretação do ordenamento jurídico e desse entendimento não se afasta o papel jurídico-constitucional atribuído à dignidade da pessoa humana.

Já os princípios são normas dispostas em linguagem normativa (deôntica) e que não determinam expressamente as condições que tornam sua aplicação necessária.

Estabelecem um fundamento que marca uma direção ao intérprete e conforme ensina Luño¹³¹ diferenciam-se dos valores por apresentarem um maior grau de concreção e especificação do que estes, sendo capazes de ser fonte imediata e direta de soluções jurídicas. Os princípios, portanto, possuem grande significado hermenêutico e atuam como fontes do direito ou determinações de valor recebendo especial orientação daqueles valores que concretizam. São, portanto, vinculantes e dotados de plena juridicidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui inquestionável componente axiológico-normativo e, por isso, a doutrina, de maneira geral, ao se referir a ele o faz sem distinguir se princípio ou valor, distinção essa que também não será observada nesse trabalho. Além disso, ensina Ingo Sarlet¹³² que, “em se levando em conta que a dignidade, acima de

¹³⁰ Apud MARTINS, F.J.B. *Dignidade da pessoa humana*, p. 57.

¹³¹ PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 292.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 27.

tudo, diz com a condição humana do ser humano, cuida-se de assunto de perene relevância e atualidade, tão perene e atual for a própria existência humana”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, cumpre também a função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais (art. 5º, § 2º, CF).

Portanto, o conceito jurídico de dignidade da pessoa humana é indeterminado, ou seja, o seu conteúdo e a sua extensão são incertos, embora seja inegável que se trata de qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano (a dignidade é irrenunciável, inalienável e intangível), e outro não poderia ser o entendimento. Por isso, na doutrina nacional existente sobre o assunto é importante destacar o conceito elaborado por Ingo Sarlet¹³³, por ser ele o mais abrangente, sintetizando todo o rol de proteção estabelecido por esse princípio.

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para deixar ainda mais claro o conceito elaborado pelo citado autor, vale aqui mencionar o que ensina Bloch¹³⁴, que destaca que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: a) a negativa, que significa que a pessoa não pode ser objeto de ofensas ou humilhações; b) a positiva, que presume o pleno desenvolvimento e autodeterminação de cada pessoa.

Por ser incerto o conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, o intérprete assume importante valor na sua construção como valor fonte do sistema constitucional brasileiro e reflexo da sociedade em que está inserido, uma vez que o

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 60.

¹³⁴ Apud PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, p. 318.

ordenamento jurídico não concede a dignidade, pois esta é inerente ao ser humano, mas reconhece-a e compromete-se a promovê-la e protegê-la.

Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado. O Estado deverá guiar suas ações no sentido de preservá-la ou até mesmo criar condições que possibilitem seu pleno exercício.

Assim, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo (ex.: proibição da pena de morte, tortura etc.), bem como está intimamente associada à garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual se tornam relevantes os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência digna.

Além disso, o respeito à dignidade da pessoa humana está atrelado à isonomia de todos os seres humanos, os quais não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, e também à garantia da identidade pessoal do indivíduo, a qual se concretiza na liberdade de consciência, pensamento, culto, proteção da intimidade, honra etc.

3.3 O conceito jurídico fundamental e sua natureza

Conceituar é abstrair, é voltar até as origens do pensamento em busca do sentido do conceito construído. Como salienta Vilanova,

o conceito, desta sorte, é uma abstração; o pensamento, por essência, se move no abstrato. Não abstrato na acepção do hipotético, irreal, mas no sentido de que separa o que existe unido, decompõe o que se apresenta em indissolúvel unidade¹³⁵.

Sigamos margeando livremente o pensamento do mestre Vilanova. O conceito supremo ou fundamental da cada sistema científico funciona logicamente como um pressuposto do conhecimento. No Direito, efetivamente, é ele – conceito fundamental – que delimita, dentro do campo social, a dignidade da pessoa humana como pressuposto da ciência

¹³⁵ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi Ibet, 2003, p. 14.

jurídica. Nesse sentido, o conceito fundamental da dignidade da pessoa humana tem a função lógica de um *a priori*. É, com efeito, um esquema prévio, um princípio fundante, um ponto de vista anterior, munido do qual o pensamento se dirige à realidade jurídica, desprezando seus vários setores, fixando aquele que corresponde às linhas ideais delineadas ainda que inicialmente pelo conceito fundamental¹³⁶.

Sem conceito fundamental é de se indagar como a História, a Sociologia, a Biologia e o Direito podem extrair do real os seus objetos específicos. Não poderiam. Segundo Vilanova:

Para se investigar onde se encontra o direito, fato social e o fenômeno biológico ou histórico, é necessária a constituição prévia de um conceito supremo para cada setor. Supremo ou fundamental, porquanto não é obtido, nem se deixa reduzir a outros conceitos. E é anterior à experiência, uma vez que sem a prévia determinação do conceito, não seria possível o conhecimento. O pensamento perder-se-ia na selva extraordinariamente intrincada de fatos diversos que compõem o real, sem aptidão para discernir estes fatos em categorias específicas. O conceito fundamental para cada ciência, é, portanto, a condição de experiência. E, na qualidade de condição, tem de ser *a priori*. A aprioridade do conceito fundamental nada mais representa do que um dos aspectos das condições transcendentais do conhecimento, postas em relevo pela filosofia kantiana¹³⁷.

A dignidade da pessoa humana, muito embora positivada no texto constitucional, o que à primeira vista parece contrariar o que acima foi dito, sobretudo no que concerne ao *a priori* do conceito fundamental, é conceito fundamental que antecede ao próprio texto constitucional, é um *a priori* lógico que condiciona toda a experiência hermenêutica interpretativa do art. 1º, inciso III, da Carta Magna. Lembremos de algumas notas essenciais do pensamento de John Locke: o Direito surge no espaço aberto pela liberdade, a liberdade se autolimita em nome da dignidade da pessoa humana. Nasce, assim, o Estado. O Estado se fundamenta na defesa deste valor fundamental e só se legitima se diuturnamente estiver compromissado com este valor supremo: a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva também se direciona o pensamento de Ingo Sarlet, ao dizer que:

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui

¹³⁶ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, p. 17.

¹³⁷ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, p. 17.

dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa¹³⁸.

O conceito jurídico de dignidade da pessoa humana (que, acima de tudo, é um conceito inaugurador de sentido) é o conceito fundamental da ciência jurídica. Na ordem do conhecimento jurídico é o conceito supremo. Não é possível, logicamente, remontar a um conceito mais alto no domínio jurídico. Nesse particular domínio, ele é único. Por ser o conceito supremo não está coordenado a outros, nem é derivado de outros. Por seu posto lógico, é o vértice da pirâmide jurídica conceitual. Sua amplitude de validez e legitimidade cobre todo o campo dos objetos jurídicos.

Para Radbruch¹³⁹, há princípios fundamentais de Direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Eis aí, mais uma vez, o chamamento da dignidade da pessoa humana, como postulado normativo supremo no Direito brasileiro.

Não obstante o Direito posto, enquanto objeto da ciência do Direito, possa ser dividido didaticamente em ramos, o que fornece unidade e sentido às investigações científicas sobre o Direito, é o conceito de dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal que funciona, logicamente, como o pressuposto unificador de todos os ramos científicos do Direito.

Ainda, de acordo com Lourival Vilanova, podemos afirmar que o Direito é, essencialmente, um esforço humano no sentido de realizar o valor justiça. Essa dimensão ideal existe no conceito fundamental da dignidade da pessoa humana, pois esse conceito não se reduz a uma mera forma de suggestionar atos, com total indiferença para o valor¹⁴⁰.

Se o conceito dignidade da pessoa humana é dever-ser, e o é, é dever-ser de algo. Esse algo é a busca incessante da proteção jurídica ao ser humano, busca essa que impregna o conceito fundamental dignidade da pessoa humana por todo o ordenamento jurídico.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 42.

¹³⁹ Apud LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6ª reimpressão. 1988, p. 78.

¹⁴⁰ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, p. 50.

Tal conceito há que se realizar no mundo do ser, afinal, salienta Vilanova, as normas jurídicas não constituem "direito" se carecerem de toda relação com a realidade social humana¹⁴¹.

Já é hora de acrescentarmos mais uma questão ao debate. Vejamos.

Qual é a natureza jurídica do conceito fundamental dignidade da pessoa humana? Trata-se de um princípio jurídico ou uma regra, tendo em vista que a distinção entre princípios e regras assumiu importância capital em vários planos do cenário jurídico nacional e internacional?

A sistematização dada ao tema "princípio jurídico e regras como espécies de normas" tem em Ronald Dworkin seu grande precursor. Assim, segundo as palavras do Professor Luis Roberto Barroso:

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel fundamental¹⁴².

Como bem anotou Ana Paula de Barcellos, "não é preciso descrever aqui todas as discussões teóricas envolvendo a distinção entre regras e princípios e nem seria útil reproduzir os vários critérios que têm sido empregados para extremar as duas espécies normativas" – para quem o quiser, remetemos o leitor ao texto da Professora Barcellos ora citado¹⁴³.

Enfim, para respondermos à indagação acima posta – qual a natureza do conceito dignidade da pessoa humana? –, vamos nos valer dos ensinamentos de Humberto Ávila.

Para esse autor, crítico da classificação proposta por Ronald Dworkin, podem-se diferenciar os princípios das regras baseando-se em três argumentos: a) natureza da descrição/comportamento – as regras descrevem comportamentos ou poderes para atingir fins; princípios descrevem fins cuja realização depende de efeitos decorrentes da adoção de

¹⁴¹ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, p. 60.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 30.

¹⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70 e 71.

comportamentos; b) natureza da justificação exigida – as regras exigem um exame de correspondência entre o conceito da norma e o conceito de fato, sempre com a verificação da manutenção ou realização das finalidades sub e sobrejacentes; os princípios exigem uma compatibilidade entre os efeitos da conduta e a realização gradual do fim; c) natureza da contribuição para decisão – as regras têm pretensão terminativa e os princípios têm pretensão complementar¹⁴⁴.

A sistematização proposta por Humberto Ávila torna-se bastante importante quando cria uma terceira categoria de normas, que não se confunde nem com os princípios nem com as regras: são os chamados postulados normativos, que se caracterizam por serem normas de segundo grau que estruturam a aplicação de outras normas. O autor cita como exemplo de postulados normativos a proporcionalidade e a razoabilidade, chamados de princípios pela doutrina tradicional.

Pois bem, para nós a natureza jurídica do conceito fundamental – dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III, da Constituição Federal – é a de um postulado normativo, muito embora tal conceito esteja inserido no Título I, “Dos Princípios Fundamentais” (atencias da linguagem objeto, que não interferem na linguagem científica). Insista-se, o postulado normativo da dignidade da pessoa humana se diferencia das regras e princípios quanto ao nível e função. Enquanto os princípios e as regras são os objetos da aplicação, o postulado normativo da dignidade da pessoa humana estabelece os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, o postulado normativo da dignidade de pessoa humana serve como parâmetro para a realização de outras normas.

Por ser um conceito jurídico fundamental, o postulado normativo da dignidade da pessoa humana é uma metanorma, que estrutura a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, por isso concordamos com a oportuna nomenclatura proposta por Humberto Ávila¹⁴⁵.

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto. Princípios e Regras e a Segurança Jurídica. *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro, nº 1, janeiro/março de 2006, p. 194.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 79 e 116.

3.4 Proteção constitucional da dignidade da pessoa humana

A lei fundamental de um país tem por característica ser reflexo do momento histórico da sociedade que pretende regulamentar. Nesse sentido, ensina Paulo Bonavides¹⁴⁶ que o sistema constitucional consiste em expressão que permite perceber o verdadeiro sentido tomado pela Constituição Federal em face do ambiente social que ela reflete e a cujos influxos está cada vez mais sujeita.

Assim, como a maioria das atuais Constituições Latino-Americanas, a Constituição Federal Brasileira de 1988 é fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar, surgindo em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade nas mais diferentes áreas (econômica, social, política etc.). Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou expressamente ao seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

Sobre a decisão do constituinte de 1988 em positivar o princípio da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal¹⁴⁷.

O constitucionalismo contemporâneo define a Constituição Federal como uma ordem objetiva de valores, ou seja, como o reflexo dos anseios da sociedade em um determinado momento histórico. Essa nova ordem permite que valores que se constroem ao longo da história da sociedade aos poucos se incorporem ao texto constitucional, preservando-o, sempre, de acordo com as necessidades sociais, políticas e jurídicas de seu tempo.

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 68.

Afirma Martins:

Os valores constitucionais são a mais completa tradução dos fins que a comunidade pretende ver realizados no plano concreto – da vida real mesma – mediante a normatização empreendida pela Constituição [...] Com efeito, enquanto ordem objetiva de valores, a Constituição cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes em uma comunidade histórica concreta em normas constitucionais; com todos os efeitos e implicações que esta normatização possa ter¹⁴⁸.

Desse entendimento do constitucionalismo contemporâneo depreende-se a necessidade de se compreender a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, não só como uma consequência histórica e cultural, mas como valor que por si só agrega e se estende a todo e qualquer sistema constitucional, político e social e, portanto, o reconhecimento de que o ser humano passou a ser o centro de todo o ordenamento constitucional, devendo este trabalhar em prol do indivíduo e da coletividade e não o contrário.

A formulação principiológica da dignidade da pessoa humana, embora não lhe determine um conceito fixo, atribui-lhe a máxima relevância jurídica cuja pretensão é a de ter plena normatividade, uma vez que, colocado pelo constituinte brasileiro em um patamar axiológico-normativo superior, leva ao estudo desse princípio como valor fonte não apenas do sistema constitucional brasileiro e latino-americano, mas como fonte da hermenêutica constitucional contemporânea.

3.4.1 Do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, muito embora, em civilizações remotas possam ser identificados dispositivos legais que já se preocupavam com a proteção do indivíduo como um fim em si mesmo (Hammurabi, 2394 a.C.; Manu, 200 a.C., Índia; Lei das XII Tábuas, 452 a.C.).

Foi na Grécia antiga que começou a se desenvolver a idéia de se construir um homem com validade universal e normativa. Não há dispositivos normativos que se refiram expressamente à dignidade da pessoa humana, mas a reflexão filosófica sobre o homem foi de

¹⁴⁸ MARTINS, F.J.B. *Dignidade da pessoa humana*, p. 55.

grande influência para o que hoje se compreende sobre a preservação dos indivíduos e da sociedade.

Já na Idade Média, o desenvolvimento do pensamento cristão deixou como legado a elaboração das primeiras noções de dignidade da pessoa humana, tal qual se conhece hodiernamente. Conforme salientado acima, a idéia de igualdade inerente a todos os homens é trazida pela noção de que este é concebido à imagem e semelhança de Deus e, portanto, seria essa igualdade a expressão mais pura da dignidade da pessoa humana. Por óbvio, durante longos períodos da História da humanidade esse respeito à igualdade e à dignidade permaneceram mais no plano espiritual e subjetivo do que, propriamente, na práxis, mas esse fato não retira a importância do pensamento cristão na formação do conceito contemporâneo de dignidade da pessoa humana.

No contexto de desenvolvimento do Direito Canônico, como já dito anteriormente, Tomás de Aquino (1225-1274) foi o primeiro a se referir expressamente ao termo dignidade humana.

Na busca de uma justificativa racional para a existência de Deus e para a fé, concebeu o homem como ser composto de matéria e espírito que formam uma unidade substancial, sobressaindo a racionalidade como caráter único do ser humano, que o distingue dos demais seres. Assim, para Tomás de Aquino, todos os humanos são iguais em dignidade, uma vez que todos são dotados naturalmente da mesma racionalidade. Desenvolve-se, então, a noção de que a dignidade guarda estreita relação com a concepção do ser humano, como um fim em si mesmo.

Realizando um salto histórico, já mencionamos a importância do pensamento de Immanuel Kant (1724-1804), cuja concepção de dignidade prevalece até os dias atuais impregnada no pensamento filosófico-constitucional. O homem é concebido como sujeito do conhecimento e, por isso, é capaz de ser responsável por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres. Assim, mais do que respeitar um dever, tem o homem que se tornar um ser moral. Kant, então, elaborou o seguinte imperativo categórico “age apenas segundo uma máxima tal que possas querer que ela se torne uma lei universal”. Dessa fórmula Immanuel Kant concluiu que “o homem existe como fim em si mesmo, nunca como meio para realização das vontades”.

Mas Immanuel Kant¹⁴⁹ não parou por aí, foi mais longe e afirmou que “qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”.

Desta forma, para Kant¹⁵⁰, a autonomia é uma característica fundamental e necessária do agente racional, “a autonomia é, portanto, o solo indispensável da dignidade da natureza humana ou de qualquer natureza racional”, que, no entanto, só seria verdadeira, se estivesse em conformidade com o imperativo categórico da consciência moral.

A afirmação da autonomia racional é definida por Kant com a maioria do gênero humano, isto é, a capacidade de utilização plena da razão sem a submissão a dogmas ou a autoridades, o que corresponderia ao exercício maduro da liberdade. Assim, o princípio da autonomia não seria uma questão de vontade individual, consistindo, acima de tudo, na máxima: “que eu jamais proceda de forma que não me permita querer que minha máxima se torne uma lei geral”.

Assim, raciocina o citado filósofo, o homem é um ser único e insubstituível e todas as suas ações que instrumentalizem ou coisifiquem o homem constituem verdadeiras afrontas à dignidade humana, constituindo-se, portanto, em um ato imoral. Por isso a importância dos estudos kantianos na formação do conceito de dignidade da pessoa humana tal qual se conhece hoje, pois só a pessoa humana, como ser único e racional, é capaz de guiar-se autonomamente por suas próprias leis. A dignidade é, dessa forma, um valor intrínseco da pessoa, superior a qualquer preço que queiram lhe fixar.

Finalmente, com o término da II Guerra Mundial e a verificação das mais diversas atrocidades nela cometidas contra seres humanos, as razões históricas que levaram diversos países à constitucionalização da dignidade da pessoa humana tornaram-se evidentes e a recuperação da pluralidade do espaço público voltou a ser um ideal a ser conquistado.

No Direito Comparado podem-se indicar como Constituições que, atentas a esse movimento, expressamente previram em seus textos o princípio da dignidade da pessoa

¹⁴⁹ KANT, I. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 76 e 77.

¹⁵⁰ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 70.

humana: italiana (27/12/1947 – art. 3º); alemã (23/05/1949 – art. 1º, nº 1); portuguesa (25/04/1976 e revisão de 1989 – art. 1º) e espanhola (art. 10, nº 1).

Pelos mesmos motivos foi consagrada na Declaração Universal da ONU, em 1948, em seu art. 1º, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Influenciado por esse movimento internacional (em especial, pelas três últimas leis fundamentais), o constituinte brasileiro, de forma inédita, finalmente consagrou a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal proclamada em 05 de outubro de 1988, já no Título I – Dos Princípios Fundamentais, art. 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana;

Assim, o Constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal.

Outros dispositivos constitucionais também prevêem, expressa ou implicitamente, a dignidade da pessoa humana, tais como os artigos 170 (que garante que a ordem econômica deve assegurar a todos existência digna), 226, § 7º (segundo o qual o planejamento familiar é livre decisão do casal, quando fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável), e 227 (o qual assegura expressamente como dever da família, da sociedade e do Estado, o direito à dignidade, colocando-o, inclusive, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão).

Foi em reação ao autoritarismo militar, às violações freqüentes a direitos e garantias fundamentais e ao positivismo cego que se desenvolveram os trabalhos da Constituinte de 1988 e, nesse contexto, a dignidade da pessoa humana foi constitucionalmente acolhida como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, o que significa afirmar que ao Estado é conferida a tarefa de preservá-la, promovendo condições que a tornem possível de realização prática.

Sobre a formulação principiológica da dignidade da pessoa humana adotada pela Constituição Federal de 1988 destaca Martins:

Quando cotejada com as Constituições anteriores não deixa de ser uma ruptura paradigmática a solução adotada pelo constituinte na formulação do princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição brasileira de 1988 avançou significativamente rumo à normatividade do princípio quando transformou a dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica [...] ¹⁵¹.

Nesse sentido, também destaca Ingo Sarlet :

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui uma norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade ¹⁵².

Mas, por óbvio, não seria a simples previsão constitucional que faria o princípio ser respeitado e, principalmente, efetivado objetivamente, mas, sim, a concretização de condições que tornem possível a plenitude constitucionalmente consagrada. Nesse sentido, ensina Perez ¹⁵³: “todo depende de que seamos capaces de superar la esclavitud a la letra de la ley escrita y de que, partiendo de los principios, sepamos, a través de una correcta interpretación, cumplir aquellos fines”.

Da compreensão de que a simples previsão constitucional não bastaria para efetivar a dignidade da pessoa humana, o constituinte de 1988 elaborou um amplo e aberto (não-taxativo) sistema de direitos e garantias fundamentais que direta ou indiretamente buscam concretizar, na prática, esse princípio fundamental.

Destaca Flávia Piovesan ¹⁵⁴ que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem

¹⁵¹ MARTINS, F.J.B. *Dignidade da pessoa humana*, p. 50.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 111 e 112.

¹⁵³ PEREZ, J.G. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 20 e 21.

¹⁵⁴ PIOVESAN, F. Implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intra-governamental e federativo. *Painel in the Working Session: Implementatio through instraste levels of government, including federal, state/provincial and municipal jurisdictions*. Washington, USA: Inter-American Commission on Human Rights. 1º mar. 2003, p. 01

sua plena realização como direitos positivos universais”. E não foi diferente a evolução do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como uma norma que engloba noções valorativas e principiológicas, tornando-se preceito de observação obrigatória, fundamento da República Federativa do Brasil, cujo valor no ordenamento constitucional deve ser considerado superior e legitimador de toda e qualquer atuação estatal e privada, individual ou coletiva.

A proclamação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana é a oficialização de um direito previsto por civilizações antigas e cuja História humana mostrou ser importante constar expressamente nos ordenamentos jurídicos em conjugação com direitos e garantias fundamentais que possibilitem a sua concretização prática.

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu plena normatividade à dignidade da pessoa humana, projetando-a para todo o sistema jurídico, político e social, tornando-a o alicerce principal da República e do Estado Democrático de Direito e permitindo que possua proeminência axiológica-normativa sobre os demais princípios. Conclui Rocha:

A positivação do princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seus fins: que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado¹⁵⁵.

Percebe-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana deixou de ser uma mera manifestação conceitual do direito natural, para se converter em um princípio autônomo intimamente conectado à realização e concretização dos direitos fundamentais e que impõe limites à atuação estatal e particular visando à mais ampla proteção do ser humano. Trata-se de princípio que, mesmo não estando expresso em todos os ordenamentos constitucionais latino-americanos, passou a ser mundialmente reconhecido como um direito humano e, portanto, inafastável de qualquer relação jurídica, econômica, social e política.

Importa considerar ainda que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a

¹⁵⁵ Apud MARTINS, F.J.B. *Dignidade da pessoa humana*, p. 78.

ordem constitucional, fato esse que justifica sua caracterização como princípio constitucional hierarquicamente superior.

Assim, toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos estão vinculados a esse princípio, impondo-lhes o dever de respeito e proteção, que se exprime no dever do Estado em se abster de ingerências na esfera individual, mas também em realizar condutas positivas tendentes à efetivação e proteção da dignidade do indivíduo.

Portanto, a dignidade da pessoa humana integra a ordem pública do Estado, sendo fundamento para a limitação de direitos fundamentais quanto limite dos limites, ou seja, barreira contra limitações efetuadas em proveito de outros bens fundamentais.

De fato, tal princípio apresenta uma função instrumental integradora e hermenêutica, posto que serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência e do próprio ordenamento jurídico como um todo.

Não se pode desconsiderar que a liberdade, igualdade, direito à vida e à integridade física e corporal, bem como a proteção da intimidade e da esfera privada dos indivíduos, são noções indissociáveis da dignidade da pessoa humana.

Assim, podemos dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é a lei geral em relação aos direitos fundamentais.

3.5 Considerações finais

A dignidade não é só um valor intrínseco ao ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro. Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se entende sendo um Estado Democrático de Direito.

Ensina Ingo Sarlet que:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade¹⁵⁶.

Portanto, se da observação do princípio da dignidade da pessoa humana resultam conseqüências dentro do próprio sistema constitucional, dispensável é reafirmar a importância desse valor como fonte integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico brasileiro e latino-americano e não apenas dos direitos e garantias fundamentais.

Mesmo sendo impossível atribuir-lhe um conceito fixo e imutável, não há dúvidas de que a sua aplicação em casos concretos é inafastável principalmente quando são desrespeitados os direitos à vida, à integridade física e psíquica, à falta de oferecimento de condições mínimas que garantam uma existência digna, à limitação da liberdade ou a promoção da desigualdade ou, pior, nos casos em que direitos fundamentais estejam flagrantemente sendo afrontados ou desconsiderados.

A correta interpretação desse princípio leva à concretização de valores superiores, direitos e garantias fundamentais, inalienáveis e irrenunciáveis por qualquer ser humano. Pode-se, então, concluir que, por se tratar de princípio ético, de inquestionável inafastabilidade, vincula os poderes estatais e qualquer norma constitucional ou infraconstitucional que lhe contrarie padece de inegável ilegitimidade e deve ser afastada de plano do ordenamento jurídico.

Por conseguinte, deve-se ressaltar que, por força de sua dimensão intersubjetiva, o princípio da dignidade da pessoa humana cria um dever geral de respeito de todos os seres humanos com relação a todos os indivíduos, isolada ou coletivamente, consigo mesmo e para com os outros e por isso afeta a todos indistintamente, intérpretes jurídicos ou não do sistema constitucional, sendo irrelevante de estiver expresso ou não no ordenamento jurídico de cada país.

Por fim, de acordo com o pensamento de Ingo Sarlet, a própria intangibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana se enquadraria no rol dos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Assim, considerando os direitos fundamentais como concretizações, em maior ou menor grau, do próprio princípio da dignidade da pessoa

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 47.

humana, Ingo sustenta que esse princípio é que acaba sendo assegurado mediante a proteção outorgada aos direitos fundamentais, e não estes por aquele.

CAPÍTULO IV A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4.1 Princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais

De acordo com o art. 5º, § 1º, da CF todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Tendo como base o pensamento de Ingo Sarlet, tal princípio da aplicabilidade imediata abrange todos os direitos fundamentais, ainda que localizados fora do catálogo dos arts. 5º a 17º.

Assim, entendemos que todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga constituem normas plenamente aplicáveis. Mesmo existindo normas de direitos fundamentais que precisem de uma *interpositio legislatoris* para serem eficazes, tal fato não contraria o dispositivo do art. 5º, § 1º.

Diversa é a posição de Celso Bastos, o qual admite duas exceções ao princípio da aplicabilidade imediata, quais sejam: a) quando a CF estabelece que deve haver a concretização do direito fundamental; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos para ser aplicável imediatamente, sendo necessária a assunção pelo Judiciário da posição reservada ao legislador.

Sem adentrar na discussão travada acerca desse assunto, entendemos que mesmo as normas programáticas são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade.

Assim, de fato, existem normas que não conseguem gerar todos os seus efeitos sem a atuação do legislador e outras que independem de concretização.

De acordo com Robert Alexy podemos chegar à conclusão de que o art. 5º, § 1º, representa um mandado de otimização, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de

reconhecerem a maior eficácia possível dos direitos fundamentais. Tal entendimento é também sustentado por Gomes Canotilho e Flávia Piovesan.

Portanto, todas as normas de direitos fundamentais terão sempre um mínimo de eficácia e, dessa forma, aos poderes públicos é incumbida a tarefa de extrair de tais normas a maior eficácia possível.

Por derradeiro e mesmo existindo pensamentos divergentes de parte da doutrina e também da jurisprudência, entendemos que o art. 5º, § 1º, é um mandado de otimização e, como tal, garante um mínimo de eficácia a todas as normas de direitos fundamentais, mesmo existindo normas dotadas de baixa densidade normativa e que necessitem de concretização pelo legislador.

De fato, os direitos fundamentais sempre implicam direitos subjetivos, o que significa que a função deles não pode estar condicionada à atuação do legislador. A própria inconstitucionalidade material está relacionada diretamente aos princípios superiores de justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana.

No caso dos direitos de defesa, ou seja, aqueles que impõem ao Estado uma atitude de abstenção, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer.

Ao Poder Judiciário é imposto o dever de aplicar a norma ao caso concreto, viabilizando o pleno exercício de tais direitos.

Já com relação aos direitos fundamentais a prestações, os quais têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente numa prestação de natureza fática ou normativa, surge a questão de saber em que medida o princípio da aplicabilidade imediata prevalecerá.

Isso ocorre visto que os direitos prestacionais sociais reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social.

Ao mesmo tempo, eles também apresentam uma dimensão negativa (abstenção) por parte do Estado (ex.: no direito à saúde, o Estado deve prestar o serviço de saúde, bem como deve abster-se de prejudicar a saúde dos indivíduos). Assim, ao analisarmos os direitos

prestacionais sociais é relevante termos em mente o limite da “reserva do possível”, o qual será tratado de forma mais detalhada abaixo.

4.2 Análise crítica quanto ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais

Importante nessa seara é apontar e analisar diversas posições doutrinárias, as quais, de alguma maneira, acabam por se complementar.

Inicialmente, voltamos a destacar o pensamento de Robert Alexy, segundo o qual deve existir uma ponderação de princípios.

Robert Alexy distingue o mínimo existencial ou direitos mínimos jusfundamentais sociais e os direitos fundamentais sociais, que serão ponderados dentro de uma escala de estrutura de normas que vai de 1 a 8, na qual o maior grau de vinculação (1) é entendido como possibilidade de controle jurisdicional, se aplica ao direito subjetivo ao mínimo existencial e o maior grau de discricionariedade (8) corresponde à impossibilidade de controle judicial, aos direitos objetivos *prima facie*, ou seja, aos princípios relativos aos direitos fundamentais sociais, os quais são comandos de otimização.

Assim, mesmo sem estabelecer quais seriam os direitos sociais do indivíduo, estabelece alguns parâmetros genéricos, os quais permitem o reconhecimento de direitos originários a prestações desde que sejam verificadas as seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes, bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta.

Segundo Robert Alexy tais condições são verificadas, sobretudo, com relação aos direitos sociais que garantem um padrão mínimo, como ocorre com o direito às condições mínimas de existência, direito à educação, moradia e saúde. De acordo com o caso concreto deverá haver a ponderação entre os direitos envolvidos até se chegar a uma decisão final.

Segundo o mesmo autor, a ponderação entre valores em conflito, no sentido de que a garantia de um padrão mínimo em segurança social, não pode afetar outros princípios constitucionais também relevantes.

Assim, um direito originário a prestações sociais apenas pode ser reconhecido por meio de uma ponderação de valores e bens, já que uma colisão com os direitos de defesa ou com outros princípios e valores se revela incontornável. Portanto, apenas quando a garantia de um padrão mínimo em direitos sociais for prioritária, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social, tendo como consequência a restrição proporcional de outros bens jurídicos.

Já com relação ao pensamento de Ingo Sarlet, o autor preocupa-se com o limite da obrigação dos poderes públicos no que se refere à realização da justiça social, ou seja, o *quantum* em prestações sociais que pode ser reclamado judicialmente pelos particulares.

Para Sarlet, assume especial relevo a íntima vinculação de vários direitos subjetivos com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se manifesta principalmente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, direito à saúde, embora esses direitos não esgotem o assim chamado mínimo existencial. Ingo ressalta ainda que se ao Estado é vedada a possibilidade de tirar a vida (ex.: proibição da pena de morte), também se impõe a ele o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental ou não).

Por outro lado, importante ainda ressaltar que para Rawls o mínimo vital aparece simultaneamente com a consideração do máximo de prestações estatais que podem ser garantidas previamente no contrato social.

Assim, a doutrina dominante entende que, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.

Ana Paula Barcellos, nesse sentido, aponta a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça como constituindo os quatro direitos básicos ligados ao mínimo existencial¹⁵⁷.

O Professor Ricardo Lobo Torres enfatiza que o conceito mínimo existencial exhibe o *status positivus libertatis*. De fato, a sua proteção positiva se realiza de diversas maneiras. Em primeiro lugar pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, como ocorre na prestação jurisdicional, educação primária, saúde pública etc.; por meio das subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas e privadas; e por fim pela entrega de bens públicos (roupa, remédios, alimentos etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite etc.), independentemente de qualquer pagamento¹⁵⁸.

Tal pensamento parte da compreensão segundo a qual, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade. Daí resulta que está entre as prerrogativas do Judiciário realizar a concretização dessa esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das políticas públicas implementadas pelo Executivo e Legislativo. Portanto, mesmo que a norma não possua todos os elementos formais para a atribuição de sua plena eficácia, como ocorre, por exemplo, com o direito à saúde, segundo José Afonso da Silva, e, independentemente da aferição de disponibilidade orçamentária, cabe ao Judiciário, dentro dos limites do mínimo existencial, concretizá-la. Quando isso ocorre, parte da doutrina defende que o Poder Judiciário estaria atuando justamente no sentido da promoção das condições da democracia.

Ingo, mesmo não elaborando um elenco de prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna necessariamente compõe o mínimo existencial, defende que o próprio princípio da dignidade da pessoa humana assume a função de estabelecer a fronteira para o que chamamos de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.

O modelo ponderativo de Robert Alexy, ademais, nos remeteria para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto.

¹⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 264.

Assim, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo a prestações, admitindo-se quando tal mínimo é ultrapassado tão-somente um direito subjetivo *prima facie*.

Com isso, Ingo Sarlet, admite que mesmo no campo da garantia do mínimo existencial há espaço para alguma ponderação, reclamando uma exegese fundada pela realidade do mundo circundante.

Contudo, nem a previsão de direitos sociais na constituição ou na esfera infraconstitucional, nem na dependência exclusiva dos órgãos judiciais não fornecem o suficiente instrumental para a sua concretização.

Desta forma, deve haver o direito ao desenvolvimento econômico e social e, por conseguinte, um planejamento das atividades estatais, como também a necessidade de procedimentos adequados e eficientes para um planejamento seguido de efetivos resultados, bem como tornam-se imprescindíveis mecanismos de controle variados (sociais, políticos e jurídico – jurisdicionais) e acima de tudo sua implementação.

Aqui surge a problemática referente ao *custo dos direitos*, a qual está diretamente ligada à maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. De fato, cada vez mais se impõe uma deliberação responsável quanto à destinação de recursos, o que leva à necessidade de aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como da própria administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação legislativa, seja na esfera administrativa. Além disso, cresce a necessidade de que o Poder Judiciário não apenas deve zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Cumprir destacar que os princípios da moralidade e da eficiência, os quais guiam a atuação da Administração Pública, assumem um papel de destaque, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

Nesse contexto, dada a íntima relação com a reserva do possível, também consta da obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Assim, por meio da reserva do possível, cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de

recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Assim, além da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica da disposição, ou seja, à capacidade jurídica, ao poder de dispor.

A reserva do possível, portanto, engloba a possibilidade e o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Com isso, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, pois abrange a disponibilidade fática dos recursos; a disponibilidade jurídica dos recursos, a qual está intimamente ligada à distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação.

A reserva do possível é ao mesmo tempo limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também garantia deles, como, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se invocar a indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Contudo, segundo Gomes Canotilho, ao legislador compete, de acordo com as reservas orçamentárias, planos econômicos e financeiros das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações sociais.

Também aqui assume relevo o princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais, incidindo na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos públicos. Isso quer dizer que, os responsáveis pela proteção e implementação dos direitos fundamentais deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade), mas também não poderão promover algum direito e desguarnecer outro.

Outra possibilidade refere-se ao controle judicial das opções orçamentárias e da legislação sobre gastos públicos, posto que com isso se poderão minimizar os efeitos da reserva do possível.

O que importa é a constituição e, portanto, aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do constituinte, limitando-se, assim, a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade da Administração Pública.

Por fim, novamente mencionando o pensamento de Ingo Sarlet, podemos afirmar que os direitos fundamentais (em especial os direitos sociais) não constituem mera liberalidade, mas sua desconsideração e ausência de implementação ferem os valores da vida e da dignidade da pessoa humana, os quais são elementares, e isso conduz, tal como adverte Paulo Bonavides, a uma transformação de muitos Estados Democráticos de Direito em Estados Neocoloniais.

O que ocorre é que, no Brasil, nas últimas décadas, houve a desinterpretação dos mínimos sociais e da necessidade de maximização dos direitos sociais, com o emburilhamento das garantias que os cercam.

Desta maneira, o que podemos concluir com relação a esse tópico é que apenas quando houver uma discriminação arbitrária e desproporcional ela pode, constituindo uma efetiva ofensa ao princípio da igualdade, ser tida como fundamento para um direito subjetivo derivado à prestação.

A controvérsia quanto ao limite no qual a reserva do possível pode obstaculizar o reconhecimento de um direito subjetivo derivado a prestações, conforme já mencionado anteriormente, pode ser totalmente superada se tivermos em mente que os direitos prestacionais sociais devem alcançar o seu objeto, isto é, seu conteúdo, por meio de mecanismos jurídicos, sem que, para tanto, seja ofendido o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, fica evidente que os direitos sociais estão diretamente relacionados com a necessidade da preservação da própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (ex.: direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elevados padrões de dignidade.

Conforme destaca Luís Roberto Barroso, em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou o centro axiológico da concepção de

Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais¹⁵⁹.

Nesse mesmo sentido, dando prosseguimento ao pensamento do mesmo autor, o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Partindo da premissa de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que, no caso do princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo seria o mínimo existencial, o qual inclui os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça. A própria jurisprudência dos tribunais superiores sustenta que a dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos do Estado democrático de direito e, dessa forma, tem o papel de também iluminar a interpretação da lei ordinária.

Aqui é importante lembrar novamente que o princípio da dignidade humana foi considerado como princípio fundamental da ordem constitucional (art. 1º, § 3º, CF) e finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF) e que, portanto, deve ser respeitado em toda e qualquer situação, incluindo os casos que envolvam direitos sociais.

4.3 A efetividade dos direitos fundamentais sociais

Quanto a esse tema, inicialmente cumpre destacar que, diferentemente dos direitos de defesa, os direitos prestacionais possuem uma baixa densidade normativa (são absolutamente relativos).

Porém, como já mencionamos anteriormente, tais normas são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.

De acordo com Luís Roberto Barroso, existem algumas modalidades de eficácia, entre elas: (i) eficácia jurídica positiva e simétrica – pela qual é reconhecido àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*.

seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos. Isso quer dizer que, caso os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorram, a eficácia positiva ou simétrica assegura ao interessado a possibilidade de exigí-los, na via judicial se necessário; (ii) eficácia interpretativa – consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, entre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente; (iii) eficácia negativa – autoriza sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pelos princípios. Para tanto, é preciso saber que efeitos são esses. Isso ocorre por meio da identificação de um núcleo essencial presente em todos os princípios fundamentais, a partir do qual os efeitos pretendidos pelos princípios poderão ser relativamente determinados; (iv) eficácia vedativa do retrocesso – essa eficácia propõe que se possa exigir do Judiciário a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

Assim, nesse sentido, quanto à efetividade dos direitos fundamentais, a doutrina majoritária destaca:

a) acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma de direito constitucional;

b) contêm imposições que vinculam o legislador, obrigando este a concretizar as normas de direitos fundamentais, dentro dos parâmetros por elas estabelecidos. Nessa seara, inclusive, temos a previsão do controle de constitucionalidade, a declaração da inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, como instrumentos capazes de viabilizar a efetivação dos direitos consagrados em normas, no caso concreto;

c) impõem a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso sejam colidentes aos princípios e regras contidos nas normas que o consagram;

d) são parâmetros para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, pois possuem princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade estatal;

e) os direitos fundamentais a prestações geram uma posição jurídico-subjetiva e não um direito subjetivo individual a uma prestação;

f) proibem retrocesso dos direitos já concretizados, ou seja, o legislador está impedido de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas.

Nessa seara, focaremos nosso estudo quanto à problemática com relação à efetividade do direito social à saúde, o qual é extremamente importante quando pensamos na garantia de uma existência digna.

CAPÍTULO V O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

5.1 Breve histórico

A trajetória da saúde pública no Brasil iniciou-se ainda no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. Somente entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial.

Apesar dos abusos cometidos, o modelo “campanhista” obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro.

Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 30, houve a estruturação básica do sistema público de saúde, que passou a realizar também ações curativas. Foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, bem como os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência.

Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo

trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.

No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.

Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do “movimento sanitarista” foi a Assembléia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 196 que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, além de instituir o “*acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. Assim, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.

5.2 A Saúde como um Direito Fundamental Social

Importante também analisarmos o significado de saúde.

Assim, o primeiro conceito de saúde provavelmente foi externado pelos pensadores da Grécia Antiga, através do qual já dizia o brocardo *Mens Sana In Corpore Sano*, que pode-se dizer que foi um marco da definição de saúde. Entretanto, o termo saúde designa pensamentos diversos, pois de um lado existe o entendimento de que a saúde relacionava-se com o meio ambiente e as condições de vida dos homens; e do outro lado, há o conceito de saúde como ausência de doenças.

A partir do século XX com surgimento da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, a saúde foi definida como o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como, reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual for sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou

política. Diante disto, pode-se dizer que a saúde é uma incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e vários componentes.

Contudo, a conceituação de saúde dada pela OMS sofreu várias críticas, haja vista que as verbas públicas podem muitas vezes não serem suficientes para a efetivação de um completo bem-estar físico, mental e social. Assim, preconiza Kraunt acerca do conceito de saúde externado pela OMS, que a aplicação desse conceito reconhece limites culturais, sociais e econômicos.

Por outro lado, a definição de saúde está vinculada diretamente à sua promoção e qualidade de vida. Isso posto, é coerente descrever a definição de Bolzan de Moraes:

O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando a construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios¹⁶⁰.

Logo, a partir da definição de saúde, poder-se-á externar a afirmativa de que a saúde correlacionada com o direito designa um direito social, ou seja, o direito à saúde.

Segundo a moderna doutrina jurídica, existem vários direitos afins com o direito à saúde. Dessa forma, na legislação infraconstitucional, a Lei n° 8.080/90, que trata do assunto, no seu art. 3º, *caput*, já faz menção que a saúde possui características determinantes correlacionadas com a educação, a moradia, o trabalho, o saneamento básico, a renda, o meio ambiente, o transporte, o lazer e o acesso a serviços essenciais.

Por se externar uma Carta eminentemente social, nossa Constituição Federal de 1988, no seu art. 6º, reconhece a saúde como um direito social. Partindo deste pressuposto, o direito à saúde passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantir a efetividade da saúde, sob pena desse direito ser considerado ineficaz.

De acordo com o já explanado anteriormente, o direito à saúde representa um direito fundamental tendo, inclusive, a Lei Orgânica da Saúde (Lei n° 8.080/90), no disposto do art. 2º, assegurado que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover de condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

¹⁶⁰ MORAES, J.I. Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Por outro lado, o art. 196 da CF/88 que trata a saúde como um direito de todos e dever do Estado, não pode ser interpretado como uma norma programática, e conseqüentemente, de eficácia limitada, posto que a saúde para efeitos de aplicação do art. 196 deve ser conceituada, segundo o expoente Professor Schwartz como:

Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar¹⁶¹.

Portanto, o direito à saúde perante os dispositivos de nossa Carta Magna de 1988, deve ser entendido como um direito social fundamental, que na sua essência deve ser buscado na maior otimização possível, haja vista que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana em consonância com a justiça social a ser alcançada, externam o direito à saúde como um verdadeiro direito público subjetivo com toda sua fundamentalidade, tendo ainda aplicabilidade imediata e eficácia plena.

Isto posto, é mister designar que quando o cidadão não apresentar condições pecuniárias para fruir de sua saúde e da de sua família, ocorrer-se-á uma relação jurídica, pela qual serão criadas obrigações entre o Estado (devedor) e o cidadão (credor) no que tange seu direito à saúde.

Isto porque, como já dito antes, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 é claro ao estabelecer que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Assim, o dever do Estado é pressuposto basilar na efetivação da saúde, uma vez que vivemos em um Estado Democrático de Direito.

Quando se fala em um Estado Democrático de Direito, se fala em superar desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social, a qual está ligada à qualidade de vida. Logo, a saúde é um apêndice da qualidade de vida, escopo de todo cidadão.

Diante disso, o Estado Democrático de Direito está em evidente conexão com o direito à saúde, visto que a nossa Lei Maior de 1988 o encerra como um direito fundamental social,

¹⁶¹ SCHWARTZ, G. A. D. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ou seja, um direito inerente ao ser humano, no sentido de o Estado (devedor) realizar a efetivação do direito à saúde para com o cidadão (credor), ao qual, este direito lhe é pertinente.

A nossa Carta Magna, através do art. 6º, bem como do art. 196, impõe ao Estado o dever de atuar na efetivação e aplicação da saúde, seja esta preventiva ou curativa.

Devido a saúde ser um dever do Estado, este tem a obrigação de estabelecer as ações e serviços públicos de saúde, uma vez que para a efetivação e concretização da saúde, o art. 198 da CF/88 estabelece que estas ações e serviços públicos concernentes à saúde, sejam designados, através de uma ação integrada, em um sistema único, de forma regionalizada e hierarquizada.

Nesta óptica, a promoção da saúde é um dever do Estado, e este dever do Estado para com a saúde externar-se-á através de um sistema único. Este sistema único é realizado através da Lei infraconstitucional 8.080/90, que estabelece o SUS – Sistema Único de Saúde. Assim, a Administração Pública está diretamente ligada a promoção e efetivação do direito à saúde, pois o art. 4º da lei infraconstitucional (Lei 8.080/90) é claro ao estabelecer que as ações e serviços de saúde serão prestados por todas as instituições públicas federais, estaduais e municipais do Poder Público, que da mesma forma constituem o SUS.

Outra característica inerente ao dever do Estado no que tange a saúde é a sua gratuidade, pois o Estado é obrigado a promover a saúde para os cidadãos de forma gratuita, haja vista que, quando investe recursos públicos no sistema de saúde, não visa explorar economicamente essa atividade, mas visa prestar um serviço público básico ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Importante ainda destacar que o direito à saúde é um direito público subjetivo, e isto constitui também um dever do Estado.

Assim sendo, o direito à saúde é reconhecidamente um direito originário a prestações, haja vista a sua característica de direito público subjetivo, o qual exprime prestações materiais para a proteção da qualidade de vida.

Por derradeiro, a não atuação do Estado para com o direito à saúde, importar-se-á numa eventual ação judicial e/ou administrativa quando o Estado não desempenhar o seu dever de promover e garantir a saúde.

Tanto por força da Constituição Federal, quanto pela Lei 8.080/90, é reconhecido o dever do Estado para com o direito à saúde, uma vez que, o cidadão, por intermédio do direito público subjetivo, está legitimado ao exercício das prerrogativas estabelecidas na legislação correlata, tanto na instância administrativa como na instância judicial.

O dever do Estado no que tange o direito à saúde é impreterivelmente o pólo passivo da relação com o cidadão possuidor de direitos e, diante disto, o Estado tem a obrigação de efetivar o direito à saúde, seja através da prevenção ou recuperação da mesma.

5.3 As Políticas Sociais e Econômicas

Para a efetivação do direito à saúde, é mister que o Estado designe uma sistemática para tal, e, isto posto, esta efetivação dar-se-á mediante políticas sociais e econômicas.

Assim sendo, recorremo-nos mais uma vez ao art. 196 da Carta Magna de 1988, que de inovador que foi, colocou o direito à saúde como um dever do Estado, e esse dever do Estado dar-se-á através da intervenção do mesmo na consecução do direito à saúde, sempre com ações positivas em prol da saúde e nunca pela sua inação.

Isto posto, essas ações positivas estatais são concretizadas mediante políticas sociais e econômicas, dever constitucionalmente imposto pela Constituição e Legislação correlata.

Isto porque, o direito à saúde é um direito fundamental social e para que a saúde realmente faça parte da qualidade de vida do cidadão e da dignidade humana, é necessário que o Estado atue no sentido de dar maior otimização para o direito sanitário.

Ao analisarmos o art. 196 da Lei Maior, este externa que as políticas sociais e econômicas tem como escopo a redução do risco de doenças e de outros agravos. Assim, isto delinea uma atuação estatal no sentido de prevenção, haja vista que a redução de doenças

dar-se-á através da saúde preventiva, além de terem como objetivo a redução de outros agravos.

As políticas sociais e econômicas devem também exprimir um acesso igualitário e universal para qualquer ser humano, independente de raça, credo, cor e religião. Assim, todo e qualquer cidadão, inclusive o estrangeiro, tem o direito à saúde, direito de ser atendido pelo Sistema Único de Saúde, justamente por ser um cidadão com direitos fundamentais inerentes à sua pessoa.

Por sua vez, o dever do Estado para com a saúde é realizar implementos e acessos significativos para que as pessoas tenham efetivamente o direito à saúde e, diante disto, o Estado também tem a imposição constitucional de promover a saúde, não somente curando e prevenindo doenças, mas também modificando o sistema social, através de uma construção mutante, que eleva cada vez mais a qualidade de vida, que está muito bem expressa nos direitos equivalentes do art. 3º da Lei nº 8.080/90.

De outra banda, o art. 197 da Constituição Federal, revela que as políticas sociais e econômicas, proferidas através de ações e serviços, devem ser de relevância pública.

O art. 197 da CF/88, ao expressar relevância pública às ações e serviços de saúde, vinculam o Poder Público na consecução do mesmo.

Assim, a conclusão que podemos chegar é de que a defesa da saúde é dever do Estado em todas as suas esferas (União, Estados-membros, e Municípios), eis que as ações e serviços para efetivação da saúde são de relevância pública, pois diante disto, o Poder Público está vinculado a promover as políticas sociais e econômicas para a consecução da saúde.

A competência para o direito sanitário, na sua efetivação, é do Estado como um todo, posto que a Constituição vigente não isentou qualquer esfera de poder político na obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. Sendo assim, é de responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por derradeiro, o art. 197 da Carta Constitucional de 1988 não exclui a participação de terceiros e também pessoas físicas ou jurídicas de direito privado na execução de ações e serviços para com a saúde.

Assim, as políticas sociais e econômicas, garantidas mediante ações e serviços de saúde, conforme versa o art. 198 da CF/88, serão realizadas através de uma rede hierarquizada e regionalizada, constituindo um sistema único, conforme os princípios de integralidade, igualdade e participação comunitária, que são vinculativos tanto aos serviços executados diretamente pela Administração Pública, como aqueles efetuados através de contratações, convênios, terceiros e particulares.

O art. 5º da Lei nº 8.080/90 trata dos objetivos e atribuições do SUS. Estes não deixam de serem formados por uma série de ações e serviços através de políticas sociais e econômicas, sempre com o escopo de alcançarem a efetivação da saúde como meio para uma qualidade de vida.

O art. 16 da Lei Orgânica da Saúde elenca de forma explícita as competências para a implementação de políticas, descentralizando as ações e serviços para as Unidades Federadas e para os Municípios, no caso, a esfera estadual e respectivamente municipal.

Da mesma forma, o art. 17 da Lei nº 8.080/90 promove a descentralização de ações e serviços para os Municípios. Por conseguinte, o art. 18 da mesma Lei trata de exprimir a forma de organização, planejamento e programação de como ocorrerá a execução de ações e serviços do Sistema Único de Saúde.

Isto posto, a municipalização da saúde externa um claro liame com a descentralização, conforme o art. 198, I, da CF/88. Os municípios passam a ter mais destaque com a descentralização da saúde, posto que, evidencia, antes de tudo, as necessidades locais, buscando melhorar a efetividade e execução do direito à saúde a partir da realidade local, designando, desta maneira, maior democratização na busca da dignidade humana e da qualidade de vida.

Concluindo, do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, complementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente complementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). No que tange ao aspecto administrativo (ou seja, à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição

atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Contudo, como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas. A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a *“formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”* (art. 6º, VI).

A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX).

Assim, a Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS, no que tange ao Ministério da Saúde representado pelo Ministro da Saúde, atribuiu a competência de *“prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”* (art. 16, XIII), devendo *“promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal”* (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, através do Secretário de Saúde do Estado, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes

prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, por meio da Secretaria Municipal de Saúde, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).

Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema.

Há que se ater ainda para a participação da comunidade no controle e fiscalização na área da saúde, conforme disposto no art. 198, III, da Constituição Federal. Esta participação é feita por meio da Conferência e do Conselho de Saúde, regulamentados pela Lei 8.142/90.

5.4 O problema da efetividade do direito à saúde e as possíveis alternativas para sua efetivação.

Existem várias garantias no que tange ao direito à saúde, contudo, se estas garantias fossem hipoteticamente efetivadas, o problema da efetivação do direito à saúde estaria sanado.

Dentre uma série de outros casos, ocorre um flagrante desrespeito à nossa Carta Magna de 1988, especialmente ao art. 196, devido a sua não aplicação. Ora, se o direito à saúde é um direito de todos e dever do Estado, externado como um direito social, público e subjetivo, qual seria a razão da violação deste direito constitucionalmente garantido e inerente a todo cidadão?

O fato é que o Estado deve atuar positivamente na consecução de políticas que visem a efetivação do direito à saúde, no entanto, há uma gama de barreiras burocráticas, econômicas e políticas que atrapalham a efetiva aplicação do direito à saúde.

Importante frisar que referido direito não garante que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, terá um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado. Os princípios da proporcionalidade e da igualdade é que estabelecerão se determinado indivíduo poderá usufruir de um direito específico.

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres afirma que a saúde preventiva (art. 196 da CF) acabou sendo confundida com a saúde curativa (direito social definido no art. 6º), criando-se um sistema único de saúde que seria universal e gratuito, mas que acabou por transferir para terceiros a responsabilidade do seu financiamento e por empurrar para os planos privados de assistência a classe média, tornando-se utópico e ineficaz. Segundo o mesmo autor, as prestações de medicina curativa, compreendidas no âmbito dos direitos sociais, devem ser analisadas a partir dos critérios elaborados pela teoria da justiça. Dependem de escolhas orçamentárias, sempre difíceis num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns. As conseqüências práticas consistem no aparecimento das acusações de que médicos e hospitais públicos exigem pagamento ilegal, no afastamento da classe média do sistema público em direção ao seguro privado e na constatação de que os serviços médicos apoiados em técnicas mais refinadas, como transplantes, se tornaram seletivos em função da riqueza do usuário.

O autor não defende a extinção da universalidade do atendimento, mas a sua adequação ao sistema realista em que se mesclam as contribuições dos usuários, excluídos os pobres, e os aportes orçamentários financiados pela receita dos impostos.

Nessa seara, cumpre ainda mencionar que quanto ao fornecimento de medicamentos pelo poder público, a própria legislação já exige prova prévia da carência socioeconômica do cidadão (ex.: Lei 9.908, de 16/06/1993, do Rio Grande do Sul).

Por outro lado, através de alguns dados do relatório "A Saúde no Brasil", ao qual foi divulgado na publicação quadrienal "La Salud en Las Americas", edição de 1998, preparado pela Organização Pan-Americana de Saúde / Organização Mundial de Saúde, compondo o capítulo "Brasil", é possível constatar uma série de mazelas e descasos da não efetivação do direito à saúde no Brasil.

É notório que os recursos destinados à saúde são insuficientes para a sua demanda, e, além disso, o governo faz a opção de reajustar as contas públicas em detrimento aos gastos sociais.

Ademais, mesmo existindo vacinas e meios de controle, doenças e epidemias ainda proliferam no país, rebaixando ainda mais o nível de qualidade de vida e de saúde no Brasil.

Em virtude ainda do não esclarecimento por parte da população, devido aos problemas no sistema de educação com a falta de informação, tal fato ajuda para que não haja um desempenho regular da saúde brasileira. Um bom exemplo é a AIDS, pois muitas pessoas morrem e se contaminam por falta de informação adequada sobre o assunto, uma vez que os maiores índices de contaminação ocorrem nos cidadãos de baixa escolaridade.

Outra questão é a da subnutrição e da fome no Brasil, especialmente na região Nordeste, que revela um elevado índice de mortalidade infantil.

Poderíamos, aqui, ainda citar os mais variados índices de descasos com a saúde, como mortalidade infantil, poluição do meio ambiente, efetuação errada na coleta de lixo, falta de leitos hospitalares, falta de disponibilidade de remédios, baixo grau de recursos financeiros no investimento na área sanitária, o atendimento público da saúde, que mais parece um favor do que um direito do ser humano, gerando a não efetivação da saúde como um direito e, conseqüentemente, a má qualidade de vida e dignidade da pessoa humana.

Assim, procurando analisar as possíveis alternativas para a efetivação do direito à saúde, é importante destacar, novamente, a interpretação do art. 196 da Constituição Federal, que revela que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas.

As políticas sociais e econômicas exprimem a primeira forma de efetivação da saúde, visto que se as políticas impostas pelo Estado na área da saúde fossem suficientes para efetivação e conseqüente aplicação da prestação sanitária, desnecessário seriam outras organizações, atividades como função de reparar a inércia estatal para com a saúde.

Como a Constituição Federal externa o direito à saúde como um direito social, eivado de garantias, é necessário que o Estado tenha uma efetiva atuação na consecução da saúde, exprimindo a justiça social também na prestação sanitária.

De outro lado, o Poder Judiciário, em segundo plano, tem a função basilar de corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no campo sanitário, desde que provocado.

O Poder Judiciário atua posteriormente à não atuação estatal para com a saúde. Busca-se efetivar tal direito através do Poder Judiciário, uma vez que este tem condições, dentro dos próprios ditames da Constituição, de buscar soluções para garantir o direito à saúde. Primeiro, deve agir o Estado no cumprimento de seu papel, mediante as políticas sociais e econômicas para a efetivação e aplicação do referido direito. Em um segundo momento, o Poder Judiciário tem prerrogativa constitucional para a consecução do direito sanitário, devido à não atuação estatal.

O Ministério Público também tem a prerrogativa de zelar os interesses sociais e individuais indisponíveis. No que tange ao direito à saúde, encontramos previsão legal disposta nos arts. 127 e 129, II e III da CF/88, conferindo legitimidade para a tutela dos direitos difusos e coletivos. Além disso, o Ministério Público também é competente para cuidar dos serviços de relevância pública, no caso a saúde, conforme o art. 197 da Lei Fundamental.

A sociedade, através da participação popular, também pode agir e influenciar nos órgãos competentes, no sentido de tutelar seus interesses, pois a saúde é um problema cuja solução não se restringe a um único agente.

Diante disto, a sociedade pode assumir a tarefa de defesa e proteção da saúde utilizando-se dos meios processuais cabíveis, como a ação civil pública ou ações civis coletivas, ou, caso necessite, fazer uma representação formal ao órgão ministerial.

Por derradeiro, saúde é uma constante busca com o escopo primordial de realização da dignidade da pessoa humana, externando-se como uma necessidade básica no exercício da cidadania e da qualidade de vida. Vivemos em um Estado Democrático de Direito e a saúde, neste aspecto, funciona como pressuposto da vida, passando a ser necessidade primeira da democracia.

CAPÍTULO VI ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Não obstante encontrarmos diversos acórdãos versando sobre a garantia do direito à saúde, destacam-se os casos referentes ao fornecimento de medicamentos e tratamento médico, nos quais focaremos a nossa análise.

Como conceber políticas sociais e econômicas e ações e serviços públicos de saúde que possam prevenir os riscos de agravo à saúde e recuperar os cidadãos das doenças que os acometem sem ter em mente o acesso a medicamentos? Como se pautar pela garantia do atendimento integral sem assegurar o fornecimento dos medicamentos necessários?

A respeito da fundamentalidade do direito ao acesso aos medicamentos bem como sua relação com outros direitos humanos fundamentais, em especial com o direito à saúde, o professor Xavier Seuba ensina que:

Atualmente, há muitos instrumentos normativos e órgãos de implementação, tanto nacionais como internacionais, e já são muitos os tribunais e leis que têm protegido e garantido o acesso aos produtos farmacêuticos arguindo distintos direitos fundamentais, direitos tão distintos como o direito à vida, à liberdade de movimentos, o direito à saúde e o direito de participar do progresso científico e técnico. Entre os direitos argüidos para garantir o acesso a produtos farmacêuticos sobressai o direito à saúde, pelo qual se entende o direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental e que remete a uma série de obrigações estatais, tanto de caráter negativo como positivo.¹⁶²

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), os medicamentos constituem um tema complexo, que envolve muitos interesses – políticos, sanitários, sociais, entre outros. Por esta razão, a OMS recomenda que os países formulem e implementem uma política nacional de medicamentos (PNM), que deve promover a equidade e a sustentabilidade do setor farmacêutico, tendo como principais objetivos a promoção do acesso, da qualidade e do uso racional de medicamentos.

¹⁶² Acceso a Medicamentos como Derecho Humano. Impacto de las Disposiciones ADPIC-plus.

Importante ainda destacar o pensamento de Luís Roberto Barroso, o qual classifica o direito à saúde, integrante dos direitos sociais, como norma constitucional definidora de direitos. Estas normas, explica o autor, criam, para seus beneficiários, “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas”. Caso as prestações não sejam satisfeitas, pelo Estado ou por quem tenha o dever jurídico de realizá-las, tem-se a possibilidade de seus destinatários postularem seu cumprimento, inclusive por meio de uma ação judicial.¹⁶³ Tem-se configurado, desse modo, como ressalta Barroso, o direito subjetivo (público, no caso do direito à saúde aqui discutido), ou seja, o poder de ação, de exigir a satisfação de um determinado interesse.¹⁶⁴

Este autor, contudo, também pontua a fluidez de alguns artigos que abrigam estas espécies normativas (os direitos sociais), asseverando que a pronta verificação de seu cumprimento é complexa e, por vezes, se depara com limites de cunho econômico e político, lembrando, inclusive, da “reserva do possível”. Também faz referência à dicção ambígua no artigo 196 que, na parte inicial, faz referência ao *direito à saúde e ao dever do Estado*, mas em seguida tem redação programática, falando em *políticas sociais e econômicas* que não estão especificadas.¹⁶⁵

Lembrando que o comentado artigo e suas características produziram vasta jurisprudência, Barroso lança mão de julgado paradigma do Supremo Tribunal Federal,¹⁶⁶ que sistematizou a matéria junto à Corte excelsa do seguinte modo:

- a) O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar;
- b) O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional

¹⁶³ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 100-101.

¹⁶⁴ Segundo Luís Roberto Barroso, “singularizam o direito subjetivo, distinguindo-se de outras posições jurídicas, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de um titular um meio jurídico – que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado”. Acrescente-se que quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 99-100).

¹⁶⁵ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 105-106.

¹⁶⁶ AGRRE 271286-RS.

indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização administrativa federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional;

c) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental;

d) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.¹⁶⁷

Como destaca o referido autor, a decisão atribui vários rótulos ao direito à saúde: direito fundamental, norma programática, prerrogativa jurídica e preceito fundamental. Mas, mais importante, é a disposição em dar efetividade à norma, que se extrai da vasta jurisprudência que se tem produzido nesta matéria, superando pela via judicial as omissões do Poder Público, a custo de um ativismo judicial pouco visto na tradição brasileira, mas que, para o autor, veio em boa hora.¹⁶⁸

Cumprido mencionar que o Luís Roberto Barroso, em parecer desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, teceu algumas críticas ao que chamou de judicialização excessiva do fornecimento gratuito de medicamentos. Sua análise partiu de um cenário estadual específico considerando grande quantidade de decisões judiciais “que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, sejam porque destituídos de essencialidade – bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas”. E entre suas principais conclusões estão: (i) a restrição às ações individuais, que, segundo o autor, apenas deveriam ser bem-sucedidas quando pleiteando medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, embora ressalte a garantia constitucional de acesso à Justiça; (ii) a relevância do papel das ações coletivas, estas sim hábeis a questionar e solicitar a alteração das referidas listas, visto que, produzindo efeitos *ergas omnes*, possibilitariam o

¹⁶⁷ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 106-107.

¹⁶⁸ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 171.

melhor rearranjo da política, da realocação de recursos financeiros e a prevalência da igualdade e universalidade do atendimento da população; (iii) a exclusão de pedido de medicamentos experimentais e alternativos, o dever de opção por substâncias disponíveis no Brasil e o privilégio dos medicamentos genéricos; (iv) o sopesamento, por parte do Judiciário, de se tratar de medicamento indispensável para a manutenção de vida ou “apenas” capaz de melhorar a qualidade de vida, sem ser essencial para a sobrevivência, dando preferência aos primeiros.¹⁶⁹

Estas conclusões, contudo, bem como as considerações feitas ao longo do comentado parecer, não negam as características essenciais das normas constitucionais que asseguram o direito à saúde e, conseqüentemente, a sua eficácia e a posição privilegiada em que colocam o jurisdicionado.

A jurisprudência dos tribunais superiores tem-se pacificado em favor do direito à medicação. Contudo, o Excelso Pretório e o STJ divergem no que tange ao caráter vinculante do art. 196.

Assim, os acórdãos do Ministro Celso de Mello filiam-se à orientação de que o art. 196 da CF teria caráter programático, não podendo converter-se em promessa constitucional inconseqüente¹⁷⁰.

Porém, se a norma possui eficácia jurídico-positiva, não há por que o eminente ministro considerá-la de cunho programático.

A dificuldade encontrada por certos Ministros na caracterização desses dispositivos deve-se às limitações do próprio método exegético tradicional. Porém, mesmo não tendo o art. 196 da CF alta densidade, existe um núcleo jurídico-positivo que deve ser respeitado, ou seja, pode-se exigir que ao menos alguma atitude seja tomada diante de algum problema de saúde.

Assim, mesmo havendo lacunas, estas devem ser encaradas como secundárias e não devem criar obstáculo à realização do princípio deontológico que o texto legal expressa.

¹⁶⁹ *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Trabalho por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

¹⁷⁰ RE 273.834/RS, julg. em 23/08/2000. AGRG 271.286-8/RS, julg. em 02/08/2000.

Tal fato encontra-se expressamente disposto em algumas decisões, tais como a transcrita abaixo, a qual foi relatada pelo Ministro Celso de Mello:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento do seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [...] Precedentes.¹⁷¹

¹⁷¹ RE-AgR 393175/RS, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007, sem grifos no

Cumpra ainda analisar o posicionamento dos tribunais quanto à tese segundo a qual o art.196 abrangia tanto procedimentos preventivos quanto curativos.

Assim, a premência do tratamento deve ser garantida mesmo quando não há possibilidade de cura e a medicação só poderá prolongar a sobrevivida:

O maior fundamento para a concessão da ordem à recorrente é a própria doença grave, progressiva, irreversível e fatal, que a faz padecer.¹⁷²

Os julgados acerca do fornecimento de medicamentos também fazem alusão à desnecessidade de regulamentação para que leis definidoras de direitos prestacionais gerem seus efeitos. Neste sentido, o Agravo Regimental no AI nº 246.642/RS, do STF, abordando a eficácia da Lei 9.313/96, ressaltou que a inexistência da regulamentação não fazia “desaparecer o direito preconizado na lei em tela”, já que “não poderia previsão regulamentar restringir o âmbito de cobertura claramente posta na lei regulamentada”.

O postulado de máxima efetividade da legislação ordinária também transparece em alguns acórdãos em que o poder público ficava obrigado a fornecer medicamento, independentemente de o rol definido pela Secretaria Estadual de Saúde contemplá-lo ou não.

original. Neste caso, destacam-se os seguintes trechos do voto proferido pelo Ministro Celso de Meio: "Na realidade o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente de obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da carta política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (José Cretella Junior, *Comentários à Constituição de 1988*, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais - que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa . e lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito - como o direito à saúde - se qualifique como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional."

¹⁷² ROMS 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado.

Impossível limitar as necessidades e o avanço da Ciência Médica pela cega obediência à lista de medicamentos que serve, exclusivamente, para indicar os repasses da União para o Estado e para o Município.¹⁷³

Importante frisar que os acórdãos vêm demonstrando uma preocupação quanto aos três subprincípios decorrentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita.

A discussão acerca da adequação dos medicamentos pleiteados é uma constante nos julgados coligidos. Por exemplo, no Recurso Ordinário nº 11.183/PR, o Ministro José Delgado ocupa parte de seu voto com transcrições de pareceres contrários do Subcomitê de Padrões de Qualidade da Academia Americana de Neurologia e favoráveis da ABRELA – Associação Brasileira de Esclerose Lateral Amiotrófica quanto à eficácia do remédio Riluzol.

O subprincípio da necessidade também aparece numa série de acórdãos que tratam das condições econômicas dos requerentes.

A legislação gaúcha [...] representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.¹⁷⁴
3. MÉRITO. Criança acometida de doença fibrose cística. Necessidade de medicação e tratamento constantes. Impossibilidade de a família arcar com tais gastos. Necessidade comprovada.¹⁷⁵

Contudo, tanto a adequação quanto a necessidade apresentam como finalidade a própria manutenção da vida humana, dignidade da pessoa humana:

No tantas vezes citado Recurso Ordinário nº 11.183/PR, afirma-se que: “[...] apesar de haver outros direitos assegurados no art. 5º, caput, da CF/88 – direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade – há uma notória preponderância de valor a ser salvaguardado: o direito à vida.

[...]

CONCLUSÕES:

1ª) A vida é considerada o mais precioso dos bens e atributos do ser humano. Sem ela, os demais valores socialmente reconhecidos não têm o menor significado ou proveito.

[...]

Tendo em vista as particularidades de casos como o analisado, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que

¹⁷³ Proc. nº 97.001.067050-3, julg. em 12/01/2000, 3ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, Juiz Nagib Slaibi Filho.

¹⁷⁴ RE 267.612/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁷⁵ TJRS, Ap. Cív. 596.225.417, 7ª C. Cível, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres.

princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.”¹⁷⁶

Portanto, a fundamentalidade do direito à vida e à saúde é ressaltada em diversos acórdãos que tratam do fornecimento de medicamentos:

[...] o direito à medicação preceituada pelos atestados médicos [...] trata-se de garantia constitucional elementar e fundamental de qualquer ser humano que precisa, incontinenti, de uma resposta do Poder Judiciário para satisfazer uma pretensão que deveria ter sido atendida administrativamente.¹⁷⁷
O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.¹⁷⁸

Ademais, a falta de alocação de recursos orçamentários (reserva do possível jurídica) necessários à compra de medicamentos solicitados judicialmente não subsiste diante de prestação que integra o mínimo vital como é o caso. O Estado tem o dever de alocar recursos necessários para o cumprimento de prestações garantidas pela Constituição prioritariamente. Não o fazendo previamente, poderá promover as alterações necessárias no orçamento sem ofensa às normas constitucionais que dispõem sobre os princípios orçamentários e sobre os gastos públicos.

Eros Roberto Grau, ao ser questionado sobre o conflito e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da defesa pública (para o autor, inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões de Poder Judiciário nos termos da normatividade constitucional, o que se equipara à necessidade de observância das normas constitucionais sobre o orçamento, reserva do possível jurídica), diz não ter dúvida quanto à prevalência do primeiro em relação ao último. A sujeição da Administração às decisões judiciais consubstancia, segundo o autor, “axioma de direito público”. E completa:

Assim, ao princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, quando em confronto com o princípio da legalidade da despesa pública, há de ser atribuído peso maior – e isso há de ocorrer sistematicamente, quando esse confronto se estabeleça (não visualizo situação nenhuma em que o inverso pudesse vir a ocorrer) – do que o revestido por este último. O acatamento ao princípio da legalidade da

¹⁷⁶ O trecho em questão é exemplo típico do uso da argumentação ética a que se refere Philip Bobbitt em *Constitutional Fate – Theory of the Constitution*, pp. 93 e ss.

¹⁷⁷ ROMS 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado.

¹⁷⁸ RE 273.834/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

despesa pública mediante o sacrifício da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário resultaria inteiramente insustentável.

Daí a conclusão de que firmo: cumpre, no âmbito da situação de que estamos a cogitar – inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões do Poder Judiciário nos termos da normatividade constitucional – atribuímos peso mais elevado ao princípio da sujeição da Administração àquelas decisões, do que decorre, pois, não se aplicarem ao caso as regras veiculadas pelo art. 167, II, pelo art. 169 da Constituição de 1988 e pelo art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a eficácia dessas regras, em relação àquela situação é afastada.¹⁷⁹

Américo Bedê Freire Júnior pondera que, dependendo da urgência do caso concreto, o magistrado, evitando-se qualquer conflito com a falta de previsão orçamentária, pode determinar a inclusão no orçamento do ano seguinte da verba específica para atender à prestação por ele determinada em cumprimento das disposições constitucionais, citando como exemplo a construção de uma escola. Por outro lado, é o caso de um remédio, haverá a colisão entre as disposições constitucionais sobre o orçamento e aquelas atinentes ao direito à saúde, ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Nesses casos, ensina o autor:

[...] haverá a prevalência da decisão [referência à decisão judicial que determinou a compra de medicamento ou realização de cirurgia], pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta.

Ademais, quando há vontade política do Executivo e Legislativo, cotidianamente, vê-se a abertura de créditos extraordinários ou suplementares, do que se conclui que a reserva do possível jurídica somente é óbice para aquele que não quer se submeter à decisão judicial (Constituição).

A reserva do possível não pode ser, então, subjetiva de quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la, utilizando retórica e argumentos construídos para uma realidade completamente diferente da brasileira.¹⁸⁰

Não há como negar a insuficiência de recursos para dar conta de todas as necessidades da população. Nesse sentido, **a reserva do possível**, ou melhor, os alertas acerca da limitação dos recursos financeiros não são falaciosos. O que tem beirado ao falacioso é o uso que dela se tem feito, tornando a reserva do possível argumento praticamente impeditivo da atuação judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação do direito à saúde e dos direitos sociais em geral. E, quanto ao mínimo existencial, os cuidados ao alegá-la devem ser ainda maiores, até porque, em face de prestações básicas, a regra é a de que a

¹⁷⁹ Despesa Pública – Princípio da Legalidade – Decisão Judicial. *Boletim de Direito Administrativo*, fevereiro, 1994, p.101-102.

¹⁸⁰ *Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 76.

reserva do possível não pode subsistir. Os órgãos e agentes públicos têm o dever de maximizar os recursos e reduzir os impactos da reserva do possível.

Resta apenas o argumento da incapacidade (fática) do Estado de arcar com referida despesa que não pode ser simplesmente alagada totalmente desvinculada de qualquer comprovação. Mas será que no caso do Brasil é possível fazer e comprovar tal alegação? Ana Paula Barcellos bem indica que, fora os países em que os níveis de pobreza são extremos, onde não se vê mesmo capacidade contributiva, os Estados têm grande mobilidade no que se refere à capacidade de crédito e à possibilidade de aumento de receita. No Brasil, como se sabe, a capacidade contributiva não apenas existe como é bastante significativa.

Por sua vez, Américo Bedê Freire Júnior destaca:

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública.

Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal.¹⁸¹

Ainda que seja preciso compatibilizar a efetivação dos direitos, sobretudo dos direitos sociais, com a proclamada reserva do possível, isso não significa permissão para o não atuar do Estado. A imperatividade das normas constitucionais e dos direitos humanos fundamentais torna inaceitável que “em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade”.¹⁸²

Não se pode perder de vista que o direito à saúde e à vida assume posição prioritária, uma vez que, sem esta garantia, todas as outras perdem sentido. É neste contexto que a falta de recursos deve ser trabalhada pelos operadores do direito e não como limite fático à

¹⁸¹ Controle Judicial de Políticas Públicas, p. 74.

¹⁸² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*, p. 235.

preservação, manutenção e recuperação da saúde das pessoas. Não se trata de defender o acesso irrestrito a quaisquer medicamentos e de ignorar a existência de limites financeiros. Contudo, diante de pedidos pela vida e pela saúde, as objeções que se colocam ao acesso judicial aos medicamentos por meio do SUS podem ser superadas a partir de interpretação sistemática das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional que rege a organização e funcionamento do SUS.

Vale a pena mencionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que deu prioridade a tratamento médico necessário à saúde do jurisdicionado, corroborando a medida indicada por decisão anterior para obter os recursos hábeis a financiá-lo, nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461. § 5º, DO CPC.

1. O Tribunal *a quo* examinou e decidiu, fundamentada e suficientemente, os pontos suscitados pela parte recorrente, não havendo, assim, por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional.
2. A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados à garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado.
3. É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.
4. Recurso especial improvido.¹⁸³

Em seu voto, o Ministro Relator João Otávio de Noronha frisou que:

É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.

¹⁸³ RESP 832.317/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJU 08.11.2006.

Não apenas o Superior Tribunal de Justiça, mas também outros tribunais do país têm afirmado a prevalência do direito à saúde em face dos interesses econômicos e financeiros do Estado, declarando a desnecessidade do cumprimento de princípios e regras sobre o orçamento, quando necessário. Bem exemplifica o teor dessas decisões, a decisão que está abaixo ementada proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. UNIÃO FEDERAL. DEMAIS PRELIMINARES REJEITADAS. DIREITO INDIVIDUAL E SOCIAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SOBREPRINCÍPIO DA ORDEM CONSTITUCIONAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E NECESSIDADE DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE PATOLOGIA GRAVE. RISCO À SAÚDE E À VIDA. ARTIGOS 196 E SEGUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 8.080/90. PRECEDENTES:

1. [...]

4. A constituição de 1988, ao instituir o sistema único de saúde, erigiu à condição de princípio o atendimento integral (artigo 198, II), concretizando o compromisso pleno e eficaz do Estado com a promoção da saúde, em todos os seus aspectos, mediante a garantia de acesso a hospitais, tecnologias, tratamentos, equipamentos, terapias, e medicamentos, e o que mais necessário à tutela do direito fundamental.

5. A compreensão do direito, assim construído em consagração ao princípio da dignidade da pessoa humana, permite rejeitar os fundamentos de ordem econômica que, com frequência, são deduzidos pelo Poder Público. Neste sentido, cabe salientar que o que se tem como preponderante, acima do interesse econômico, orçamentário e administrativo do ente público onerado, foi, por opção inequívoca e legítima do constituinte, o direito individual e social à saúde, especialmente em relação aos economicamente hipossuficientes que para controle e tratamento de doença grave necessitam, como condição de sobrevivência com dignidade, de medicamentos especiais, de custo além de suas posses, e não fornecidos, voluntária e gratuitamente, pelo Poder Público.

6. Os princípios invocados pelo Poder Público, inseridos no plano da legalidade, discricionariedade e economicidade de ações e custos, mesmo como emanações do princípio da separação dos Poderes, não podem prevalecer sobre valores como vida, dignidade da pessoa humana, proteção e solidariedade social, bases e fundamentos de nossa civilização. Nem mesmo o requisito formal da licitação, cuja legislação conhece hipóteses de dispensa e inexigibilidade, pode impor-se em circunstâncias tão especiais, de perigo de vida ou à saúde, o que, por evidente, não autoriza que, com tal pretexto, sejam praticadas arbitrariedades, desvios de poder e de finalidade.

7. [...]

8. Precedentes. ¹⁸⁴

¹⁸⁴ AC 117761, 3ª Turma, Relator JUIZ CARLOS MUTA, DJU 23/05/2007, sem grifos no original. No mesmo sentido, é possível indicar outras decisões de outros Tribunais, como: TRF4, AC 200171050025414, 3ª Turma Relatora Sílvia Marina Gonçalves Goraieb, DJU 26/11/2003; TJ/RS, Agravo de Instrumento n. 70025467838, Terceira Câmara Cível, Relator Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 23/07/2008; TJ/SP, Apelação

Importante ainda destacar um caso que ficou muito conhecido e que tem servido de modelo para as manifestações do Ministro Celso de Mello, o qual esteve presente naquela ocasião, foi a ação ajuizada pela criança João Batista Gonçalves Cordeiro, representado por sua mãe, visando compelir o Estado de Santa Catarina a complementar o valor de transplante de células mioblásticas necessário para a cura da distrofia muscular de Duchene, doença degenerativa do tecido muscular.

Ajuizada ação cautelar inominada e deferida a liminar no final de 1996, foi o depósito bloqueado em função de despacho suspensivo da ordem, proferido no agravo interposto pelo Estado (AI nº 96.012721-6). O autor interpôs agravo regimental pedindo a repriminção dos efeitos da liminar. Porém, o Des. Nelson Schoefer Martins manteve a decisão acatada alegando que num país com sérias dificuldades econômicas não seria razoável conceder tratamento no exterior apenas para alguns beneficiados.

Chegando o caso ao STF, o referido Min. Celso de Mello alegou que diante de uma prerrogativa fundamental não teria como prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado. Ao final, pôde o menor custear seu tratamento no exterior.

É possível detectar que nos acórdãos há a presença do conceito de reserva do possível fática (efetiva existência de recursos financeiros) e reserva do possível jurídica (respeito à legalidade orçamentária), a qual é utilizada como argumento nos acórdãos aos direitos perseguidos.

Porém, encontramos alguns acórdãos que assentam a excepcionalidade da imposição de direitos prestacionais, aludindo à relevância jusfundamental e constitucional do direito reconhecido como, por exemplo, o citado abaixo proferido pelo STJ:

Questão subsiste, ainda, quanto à temática do bom Direito, cuja abordagem se afigura inevitável.

Trata-se do tanto que pertine ao microuniverso dos solicitantes – apenas uns poucos em um universo tão numeroso. Pode-se, sem dúvida, de um lado, cogitar da carência de recursos a resultar a estes um pretense privilégio assistencial, em detrimento de milhares de outros, igualmente carentes e portadores da mesma infestação. Ocorre, contudo, que subtrair ao solicitante o direito por ele pleiteado, que, como visto, é inegável e está assegurado na Constituição e nas leis, constituiria não só em negativa de vigência aos

textos, como, igualmente, em incompreensível aval para dificuldades decorrentes, o mais das vezes, de limitações de diversas ordens nas capacidades dos governos.

Por outro lado, não se pode olvidar que o Judiciário constitui Poder cuja ação se faz estritamente mediante provocação, descabendo, assim, inteiramente, invocar os não-exercentes como justificação, aparentemente tibia, para a negativa do direito dos pleiteantes.¹⁸⁵

Por outro lado, além da reserva do possível, um dos argumentos mais constantemente contrapostos aos direitos fundamentais é a discricionariedade do Poder Judiciário.

A discricionariedade do Poder Público ao eleger os medicamentos que integrarão suas listas – nacionais, estaduais e municipais, não tem o condão de atribuir-lhe liberdade total. A escolha dos medicamentos deve ser orientada por critérios específicos. A escolha dos medicamentos deve ser orientada por critérios específicos, a depender da espécie de medicamentos em apreço – essenciais, estratégicos, excepcionais. Esta escolha também deve seguir os passos dos Protocolos de Diretrizes e Consensos Terapêuticos, orientar-se pela total transparência, além de ser periodicamente revisada. Quanto mais atento e mais conhecedor das necessidades de saúde da população, mais feliz será o ente público na eleição daqueles integrantes de sua lista e mais perto estará do cumprimento de seu dever discricionário.

Ainda assim, sempre existirão as pessoas cujo tratamento de sua saúde não estará abrangido pelas escolhas públicas. E várias razões podem ser apontadas, como, a título de exemplo, a raridade da doença em questão, as peculiares características do avanço de determinada doença, ou ainda as especificadas de determinado problema de saúde no caso específico de um indivíduo.

A unidade e os princípios específicos do Sistema guardam perfeita correspondência harmônica com a Constituição Federal. Em termos gerenciais, certamente, a regulamentação específica cria as listas de medicamentos do SUS é de grande valia para o funcionamento da rede pública de saúde. Contudo, não pode sobrepor-se à lei e à Constituição de modo que dificulte ou impeça garantia de direito humano fundamental.

Assim, ainda que se tenha alguma margem de discricionariedade quando da seleção dos medicamentos integrantes das relações públicas, esta não tem o condão de vedar o

¹⁸⁵ RESP 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado.

fornecimento de quaisquer outros medicamentos, o que deverá ser feito mediante a análise dos casos concretos.

Muitas decisões judiciais vêm refletindo a esperada atuação do Poder Judiciário na exigência do cumprimento de direitos sociais e das políticas públicas a eles iminentes, não se intimidando com o tom por vezes intransponível dado à discricionariedade administrativa e à separação de poderes. Apenas para ilustrar, seguem trechos de duas ementas de acórdãos proferidos, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça, apreciando justamente o tema deste trabalho, e de apelação cível julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que determina à Anvisa o cumprimento de seu dever de política sanitária:

RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde. “O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo” (Ives Gandra Martins, in “Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso Especial provido. 331

ADMINISTRATIVO E MEIO AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROIBIÇÃO DO USO DE ORGANOFOSFORADO CLORPIRIFÓS EM FORMULAÇÕES DE DESINFETANTES DOMISSANITÁRIOS. CANCELAMENTO DOS REGISTROS DE PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESAS TITULARES. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. COMPROVADA TOXICIDADE DOS PRODUTOS ELABORADOS À BASE DE CLORPIRIFÓS. RECONHECIMENTO PARCIAL DO PEDIDO PELA ANVISA. RESOLUÇÃO RDC-ANVISA N. 226, DE 28 DE SETEMBRO DE 2004. ARTS. 6º E 7º DA LEI 6.370/76. TUTELA INIBITÓRIA. PREVENÇÃO DO DANO. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. REGULARIDADE DO PROCESSO DE REAVALIAÇÃO DO CLORPIRIFÓS EMPREENDIDO PELA ANVISA COM BASE NA RESOLUÇÃO RDC N. 135/2002.

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. FINALIDADE PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL.

331 REsp 353147 / DF, 2ª Turma. Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 18.08.2003, sem grifos no original. Exatamente no mesmo sentido tem-se: REsp 338373/PR, 2ª Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, DJ 24.03.2003.

[...]

- Importa, aqui, novamente recordar expressiva passagem do parecer MPF, a fls. 1.025-6, verbis: “31. Assim, não há falar em nulidade no procedimento levado a cabo pela Anvisa. 32. Cabe registrar, por derradeiro, que a sentença não adentrou indevidamente na seara da discricionariedade administrativa. 33. É que o Administrador Público, ainda quando atue com certo grau de liberdade no que respeita a conveniência e oportunidade de determinados atos administrativos, não poderá jamais afastar-se da finalidade pública, a qual estará sempre jungindo enquanto porta-voz dos interesses coletivos. Isso significa que a Administração, em qualquer nível de poder, ao fazer escolhas no campo da discricionariedade, deverá necessariamente se pautar pelo razoável e pelo eficiente, podendo-se falar, modernamente, que é mínima a margem de efetiva discricção, estando os atos administrativos sujeitos a uma sorte de liberdade vigiada, na feliz expressão de Rodolfo de Camargo Mancuso. Em síntese, o controle judicial será legítimo sempre e quando a Administração Pública se afastar dos parâmetros referidos, podendo, inclusive, ensejar a aplicação de sanções de natureza ressarcitória, administrativa e política. No caso, a sentença incitou a ANVISA a observar o seu dever legal e institucional de exercer o poder de política sanitária, velando pela segurança das relações de saúde. A proibição do uso de organofosforado clorpirifós em formulações de desinfetantes domissanitários e o cancelamento dos respectivos registros nada mais são do que consequências diretas do exercício das atribuições legais da agência reguladora, razão pela qual não há questionar o acerto da sentença monocrática proferida da ação civil pública. [...]¹⁸⁶

Outros acórdãos, porém, invocando o dever de boa administração e o princípio da moralidade aderem aos pedidos autorais, determinando a implementação da prestação estatal, tais como:

No mérito, o argumento básico do apelante é o de ter a sentença violado o princípio da independência entre os poderes, configurando uma ingerência ao Poder Judiciário na autonomia da Administração Municipal.

¹⁸⁶ AC 2004.71.00.020735-2, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 01/08/2006, sem grifos no original. No mesmo sentido, tratando de temas diversos e não só do direito à saúde, podemos ainda citar: Agravo de Instrumento 8014465300, TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Antonio Carlos Villen, data do julgamento: 28/07/2008; AC 2002.72.03.00824-7, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Vânia Hack de Almeida, julgado em 14/11/2005; AG 2007.04.00.000882-0, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 27/03/2007; AMS 2005.72.00.008340-2, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 08/08/2006; AC 2000.70.00.031763-0, TRF 4ª Região, 3ª Turma, Des. Rel. Vânia Hack de Almeida, julgado em 25/04/2005; AG 117267, TRF 2ª Região, 8ª Turma, Relator Poul Erik Drylund, DJU 23/01/2006; AC 362880, TRF 2ª Região, 7ª Turma, Relator Luiz Paulo S. A. Filho, DJU 30/11/2005; AgRg nos EDcl no RMS 17718 / AC, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 11/04/2006; REsp 647417/DF, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 09/11/2004; REsp 429.570/GO, STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 11/11/2003; e, RE 131661 / ES, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26/09/1995.

[...] é forçoso reconhecer que o Judiciário, quando atua no sentido de assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais, não interfere na autonomia municipal; apenas exerce o seu poder de controle da legalidade da atividade administrativa, eis que a ilegalidade pode decorrer não só da conduta comissiva como também da omissiva. Na verdade, o princípio da legalidade, ao qual está jungido a Administração Pública, não se restringe à simples justaposição formal da atividade administrativa com o texto literal da lei. Seu alcance é bem maior, posto que abarca a conformação formal e ideológica da atividade administrativa com a lei, tanto na sua forma comissiva como omissiva [...].¹⁸⁷

Outra questão que aparece em algumas decisões como justificativa para a não garantia do direito à saúde, é a que se relaciona com a separação de poderes.

Ocorre que, a separação dos poderes por si só não constitui uma objeção apta a impedir a atuação do Poder Judiciário, ainda mais no caso de fornecimento de medicamentos, que diz respeito à garantia da saúde e da vida. Ao contrário, a vida real dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do próprio Estudo Social depende da atuação dos juízes que não podem se colocar como reféns, e arrastar a população a esta condição, de normas infralegais que por vezes não refletem qualquer preocupação com os princípios e valores constitucionais.

Lenio Luiz Streck sustenta o relevante papel a ser desempenhado pelo Judiciário, ao afirmar que:

A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Quando clamo por um “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, como bem salienta Krell [Andréas J. Krell], ali “onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição de prestação dos serviços básicos.”¹⁸⁸

A separação dos poderes convive perfeitamente com a eficácia jurídica da dignidade humana, com o mínimo vital. Este núcleo existencial pode e deve ser objeto do mais amplo controle judicial. Cabe ao Judiciário não apenas impedir a violação de seus dispositivos, mas

¹⁸⁷ TJRJ, Conselho da Magistratura, Proc. nº 799/96, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, julg. em 03/08/1998.

¹⁸⁸ O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 203.

garantir que seus efeitos sejam produzidos e que as condutas necessárias para tanto sejam praticadas.

Também deve ser lembrado aqui que a Constituição Federal brasileira confere ao Supremo Tribunal Federal a sua guarda e que qualquer juiz, por meio do controle difuso de constitucionalidade, deve fazer valer a Constituição, independentemente de alegação da parte. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, fundada na garantia dos direitos fundamentais e na democracia substancial. E os direitos fundamentais não devem ser sacrificados em favor dos interesses da maioria.

Como se vê, a separação dos poderes não é fim de si mesmo, valendo relembrar que seu maior intuito, quando de seu surgimento, foi conferir efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista. A principal característica do movimento constitucionalista foi a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico. E, nessa linha, todos os direitos fundamentais, de todas as gerações, devem ser protegidos pela separação dos poderes, já que a indivisibilidade é uma característica dessa espécie de direitos. Parece mesmo um absurdo afirmar que a separação dos poderes poderia configurar entrave para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que esta interpretação aniquila a própria razão de ser da separação dos poderes.

O Judiciário, portanto, deve atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição, especialmente quando os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos preceitos fundamentais. Engrossa o chamamento do Judiciário ao seu novo papel a composição da Carta de 1988, formada por princípios e regras. Os princípios, como já se viu, exigem postura diferenciada do juiz, cuja atuação é também responsável por conferir-lhes densidade. A atividade judicante concretiza diretamente o conteúdo dos princípios constitucionais, sempre que necessário.

Outra característica encontrada facilmente em algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal é o registro da falta de condições financeiras daqueles que batem às portas do Judiciário para pleitear medicamentos. Segue abaixo decisão proferida em 2007, a qual dá conta dessa característica e também ressalta o aspecto da fundamentalidade do direito à saúde.

EMENTA: PACIENTE PORTADOR DE OSTEOMIELITE CRÔNICA. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À

VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, **A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES.** DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF. ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO:

[...]

Entendo não assistir razão à União, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que essa postulação – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta o ora recorrido (que é portador de osteomielite crônica) – impediria se aceita, **que o paciente, pessoa destituída de qualquer capacidade financeira**, merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. **Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, proteção à saúde**, representa fator, que, associado a - imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

[...]

Cumpra não perder de perspectiva que o **direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República**. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar - políticas sociais e econômicas **que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar**.

[...]

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das **comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -**, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

[...]

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento.¹⁸⁹

Das decisões consultadas, uma se destacou por destoar dos entendimentos dominantes no STF. A Ministra Ellen Gracie, então presidente da Suprema Corte, em Suspensão de

¹⁸⁹ Recurso Especial RE 557548 / MG, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 05/12/2007, sem grifos no original.

Tutela Antecipada n. 91, proferiu decisão parcialmente favorável ao Estado de Alagoas, que viu sua responsabilidade limitada aos medicamentos constantes de Portaria do Ministério da Saúde sobre medicamentos excepcionais, onde estavam aqueles destinados ao tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados, problema de saúde enfrentado no caso concreto. São os principais trechos da comentada decisão monocrática:

[...]

5. [...]. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir inviabilizar o sistema público de saúde. **No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "[...] e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]" (fl.26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.**

Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, **sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde nos termos do art. 198 da Constituição Federal.**

Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, "[...] a ação contempla = medicamentos que estão fora da Portaria n. 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió [...]" (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a "[...] execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução a medicamentos especificamente indicados na inicial, [...]" (fl. 11).

6. Ante o exposto, **defiro parcialmente o pedido** para suspensão da execução da antecipação de tutela, tão somente para **limitar a - responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde.** Comunique-se com urgência.

Publique-se.¹⁹⁰

Verifica-se que esta decisão, além de dissonante em relação à posição majoritária da Corte, também está na contramão do entendimento sustentado ao longo deste trabalho acerca

¹⁹⁰ DJ n. 43, 05/03/2007, sem grifos no original.

de alguns aspectos do direito à saúde. Um primeiro ponto é a prevalência da saúde coletiva em prejuízo do atendimento a situações individuais, ainda quando em risco a saúde e a vida de uma pessoa. Paulo Bonavides, acrescenta-se aqui, apontando as inovações constitucionais atribuídas aos direitos fundamentais, destaca a aquisição de um "duplo caráter", ou seja, "os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva - da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade - e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitiço, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha".¹⁹¹

Outro aspecto é a observância de repartição de competência entre os entes federativos de modo que restrinja a obrigação do Estado de Alagoas ao fornecimento apenas dos medicamentos excepcionais, visto que somente estes estariam sob sua alçada, desconsiderando a responsabilidade solidária instituída nos artigos 23 e 196 da Constituição Federal. E o terceiro ponto é a obediência à relação constante em determinada Portaria do Ministério da Justiça. Essas considerações, contudo, parecem merecer alguma relativização diante de uma peculiaridade pontuada com destaque pela Ministra Ellen Gracie: a abrangência do pedido em questão que, ao invés de especificar de qual medicamento se tratava, a quais deles o acesso se fazia necessário, abrange, além dos que relaciona, também *outros medicamentos necessários para o tratamento*. Essa infinidade do pedido acaba gerando situação de incerteza e pode ter sido importante fator a motivar as opções consignadas na decisão.

Maior peso ganha a relativização indicada diante de duas outras decisões que se seguiram, ambas em Suspensão de Segurança, também da lavra da Ministra Ellen Gracie. Essas decisões, ao contrário da anterior, vão ao encontro do posicionamento fixado pelo STF no que se refere ao direito à saúde e também ao entendimento aqui sustentado. Em uma delas, o Estado do Rio Grande Norte é obrigado a fornecer medicamento que não faz parte da portaria que traz o elenco dos excepcionais (Pentoxifilina 400mg e Ticlopidina 250mg para tratamento de doença vascular encefálica isquêmica), ressaltando a decisão, além da falta de condição financeira do paciente, o fato de se tratar de medicamento cuja versão genérica já havia sido registrada junto à Anvisa. Seguem os principais trechos:

¹⁹¹ *Curso de Direito Constitucional*, p. 588-589.

[...]

Embora os medicamentos Pentoxifilina 400mg e 250mg não constem da Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, extraído do sítio eletrônico da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA que os mesmos obtiveram registro de medicamento genérico (Resoluções RE de março de 2002, DOU 12.3.2002, e RE n. 745, de 3 2002, DOU 6.5.2002, respectivamente), tendo, pois, a sua qualidade, a sua segurança e o seu efeito terapêutico atestados pelo órgão competente. O próprio Ministério da Saúde reconhece que o ponto central da estratégia de uma Política de Medicamentos Essenciais é a adoção de uma Política de Medicamentos Genéricos, proposta que se encontra inserida entre as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (Portaria GM n. 3.916/98) e que passou a nortear todas as daquele ministério na área de medicamentos para o setor público.

[...]

Assim, diante da hipossuficiência econômica da impetrante, da necessidade de tratamento contínuo da doença acomete e da natureza e do custo dos fármacos em questão, entendo que a ausência do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente. Finalmente, ressalte-se que a discussão em relação à - competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.

Ante o exposto, indefiro o pedido.¹⁹²

Indo além, a outra decisão determina que o Estado do Amazonas importe o medicamento Diazóxido do Canadá, para tratar criança com "hiperinsulismo congênito", rara patologia causada com a liberação exarcebada de insulina pelas células beta do pâncreas. Novamente é destacada a falta de condições financeiras da família da criança e também o seu histórico de já ter tentado o tratamento com outros medicamentos, mas sem sucesso, apenas obtido com o uso do medicamento em questão:

Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde,

¹⁹² 88/3158, julgada em 21/05/2007, sem grifos no original.

assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.¹⁹³

Assim, diante de tudo o que foi exposto acima, podemos concluir que, diante da possibilidade da cura de uma doença ou mesmo melhora significativa das condições de vida de um indivíduo por meio do acesso a medicamentos, fazer prevalecer quaisquer supostos impedimentos significa estar cometendo verdadeira violência contra a pessoa doente que está sendo diretamente prejudicada em sua vida e integridade.

Isso significa que, como já dito anteriormente, o direito à saúde é um direito fundamental, estando diretamente relacionado com o direito à vida, o qual integra o núcleo mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o direito à saúde exige um grau máximo de concretude, impondo deveres ao Poder Público em realizá-lo e, diante de sua omissão, confere aos seus beneficiários a possibilidade de exigir o cumprimento das obrigações a ele inerentes através do Poder Judiciário.

Por outro lado, o magistrado, em sua tomada de decisão, deverá ter em mente o valor absoluto do ser humano, as disposições constitucionais e legais acerca da saúde, a gravidade do estado de saúde do indivíduo, o grau das limitações ou restrições ao gozo de uma existência digna, o que significa ir além da garantia apenas da sobrevivência, dentre outros aspectos, para que, de alguma maneira, seja garantido o direito à saúde.

¹⁹³ SS 3205, julgada em 31/05/2007, sem grifos no original.

VII CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde. O seu propósito não foi mais do que contribuir para o debate latente acerca da judicialização da saúde. Os valores, conceitos e dados da realidade envolvidos neste debate o tornam sobremaneira espinhoso, demandando revisão contínua das conclusões apresentadas.

De um lado, pontuou-se o arcabouço jurídico relativo à saúde e à dignidade da pessoa humana e a fundamentalidade jurídica e social das condições materiais que lhes dão concretude e, de outro, as principais objeções jurídicas e fáticas aos pedidos judiciais. A partir desse embasamento e considerando ainda alguns aspectos da realidade brasileira, procurou-se analisar a efetividade do direito à saúde, por meio do estudo de algumas decisões judiciais.

Nessa linha, destacam-se como considerações finais:

1. O princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente após o período do pós-positivismo, é considerado ao mesmo tempo como regra e princípio. Assim, atualmente, é considerado como conceito-chave do Direito Constitucional, sendo o motor do aperfeiçoamento de toda a ordem jurídica, especialmente no âmbito da interpretação e aplicação dos direitos humanos fundamentais, vinculando, portanto, todos os Poderes Públicos. A dignidade da pessoa humana apresenta um núcleo essencial, o qual se confunde com o mínimo vital ou existencial. Isso quer dizer que as prestações que integram seu núcleo essencial podem ser exigidas judicialmente.
2. O direito à saúde é direito social, direito humano fundamental de segunda geração, estando diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana. Assim, como o direito à saúde faz parte do rol dos direitos humanos fundamentais, têm o *status* constitucional e, por expressa determinação da Carta de 1988, apresenta aplicabilidade imediata.
3. As normas constitucionais recebem variadas classificações doutrinárias segundo o grau de sua eficácia jurídica. Normalmente, os direitos sociais figuram entre as chamadas normas programáticas. Porém, independentemente da classificação adotada, é possível notar que boa parte da doutrina considera o direito à saúde como

sendo parte do mínimo existencial e, portanto, núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Tratando-se de um conjunto de condições existenciais mínimas da população para a fruição de uma vida saudável, o mínimo existencial e as prestações por ele abrangidas atribuem ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, diante da omissão na sua garantia.

4. Não resta dúvida de que a definição mais exata do que comporia o mínimo vital relativo ao direito à saúde conferiria ao intérprete, ao aplicador do direito e ao administrador, maior segurança. Contudo, como ainda não existe tal definição, as peculiaridades de cada caso concreto é que indicarão se determinada prestação, relacionada aos direitos sociais, integra o mínimo existencial e deve ser garantida judicialmente. Será através da ponderação do caso concreto que o Judiciário poderá decidir sobre determinado pleito.

5. Quanto ao direito à saúde, é possível dizer que referido direito possui eficácia integral e imediata, posto que o artigo 196 é enfático ao dizer que a saúde além de ser direito de todos, é dever do Estado, bem como o artigo 198 dispõe que as ações e serviços de saúde constituem um Sistema Único voltado à garantia de atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo das assistenciais. Nesse sentido, o atendimento integral às necessidades de saúde das pessoas, onde se insere o fornecimento de medicamentos, é direito subjetivo, podendo ser exigido judicialmente.

6. Em matéria de saúde, os entes federativos concorrem no que se refere à competência legislativa e todos eles têm competência material (comum) para cuidar da saúde. Assim, o Estado tem o dever de alocar recursos necessários para o cumprimento de prestações garantidas pela Constituição prioritariamente. Portanto, não é possível falar em falta de recursos para a garantia do direito à saúde. Nessa esteira, deve ser comprovada a não só insuficiência de recursos, como também o não desperdício de recursos com atividades de menor importância, o que fica bastante difícil diante da realidade brasileira. Corrupção, fraudes, desvios e má gestão de verbas públicas, entre outros fatores, fazem com que vultosos recursos destinados à saúde não sejam utilizados para o tratamento de doenças. Será por meio da reserva do possível que essa questão orçamentária poderá ser resolvida, tendo sempre em mente que existe um direito maior envolvido e que deve ser garantido, que é o direito à saúde e o direito dos indivíduos em terem uma vida digna.

7. A separação de poderes não poderá ser alegada como forma de não ser garantido o direito à saúde. Isto porque, ela não é fim em si mesmo, tendo como razão de ser justamente a efetivação dos direitos humanos fundamentais. O Judiciário deve atuar na preservação da supremacia da Constituição, especialmente quando os Poderes Legislativo e Executivo se mostrarem incapazes de garantir um cumprimento racional dos preceitos fundamentais, sem que se caracterize ofensa à separação de poderes. A composição da Constituição Federal de 1988, formada por princípios e regras, exige postura diferenciada do juiz, cuja atuação é também responsável por conferir densidade aos princípios e aos dispositivos que abrigam os direitos fundamentais.

8. Mesmo o Judiciário tendo certo grau de discricionariedade ao decidir casos que envolvam a garantia de direitos sociais, incluindo o direito à saúde, tal fato também não poderá ser utilizado como forma de impedir que o indivíduo tenha sua vida e saúde preservadas, sob pena de ofensa ao interesse público, no caso, a garantia dos referidos direitos. Portanto, será através da razoabilidade e da ponderação que poderá ser proferida a melhor decisão para determinado caso concreto. De fato, em qualquer situação, deverá ser garantido o mínimo necessário para que a pessoa tenha uma vida digna e saudável.

9. Os direitos humanos fundamentais são compromissos fundamentais não só dos Poderes Públicos como também de toda a sociedade. Consignados na Constituição Federal e constituindo sistema de valores de onde se extrai, em última análise, a validade de todo ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, e a respectiva concretização dos mesmos, estão acima das decisões da maioria. Isso quer dizer que, mesmo decisão tomada pelos representantes da maioria não poderá subsistir se contrariar direito humano fundamental. Legislativo, Executivo e Judiciário devem agir para controlar e zelar pela realização de tais direitos, de modo que a eventual insuficiência do Legislativo e do Executivo pode ser analisada pelo Judiciário. Porém, este sempre estará limitado à Constituição e deverá se guiar pelo princípio da proporcionalidade.

10. Em sua tomada de decisão, o magistrado deverá ter em mente o valor absoluto do ser humano, as disposições constitucionais e legais acerca da saúde e, através do sopesamento de alguns aspectos relevantes (como, por exemplo, a gravidade do estado de saúde do indivíduo, o grau das limitações ou restrições ao gozo de uma existência digna e não apenas a uma sobrevivência, entre outros) poderá tomar a melhor decisão.

11. Para além da contraposição entre o direito à vida e à saúde de um lado, e o princípio da separação de poderes, a discricionariedade administrativa, os princípios orçamentários e a reserva do possível de outro, alguns colocam maior dramaticidade ao conflito afirmando tratar-se de escolha entre o direito à vida e saúde de uns *versus* o direito à vida e saúde de muitos. Ocorre que com essas medidas a balança não pode pender para nenhum lado, devendo ambos os direitos (saúde e vida) serem garantidos, sacrificando-se outros, não prioritários, se necessário. Estando em jogo a saúde, a medição proposta é inadmissível, sob pena de ignorarmos todo o arcabouço legal brasileiro que tem como vetor último a dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALCHOURRÓN, C., BULYGIN, E. *Normative Systems*. Nova York: Springer-Verlag/Viena, 1971.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.

ÁVILA, Humberto. Princípios e Regras e a Segurança Jurídica. *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro, nº 1, janeiro/março de 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

AZEVEDO, A.J. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 797, mar./2002, p. 11-26.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*, 2001.

_____. *A Nova interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: _____. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Icove, 1990.

_____. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Camus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico*. Rio de Janeiro: Camus, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: _____. *Temas de Direitos Fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

CARVALHO, G. I. de, SANTOS, L. *Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde (Lei 8.080/90 e Lei 8.142/90)*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, S. G. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Antonio José Brandão. Coimbra: Almedina, 1972.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARREL, M. Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. *Doxa*, n. 22, p. 121-128, 1998.

FASSÓ, G. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, N.; PASQUINO, G. (Eds.). *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, p. 655-660, 1986.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas. Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *The American Journal of Jurisprudence*, n. 46, p. 199-227, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Despesa Pública – Princípio da Legalidade – Decisão Judicial. *Boletim de Direito Administrativo*, fevereiro, 1994.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1972.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

KAHANE, H. *Logic and Contemporary Rhetoric: The Use of Reason in Everyday Life*. California: Wadsworth Publishing Company, 1971.

KANT, I. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRAUNT, J. A. *Los Derechos de los Pacientes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6ª reimpressão. 1988.

LOCKE, John. *Essays on the law of Nature*. Oxford-Clarendon: Leyden, 1954.

MACHADO NETO. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MARTINS, F.J.B. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2003.

MEIRA, Sílvio. *A Lei das XII Tábuas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Dos Direitos Fundamentais – Contribuição para uma Teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MORAES, J. L. Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*, 2004.

MORESO, N.; NAVARRO, P.; REDONDO, M. *Liçons de Filosofia del Dret*. Barcelona: Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, 2000.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – Alguns Aspectos de sua Evolução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. Tradução de Maria E. Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PEREZ, J.G. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, F. Implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos no âmbito intra-governamental e federativo. *Painel in the Workin Session: Implementatio through instraste levels of government, including federal, state/provincial and municipal jurisdictions*. Washington, USA: Inter-American Commission on Human Rights. 1º mar. 2003.

PLATÃO. *Apologia a Sócrates*. Coleção Mestres Pensadores. São Paulo: Escala, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 1996.

Relatório *A Saúde no Brasil – Publicação quadrienal La Salud em Lãs Américas – Capítulo Brasil*. Pan American Health Organization, 1998. Disponível na internet. <http://new.paho.org>.

ROCHA, J. C. de S. da. *Direito da Saúde. Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

ROSS, A. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

_____. *El Concepto de Validez y otros Ensayos*. México: Distribuciones Fontamara, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, 1973.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente*. Vol. I. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHWARTZ, G. A. D. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHINER, R. *Norm and Nature – The Movements of Legal Thought*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *O positivismo e o direito natural*, 1940.

STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Intenacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Renovar, 2005.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi Ibet, 2003.