

A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (E DA SAÚDE) NO VIÉS PROCEDIMENTALISTA

Isabela Rebouças Maia¹ e Frederico Magalhães Costa²

RESUMO: O presente artigo destina-se a compreender como a proteção à dignidade humana, em tempos de ativismo judicial, figura como requisito para a compreensão do Direito, do Estado e da Constituição na perspectiva procedimentalista. Para cumprir tal objetivo esboçaremos como o direito à saúde constitui-se como um direito fundamental que se presta à proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Em seguida procederemos à descrição das origens e significados da Dignidade da Pessoa Humana. A seguir destacaremos como a dimensão subjetiva e a sindicabilidade dos direitos fundamentais – promotores do ativismo judicial – se relacionam com a proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Por fim, destacaremos como a proteção da Dignidade da Pessoa Humana pela judicialização da saúde – fenômeno decorrente do ativismo judicial – figura como necessária à garantia da legitimidade do Estado Democrático de Direito e na perspectiva procedimentalista.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde; Dignidade da Pessoa Humana; Ativismo Judicial.

ABSTRACT: This article aims to understand how the protection of human dignity in times of judicial activism, figure as a prerequisite for understanding the law of the State Constitution and the proceduralist perspective. To fulfill this goal, we will outline how the right to health constitutes a fundamental right that lends itself to the protection of Human Dignity. Then proceed to the description of the origins and meanings of Human Dignity. The following will highlight how subjective dimension of fundamental rights and sindicabilidade - developers of judicial activism - relate to the protection of Human Dignity. Finally, we will highlight how the protection of Human Dignity by the legalization of health - resulting phenomenon of judicial activism - figure as necessary to ensure the legitimacy of the democratic state and the proceduralist perspective.

KEYWORDS: Right to Health, Human Dignity; Judicial Activism.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Salvador- Unifacs. Bolsista de Iniciação científica do Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento – CNPQ. Email: rm.isabela@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia –UFBa e pós-graduando em Direito Civil e do Consumidor pela Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito. Atualmente é professor de Obrigações II da UFBa. Email: fredcosta88@gmail.com

INTRODUÇÃO: DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A promulgação no Brasil da Constituição Federal, em 05 de Outubro de 1988, significou a consolidação da saúde como um direito fundamental (DALLARI, 2010, p. 68-69) a ser garantido de forma integral e universal pelo Estado brasileiro. Tratou-se de considerável inovação, pois nas Constituições anteriores não havia tais garantias³.

Até então, era impensável compreender a chancela da saúde enquanto “dever” do Estado e “direito” dos brasileiros (artigo 196 da CF 88). Porém, esta conquista não foi ao acaso. No aspecto da saúde, a Carta Maior constituiu-se como resultado das lutas empreendidas pelos movimentos sociais por mais de vinte anos, sobretudo, a partir da Reforma Sanitarista das décadas de 70 e 80 (DALLARI, 2010, p.55).

Sem dúvida, a proteção constitucional da saúde e a institucionalização do *dever* de o Estado de prestar serviços de assistência médico-farmacêutica aos brasileiros foram símbolos da universalização dos direitos inerentes à cidadania, desde a ampliação promovida na Era Vargas dos direitos trabalhistas que protegiam a saúde dos inscritos na previdência social. Com efeito, tratava-se de atender aos objetivos da Carta Cidadã, notadamente, reduzir as diferenças sociais, políticas, econômicas e culturais decorrentes das desigualdades históricas da sociedade brasileira.

Porém, esse objetivo só seria alcançado por meio da necessária implementação (mínima) dos *direitos fundamentais sociais*, figurando a efetividade desses – notadamente do direito à saúde – como condição essencial ao exercício dos demais direitos civis e políticos. Foi isto que restou plasmado no texto constitucional, notadamente nos artigos 1º, 3º, 5º, 6º, 23, e 196 da Constituição Federal de 1988.

Afinal, a saúde pugna por uma proteção imediata, sendo dotada de plena aplicabilidade e se constitui como um dos *direitos fundamentais sociais* (SARLET, 2009, 48)⁴, porquanto embora individual, caracteriza-se pela fruição de um direito igual perante a sociedade.

³ Excetua-se o fato de constar timidamente no inciso II do artigo 10 da Constituição de 1934 a competência para cuidar da saúde comum à União e aos Estados.

⁴ Ingo Sarlet afirma que “a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referidos) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos/e ou difusos de terceira dimensão” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48). Seria este o caso dos *direitos fundamentais sociais* a que faz referência Ricardo Lobo Torres. Na lição Torres, “os *direitos fundamentais sociais*, que também **compõem o quadro do mínimo existencial, são os direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade humana**, e que

Desta forma, inegável que a saúde fosse concebida como um direito fundamental cuja aplicabilidade é imediata, sobretudo, por força de sua extrema vinculação com a Dignidade da Pessoa Humana, figurando, como dito, como verdadeiro requisito para o exercício dos demais direitos fundamentais, do que se depreende a sua inevitável *fundamentalidade*.

Tendo isto por pressuposto, o presente *paper* pretende investigar como a proteção à Dignidade da Pessoa Humana, notadamente do direito fundamental à saúde, figura como elemento essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito no viés procedimentalista da Constituição.

Nesse sentido, esboçaremos como, no contexto do ativismo judicial, o direito à saúde (I) figura como um direito subjetivo, (II) fundamenta pretensões oponíveis ao Estado, e (III) se constitui como garantia ao exercício dos demais direitos civis e políticos dos cidadãos ao tutelar a cidadania no sentido de garantir a possibilidade de participação dos sujeitos no processo de legitimação do Estado.

Com vistas a compreender como o fenômeno da judicialização da saúde – ativismo judicial – tutela a proteção do direito à saúde, enquanto corolário da Dignidade da Pessoa Humana, o presente estudo propõe-se a desvelar (STEIN, 1990, p. 10-11)⁵ se, e em que medida, a sindicabilidade e a dimensão subjetiva deste direito fundamental figuram como efetivas garantias da legitimidade do Estado Democrático de Direito, respondendo às questões que seguem abaixo:

I) Quais as origens e os significados da Dignidade da Pessoa Humana?

II) O direito à saúde, enquanto corolário da Dignidade da Pessoa Humana, constitui-se como um direito subjetivo oponível contra o Estado?

III) Como o ativismo judicial, na perspectiva procedimentalista, protege a Dignidade da Pessoa Humana e o Estado Democrático de Direito?

se transformam em condições de liberdade [enquanto que] os *direitos sociais*, enumerados nos artigos 6º e 7º da CF e em inúmeros documentos internacionais, que não sejam tocados pelos interesses fundamentais, **permanecem como direitos não-fundamentais, estranhos ao campo do mínimo existencial**” (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais *In Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 315)

⁵ Trata-se aqui de desvelamento ínsito à hermenêutica filosófica, matriz teórica que fundamenta os pensamentos do autor. Para melhor compreensão: STEIN, Ernildo. *Seis ensaios sobre ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 10-11. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 5.ed. Petrópolis:Vozes, 2011 p. 202-214. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes. 2002, p. 231 e ss.

1. ORIGENS E SENTIDOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A idéia de Dignidade da Pessoa Humana tem suas origens históricas ligadas à religião, à filosofia e à política, mas adquire juridicidade e é alçado à condição de produzir efeitos jurídicos como uma locução que aproxima o Direito e a Ética, sobretudo, diante da necessidade de conter a regra majoritária ínsita à democracia. Historicamente, diante da trágica experiência da Segunda Guerra Mundial (TORRES, 2003, p. 37) a Dignidade da Pessoa Humana constituiu-se como verdadeiro instrumento de oposição às deliberações democráticas majoritárias no sentido de resguardar a proteção da liberdade das minorias, consolidando-se no Estado Democrático de Direito como garantidora das condições materiais mínimas de existência aos indivíduos que se encontrem em situação de indignidade. Com a evolução do Estado de Bem-Estar Social para o Estado Democrático de Direito, a proteção à Dignidade da Pessoa Humana passou a ser compreendida como protetora do mínimo existencial, que além de preservar as minorias, adquire o sentido de tutelar a liberdade dos indivíduos, posto que, “sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”(TORRES, 2003, p. 5).

Dentre as muitas acepções adotadas pela doutrina e pela jurisprudência⁶, compreendemos prevalecente aquela que estabelece que a Dignidade da Pessoa Humana é constituinte de um mínimo existencial, sendo este um verdadeiro vetor para a compreensão da aplicabilidade dos direitos sociais (TORRES, 2003, p. 37). Conforme aponta Ricardo Lobo Torres, “a proteção ao mínimo existencial se fundamenta no princípio da Dignidade da Pessoa Humana” (TORRES, 2003, p. 12). Nesse sentido, deve ser a Dignidade da Pessoa Humana compreendida como um equilíbrio entre o indivíduo e a comunidade⁷. Surge daí a compreensão da dignidade como co-formadora do mínimo existencial, sendo este formado pelas condições materiais básicas para a existência digna dos seres humanos em sociedade, as quais se deve reconhecer eficácia jurídica (BARCELLOS, 2008, p. 282).

Contudo, impende esclarecer que a mera referência à Dignidade da Pessoa Humana como substrato da dimensão estruturante dos direitos fundamentais não tem o condão de justificar

⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no RE 639337/ SP Segunda Turma. Min. Celso de Mello. Decisão: 23/08/2011).

⁷ 4 *BVerfGE* 7. 15-16 (Caso do auxílio de investimento, 1954) *apud* BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. v.101, n. 919, maio 2012, p. 136.

qualquer decisão em favor daquele que os invoque, sem que tenha seus sentidos banalizados. Com efeito, a proteção da Dignidade da Pessoa Humana não se estende a qualquer prestação objeto da vontade do jurisdicionado que o pleiteia em juízo, o mesmo não ocorrendo com o direito à saúde.⁸ Destarte, aquele que a invoca deve determinar as conseqüências jurídicas que decorrem deste enunciado normativo, sobretudo, com vistas a aproximar o sentido histórico-institucional que constituiu a sua normatividade, sobretudo, na jurisprudência pátria. Entretanto, não é o que a práxis jurisprudencial tem firmado, posto que se pugna a aplicação de Dignidade da Pessoa Humana tão somente em abstrato (BARROSO, 2012, p. 127-139).⁹

Compreendemos, pois, que a Dignidade da Pessoa Humana comporta mitigação pelo simples fato de que a escassez de recursos e a existência de diversas formas de implementação de políticas sociais (SARMENTO, 2010, p. 194) conduzem à primazia do legislador e do administrador para tomar as decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito fundamental. Trata-se aqui de respeito à democracia e à separação dos poderes. Destarte, não nos parece correta a idéia de que o Estado-gestor disponha de todos os recursos para atender a todas as necessidades de seus cidadãos, de modo que a dignidade comporta, sim, restrições (SANDEL, 2011, p. 20)¹⁰.

Desta forma, a pergunta acerca da proteção à dignidade enquanto mínimo existencial se dirige a saber a *quem* compete determinar quais necessidades deverão ser atendidas e quais deverão ser suportadas pelos cidadãos? Exsurge, ademais, outra pergunta que é fundamental para o presente estudo: os cidadãos enquanto pessoas humanas gozam do direito subjetivo de postular

⁸ Neste aspecto, leciona Barroso que “No Brasil, como regra geral, a invocação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais (78 incisos no artigo 5º da CF 88), muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio em abstrato da Dignidade da Pessoa Humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica. Diante disso a dignidade acaba sendo citada apenas em reforço” (BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010).

⁹ Com razão, Barroso afirma que “em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, freqüentemente funciona como um espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo a fora, tem sido invocada pelos dois lados da disputa” (BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: a dignidade humana do discurso contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. v.101, n. 919, maio 2012, p. 127-139.)

¹⁰ Compreendemos que a questão é muito mais profunda. Neste aspecto, concordamos com Michael Sandel quando afirma que “Não podemos determinar quem merece [um benefício] sem que sejam questionadas as virtudes que tal [benesse] realmente exalta. E para responder a essa questão, devemos avaliar concepções de caráter e sacrifício (...) Nos nossos dias, a maioria das discussões sobre justiça é a respeito de como retribuir os frutos da prosperidade ou os fardos dos tempos difíceis e como definir os direitos básicos dos cidadãos. Nesses campos, predominam as considerações sobre o bem-estar. Mas discussões sobre o que é certo e o que é errado nas decisões econômicas nos remetem freqüentemente à questão de Aristóteles sobre o que as pessoas moralmente merecem, e por quê” (SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p.20).

em juízo a pretensão de algum direito fundamental contra o Estado por força de proteção à sua dignidade? Tais perguntas dirigem-se à compreensão da possibilidade de o Estado-juiz tutelar a Dignidade da Pessoa Humana no caso de restar aniquilado o substrato mínimo da condição de vida dos cidadãos, acaso não se implemente a prestação de que necessitam. É o que responderemos no próximo tópico.

2. A DIMENSÃO SUBJETIVA E A SINDICABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Conforme vimos, na medida em que a Constituição dotou de aplicabilidade imediata os direitos fundamentais, a sindicabilidade das prestações decorrentes do direito à saúde foi vindicada pelos que dela necessitavam, sobretudo porque padeciam tais direitos de efetividade, porquanto compreendidos apenas como normas programáticas (NEVES, 2007, p. 114)¹¹. É aqui que a sindicabilidade e a dimensão subjetiva dos *direitos fundamentais sociais*, notadamente do direito à saúde, se vinculam ao ativismo judicial e respondem à pergunta acerca de quem compete proteger ou restringir as necessidades dos cidadãos que decorrem da Dignidade da Pessoa Humana.

Com efeito, até a Constituição de 1988 o Estado brasileiro prestava os serviços de assistência médica, farmacêutica e sanitária sem que houvesse uma preocupação estatal em se lhes compreender como prestações decorrentes de um *dever jurídico*. A dificuldade em efetivação de tais direitos decorre, dentre outros, do caráter plurívoco inerente ao conceito de saúde - que a Organização Mundial da Saúde afirma tratar-se do completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença¹².

O mesmo ocorre quanto o conceito de direito (público) subjetivo (GALDINO, 2005, p. 136-138)¹³. Segundo a lição de Flávio Galdino, a práxis institucional jurídico-política acabou

¹¹ Em referência à classificação de José Afonso da Silva, Marcelo Neves afirma que “As normas programáticas seriam regras de eficácia limitada, não servindo à regulação imediata de determinados interesses, mas estabelecendo a orientação finalística dos órgãos estatais”. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.114).

¹² Este conceito de saúde figura como verdadeiro ufanismo, uma vez que inalcançável o Estado garantir a efetivação deste delírio simbólico de prestar irrestritamente o completo bem-estar físico, mental e social, sobretudo, tendo em vista todas as implicações econômicas (custos) que deste expressão decorre.

¹³ O conceito de direito subjetivo passou a abarcar a conjugação¹³ da tradicional visão voluntarista – vontade do respectivo titular – cuja consolidação teórica remonta à jurisprudência dos conceitos; com a utilitarista – o interesse juridicamente protegido do titular – cuja construção remonta à jurisprudência dos interesses. Porém, ambas mostraram-se insuficientes para lidar com os direitos fundamentais, posto que desenvolvidas sob o prisma estritamente privado, em que as relações jurídicas se constituem entre dois indivíduos singularmente considerados – um credor e um devedor – visando uma prestação patrimonial fundada em conteúdo puramente obrigacional de solução instantânea. Com efeito, para que se evite a compreensão do direito subjetivo como sendo um camaleão normativo que se amolda a qualquer relação ou situação jurídica em que um sujeito exige dever jurídico, Wesley Honfeld construiu a distinção entre pretensão (*claim*), faculdade (*privilege*), potestade (*power*), imunidade (*immunity*) que se correlacionam com dever (*duty*), não-direito (*no-right*), sujeição (*liability*) e impotência (*disability*). (HONFELD, Wesley

por consagrar o entendimento de que se um direito fundamental está protegido, essa proteção efetua-se sob a forma de direito um subjetivo (GALDINO,2005, p. 142-144)¹⁴, sem que houvesse acuro quanto às novas situações jurídicas criadas, já que a concepção tradicional de direito subjetivo foram desenvolvidas para regular as relações jurídicas constituídas por um credor e um devedor visando uma prestação patrimonial e não para regular a relação dos particulares com o Estado. Com isso, a concepção de dever jurídico fundamental e direito público subjetivo como constituintes da relação jurídica entre o Estado e os cidadãos às prestações atinentes aos direitos fundamentais sociais foram se consolidando.

À medida que o direito à saúde foi compreendido como um *direito subjetivo* dos cidadãos no conjunto dos *direitos sociais fundamentais* – cujo escopo é a tutela da Dignidade da Pessoa Humana, já que não há como falar em dignidade sem que o cidadão esteja em condições física (e mentais) de exercer os outros direitos que dela provêm –, os particulares saíram da situação jurídica de *impotência*¹⁵ para a posição ativa de possuírem *pretensão*¹⁶ e o Estado, da condição ativa de *imunidade*¹⁷ para a condição passiva de adstrição ao *dever*¹⁸ de cumprir o quanto exigido pelo cidadão em sua *pretensão*(GALDINO, 2005, p. 136-138).

Com isso, por mais que se tratasse de uma prestação dependente de uma escolha do legislador ou do administrador, diante do rol de medidas a adotar ou do leque de ações

CNewcomb. *Concetti giuridici fondamentale* Torino: Giio Einaudi Editore, 1969, p.16-17 *apud* GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.136-138).

¹⁴ Mesmo que viesse a locução *direito subjetivo* se referir a várias espécies de situações jurídicas cujas faces operativas poderiam figurar como (i) pretensão, (ii) faculdade, (ii) potestade e (iii) imunidade, de forma que o direito subjetivo corresponderia tão-somente ao instrumento de representação que realiza a conexão entre situações e conseqüências jurídicas previstas pelo ordenamento.

¹⁵ Trata-se aqui do conceito de *disability* cuja doutrina remonta a Hohfeld que, na tradução de Galdino significa que “uma pessoa é impotente quando não pode intervir sobre a esfera jurídica de outrem, logo, impotência deve ser entendida como a impossibilidade de intervir na esfera jurídica de outrem” para requerer uma determinada prestação. (HONFELD, Wesley CNewcomb. *Concetti giuridici fondamentale* Torino: Giio Einaudi Editore, 1969, p.16-17 *apud* GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.137-138)

¹⁶ Trata-se aqui da construção teórica de Hohfeld do conceito de *claim*, que, na tradução de Galdino significa que “uma pessoa tem uma pretensão quando pode exigir de outrem um determinado comportamento, que constitui, para esta outra pessoa, um dever, logo, pretensão deve ser entendida como a possibilidade de exigir de outrem um determinado comportamento”. (HONFELD, Wesley CNewcomb. *Concetti giuridici fondamentale* Torino: Giio Einaudi Editore, 1969, p.16-17 *apud* GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.137)

¹⁷ Na concepção de Galdino, por Hohfeld, *immunity* ou imunidade se refere à posição jurídica em que “uma pessoa não pode ter sua esfera jurídica modificada por outrem, logo, imunidade deve ser entendida como impossibilidade de sofrer intervenção em sua esfera jurídica” (HONFELD, Wesley CNewcomb. *Concetti giuridici fondamentale* Torino: Giio Einaudi Editore, 1969, p.16-17 *apud* GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.138)

¹⁸ Na classificação de Hohfeld, descrita por Galdino, *duty* ou dever ocorre quando “uma pessoa possui um dever e está adstrita a um determinado comportamento, logo, dever deve ser entendido como a adstrição à prática de um determinado comportamento” (HONFELD, Wesley CNewcomb. *Concetti giuridici fondamentale* Torino: Giio Einaudi Editore, 1969, p.16-17 *apud* GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.138)

relacionadas à discricionariedade administrativa e política, a exigibilidade direta de tais direitos em face da Administração Pública pelas vias jurídicas fez com que a política *prima facie* – na qualidade de promessas de efetividade das normas programáticas destinadas a dirigir o programa estatal – se transformassem em verdadeira dívida a ser cumprida pelo Estado; ou seja, para o Estado a *imunidade* tornou-se *dever*, e para os cidadãos a *impotência* se tornou *pretensão*.

Dessa forma, a Dignidade da Pessoa Humana atribui, sim, aos que têm o seu mínimo existencial restringido, o direito subjetivo de postular em juízo em face do Estado, exigindo deste prestações que venham a lhes restituir a dignidade. Trata-se aqui, linhas gerais, do fenômeno do ativismo judicial que subjaz a tal pretensão no sentido de proteger a Dignidade da Pessoa Humana – *in casu* do direito à saúde.

3. A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO ATIVISMO JUDICIAL NO VIÉS PROCEDIMENTALISTA

O assunto “ativismo judicial” perpassa pela análise de duas principais correntes de pensamento jurídico-sociológico: a procedimentalista e a substancialista¹⁹. Contudo, aprofundaremos nosso debate, por força da limitação do presente trabalho, à compreensão do viés procedimentalista.

O procedimentalismo é defendido por Ingeborg Maus²⁰, Habermas²¹, Garapon²² e, no Brasil, por Calmon de Passos²³ e Marecelo Cattoni, dentre outros²⁴, se trata de uma corrente teórica cuja preocupação primordial se vincula à compreensão do processo de formação da vontade da maioria como fundado nas conjecturas provenientes de todos os grupos sociais de determinado Estado, considerando-se a cidadania e a participação como pressupostos para a concretização de uma democracia consistente.

¹⁹ Em linhas gerais, tais correntes defendem (I) que a atuação dos magistrados se condiciona a afastar a hipótese de intervenção judicial na esfera política, com fundamento, sobretudo, na ordem democrática de modo que a atuação jurisdicional deve deter-se apenas à aplicação da lei, que serve como limite ao processo de interpretação do texto legal – procedimentalismo; (II) que compete ao Judiciário assumir uma postura ativa cuja tendência é a necessária defesa da atuação positiva dos magistrados, de modo que o processo de interpretação deve ser eficiente no sentido de garantir, em primeira mão, a tutela dos direitos fundamentais e os pilares do Estado Constitucional, sem restringir o processo compreensivo da magistratura ao texto da norma – substancialismo.

²⁰ CF. MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e PauloAlbuquerque. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, 2000.

²¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²² Cf. GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

²³ Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999

²⁴ Pode-se afirmar que John Hart Ely, Peter Häberle e Klaus Günther pertencem aos teóricos que compreende a Constitucional na perspectiva procedimental. No Brasil, Gisele Cittadino, Álvaro Ricardo Souza Cruz, Lúcio Antônio Chamon Júnior, Menelick Carvalho Neto, Bernardo Gonçalves Fernandes coadunam de idéias semelhantes.

Segundo esta teoria²⁵, não seria de bom grado que o Terceiro Poder assumisse a responsabilidade da tutela dos direitos de feição prestacional, em virtude de que não lhe competiria atuar positivamente, notadamente no sentido de acabar (ou minorar) com as carências da sociedade por suposto de que não goza das estruturas adequadas para tanto e tal função seria das instâncias políticas tradicionalmente majoritárias. Tal intervenção faria com que o oposto ocorresse, uma vez que este processo de tutela contribuiria para a transformação de cidadãos em indivíduos-clientes²⁶, criando sujeitos dependentes de um Estado providencial²⁷, e contribuindo para o descrédito da população com as instituições políticas.

O Estado não pode, pois, figurar na condição paternal de tudo prover, comprometendo-se com a realização das necessidades sociais, mas que, ao inspirar confiança nos cidadãos, gera, outrossim, cobranças da própria população acerca do cumprimento das promessas²⁸.

Logo, um Estado providencial deve ter, além de comprometimento, estrutura para assegurar o cumprimento das promessas, de modo que esta função compete às instituições políticas, representantes da vontade majoritária, consideradas o principal mecanismo do exercício da democracia.²⁹

²⁵ Em oposição a tal teoria, encontra-se a teoria substancialista da constituição. Esta corrente é defendida, dentre outros, por Ronald Dworkin, J. J. Gomes Canotilho, Mauro Cappelletti, no Brasil, por Lênio Luiz Streck e tem sido aplicada principalmente nos países de cultura ocidental e de constitucionalismo tardio

²⁶ Segundo Maus, “a sociedade órfã ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, que podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna. (...) [diante do] crescimento no século XX do ‘Terceiro Poder’, no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai (...) [Contudo,] não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos CEBRAP*, n° 58, 2000, p. 185).

²⁷ Estado providencial é aquele que assume o dever de prestar auxílio à população no âmbito social, econômico e cultural a fim de reduzir as desigualdades sociais – típica idéia do Estado Social, surgido no segundo pós-guerra, como já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho. Como anota Garapon: “[...] em um sistema providencial, o Estado é todo-poderoso, podendo a tudo satisfazer, remediar, atender” (GARAPON, Antoine *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996, p. 44).

²⁸ Podemos afirmar que os teóricos do procedimentalismo buscam a conscientização da sociedade, dos diversos grupos econômicos e sociais no sentido de que se tornem partícipes do processo de formação da vontade majoritária. Na visão destes teóricos, através deste procedimento as instituições políticas passariam a figurar como legitimadas, implementando uma democracia eficiente, de modo a que cada função estatal – Executiva, Legislativa e Judiciária – exerceriam seus papéis de forma harmônica.

²⁹ Com efeito, o Judiciário, inadvertidamente, agiria como substitutivo de outras arenas públicas tais como os requerimentos administrativos, participação em conselhos e audiências públicas, apresentação de proposições legislativas, o que faria dos cidadãos indivíduos dependentes e não emancipados. No mesmo sentido, Antoine Garapon ao tempo em que censura o “sucesso da Justiça”, assevera que este fenômeno implica no problema da falta de interesse dos cidadãos pelo desenvolvimento e aprimoramento da política, ou seja, o arrefecimento do “espírito político”. Afirma ele que “O sucesso da Justiça é inversamente

Porém, deve-se destacar que a corrente procedimentalista não nega o fenômeno do ativismo judicial e, pois, da ampliação das competências do Terceiro Poder, notadamente a partir da positivação dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas, por força de que em certas medidas o Estado presta direitos básicos aos cidadãos, notadamente o mínimo existencial, para que se lhes permita participar do processo democrático (SARLET, 2009, p. 281).³⁰

CONCLUSÃO

O procedimentalismo e o substancialismo, sem dúvida, são os eixos centrais da discussão travada em torno do ativismo judicial, da efetividade dos direitos sociais e da proteção à Dignidade da Pessoa Humana. A nosso ver, assiste razão à corrente substancialista quando postula uma solução concreta para os casos de inefetividade dos direitos sociais.

Ora, a garantia dos direitos sociais está na base do regime democrático e, portanto, é uma questão afeta ao Estado como um todo, ou seja, subsiste responsabilidade às instituições estatais no sentido de assegurar, a supremacia da Constituição e, sobretudo, a concretização dos direitos fundamentais.

Contudo, no que se refere à interpretação das normas pelo órgão aplicador do direito (KELSEN, 1990, p. 263-266)³¹ deve haver o respeito deste à *redução de complexidade* das funções estatais realizado pelo poder político democraticamente institucionalizado realizado no processo de produção das normas, sob pena de perecimento do viés *democrático* do Estado de Direito (PASSOS, 1999, p. 87-89).

Ocorre que o eixo substancialista, ao defender o ativismo judicial, parece querer remediar uma situação cujo diagnóstico é bem mais complexo e merece ser tratado desde a sua origem.

Nesse norte, o procedimentalismo entra em cena, com razão, para colocar em debate a ordem democrática e a autonomia dos cidadãos, identificando-os não como destinatários, mas

proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito político” (GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996, p.44).

³⁰ Ratificando tal posição, Ingo Sarlet salienta que existem distinções entre os direitos sociais prestacionais em sentido amplo, quais sejam direitos à prestação e participação na organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito, que se consubstanciam nos direitos a prestações materiais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 281.

³¹ Concordamos com Kelsen, quando afirma que as funções básicas do Estado são apenas duas: a função de criação e de aplicação do direito. Segundo ele “mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio da separação dos poderes, a função legislativa – uma mesma função e não duas funções diferentes – é distribuída entre os vários órgãos, mas apenas a um dele é dado o nome de órgão legislativo.” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luis Carlos Broges. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990, p. 263-266).

como próprios autores de seus direitos (CITADINO, 1999, p. 209). Logo, a corrente procedimentalista pressupõe vetores de comunicação estabelecidos no seio da sociedade e, a partir da autonomia gerada pela interação, sobretudo, ao atribuir aos próprios sujeitos de direito a responsabilidade pelas suas decisões, o que é de extrema relevância até para o controle e fiscalização do Terceiro Poder.

Portanto, tem-se, de um lado, uma perspectiva imediatista e, de outro, uma que propõe uma remodelação do sistema político, pois a comunicação como vetor da democracia, ao menos no Brasil, somente será eficiente após um processo de redistribuição e efetividade das decisões políticas implementadas na (e pela) própria sociedade. Todavia, será que a efetividade dos direitos fundamentais e, sobretudo, da Constituição, “podem esperar um pouco mais”? Mas, seriam os magistrados os atores estatais mais adequados para efetivar (e intervir n)as políticas públicas?

No sentido de responder tais perguntas, compreendemos que o núcleo para tais respostas repousa na compreensão de que cabe ao poder judiciário intervir em políticas públicas no sentido de proteger a Dignidade da Pessoa Humana quanto ao mínimo existencial de modo a tornar viável a participação social no processo democrático de construção das decisões políticas.

De acordo com Ana Paula Barcellos, o mínimo existencial está intimamente relacionado com a idéia de cidadania. Destarte, a fundamentalidade jurídica da Dignidade da Pessoa Humana pode ser

extraída das concepções procedimentalistas, (pela qual a legitimidade das decisões decorre da correção do processo deliberativo, já que não é possível apurar consenso materiais abrangentes na sociedade plural contemporânea), uma vez que se adote como premissa a igualdade dos indivíduos. Se os indivíduos são iguais, qualquer deliberação política exigirá que a cada participante seja reconhecido um conjunto básico de direitos sem os quais o procedimento não poderá funcionar adequadamente. Esse conjunto de direitos merece proteção prioritária, já que opera como condição ao próprio procedimento (BARCELLOS, 2008, p. 282)

Com efeito, a proteção da Dignidade da Pessoa Humana pelo ativismo judicial, no viés procedimentalista, figura como necessária à construção de um Estado Democrático de Direito, posto que a participação cidadão, enquanto requisito para a legitimação das decisões políticas, perpassa necessariamente pela necessária implementação (mínima) dos *direitos fundamentais sociais* pelo Judiciário – ativismo judicial. Neste sentido, a proteção da Dignidade

da Pessoa Humana figura como condição essencial (ROCHA, 2011, p. 45)³² para o exercício dos demais direitos civis e políticos (DALARI, 2011, p. 60-61)³³.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Dezembro de 2010.

_____. Aqui e lá e em todo lugar: a Dignidade da Pessoa Humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *In: Revista dos Tribunais*, 101/919, São Paulo, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no RE 639337/ SP Segunda Turma. Min. Celso de Mello. Decisão: 23/08/2011

CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DALLARI, Sueli Gandolfi. NUNES JÚNIOR. Vida, Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim. 2010

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, 10ª.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

³² Com razão afirma AILTON SCHRAMM que “a saúde implica a distribuição de renda, posto que seu acesso depende – como em boa parte dos casos – de bens dispendiosos na sociedade, invocando-se uma postura estatal, que não raro nesse mister mantém-se distante do ideal de operacionalidade, com grandes falhas e imprecisões nas suas atividades. Existe, assim, um componente social relevante na discussão sobre a saúde”. (ROCHA, Ailton Schramm de. *Acesso a medicamentos por intermédio de decisões judiciais*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 45)

³³ Deve-se frisar que o conteúdo mínimo dos direitos sociais – figurando o direito à saúde, à educação e à proteção do trabalho como exemplos – praticamente se funde com os direitos de liberdade, posto que, conforme lecionam DALLARI e NUNES JÚNIOR “uma vez que patrocine a idéia de estado democrático de direito, há que se considerar como certamente existente, ainda que de maneira implícita, o direito a um mínimo vital. Isso porque a própria idéia de direitos inerentes às condições humanas gera a conclusão de que esta deve receber um mínimo de proteção material, sob pena de se desestruturar toda a lógica de formação desta categoria jurídica. Com efeito, não é possível vislumbrar um ordenamento jurídico, afinado ao sentido humanístico empalmado pelos tratados e convenções internacionais, que não respeite minimamente (...) a educação básica e a **assistência à saúde** como direitos inalienáveis” (DALLARI, Sueli Gandolfi. NUNES JÚNIOR. Vida, Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim. 2010, p. 60-61) (grifo nosso).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a factilidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luis Carlos Broges. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e PauloAlbuquerque. *In: Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, 2000

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROCHA, Ailton Schramm de. *Acesso a medicamentos por intermédio de decisões judiciais*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011

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

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.