

A FUNÇÃO SOCIAL DO MAGISTRADO NA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS PÚBLICAS: DO DIREITO À SAÚDE À INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO, UMA PROPOSTA DE UM PROCESSO DE MODELO COLETIVO

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

Norberto Bobbio

Resumo: Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o país incorporou à sociedade nacional os princípios inerentes ao Estado de Direito e à Democracia (Estado Democrático de Direito), reconfigurando o modo de ver e entender o cidadão nacional. Essa reconfiguração representou não só um alargamento do rol de direitos e garantias fundamentais, como também criou novos deveres e funções ao cidadão e ao Estado, que se viram impelidos a tomar postura ativa na resolução dos conflitos de uma sociedade que a cada dia que passa se torna mais complexa e plural. Em consequência disso, houve, além de um incremento no número de ações, uma forçosa necessidade de o Judiciário dar resposta a esses novos e diversos conflitos resultantes da complexidade social, reconfigurando também a função social do magistrado, notadamente no âmbito de um processo constitucional. Assim, em uma perspectiva de *judicialização da política*, notadamente da Política Social de Saúde Pública, que força o Judiciário a dar resposta diversa daquela que precipuamente lhe cumpre como função, com base em tudo isso, faz-se premente, na contemporaneidade, ao Judiciário e aos seus Agentes realizar um repensar o modo de produzir e reproduzir o Direito, buscando, para tanto, uma nova forma de comunicação do Sistema de Justiça, na qual se deixa do individualismo para abrir-se ao coletivo. E assim, pois, afigura-se o Processo de Modelo Coletivo, aberto aos mais diversos intérpretes da Constituição e às mais variadas Fontes de Direito, plurificando-o e internacionalizando-o, uma proposta de superação do atual modo de produzir focado em um único sujeito de direito para abrir-se à sociedade em seu todo, concretizando, desse modo, os Direitos Humanos Fundamentais.

Palavras-Chave: Direitos Humanos Fundamentais. Judicialização da Política Social de Saúde Pública. Função Social do Magistrado. Internacionalização do Direito. Processo Coletivo.

1 INTRODUÇÃO

É certo que o tema da *judicialização da política*, ou propriamente das Políticas Sociais Públicas, notadamente àquela de saúde, como no presente trabalho se pretende enfrentar, não é incomum aos ouvidos dos cidadãos brasileiros e não retrata ineditismo acadêmico. Contudo, também é certo que tal temática encontra-se na ordem do dia dos profissionais do Direito, fato este que exige da academia uma resposta sobre o que representa tal demanda que a cada dia cresce mais e mais,¹ notadamente em uma sociedade como a brasileira e, principalmente, a gaúcha, de alta taxa de litigiosidade.

1 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. (org.). **Direito e Justiça**: a função social do judiciário. São Paulo: Editora Ática, 1997.

Em verdade, conforme bem noticia o Conselho Nacional de Justiça (CNJ),² até abril do ano de 2011 o Brasil reunia um total de duzentos e quarenta mil novecentos e oitenta processos em tramitação na área da saúde, sendo que deste universo cento e treze mil novecentos e cinquenta e três ações judiciais, quase metade do total do país, concentravam-se no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), reafirmando o que o senso comum convencionou sustentar como a tradição ou a cultura de litígio do povo gaúcho. Em relação ao segundo colocado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que possuía um montante de quarenta e quatro mil seiscentos e noventa ações em andamento que versavam sobre a mesma matéria, claro fica que o estado sulista concentra em si uma demanda que se manifesta ao Sistema de Justiça, e principalmente ao Poder Judiciário e aos seus Agentes, como um grande desafio institucional, fazendo-se premente, portanto, uma investigação acerca de qual a função social eles desempenham dentro desta perspectiva contemporânea de *judicialização da política social pública de saúde*.

Tal realidade evidencia não só a construção de uma nova cultura judicante, conforme bem demonstram Cappelletti e Garth³ em suas teorizações sobre as ondas renovatórias do processo, como também uma inércia mais do que latente do Poder Executivo em realizar os direitos sociais básicos dos cidadãos brasileiros, principalmente aqueles elencados ao Artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁴ Instaura-se aqui, pois, uma *crise funcional do Estado*, como bem conceitua José Luis Bolzan de Moraes,⁵ aparentemente insuperável se pensada a partir de uma perspectiva moderna, mas vencível se visualizada a partir de uma *concepção contemporânea do Direito e dos Direitos Humanos*.⁶

As *crises do Estado*,⁷ portanto, restam na atualidade como um legado da modernidade, sendo, portanto, mutáveis. E uma forma de realizarmos isso é compreendermos o Estado

2 CAVALCANTI, Hylda. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

3 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 6 nov. 2012.

5 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 56-69.

6 PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementariedade e soberania**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/349/551>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

7 De fato, conforme ensina José Luis Bolzan de Moraes (2011), no que concerne a uma *crise conceitual do Estado*, pode-se sustentar uma atual relativização da soberania, no que chamou de *soberania pós-moderna* (MORAIS, 2011, p. 29), onde as fronteiras seriam flexíveis, sem se poder saber onde uma inicia e outra termina, superando, portanto, o núcleo duro de sustentação do Estado Moderno, que é a soberania enquanto poder de

como um ente aberto às influências externas, com suas fronteiras relativizadas e, pois, o Judiciário como um Poder Estatal aberto às mais diversas interpretações plurais dos mais variados atores que se envolverem nos seus processos.

A partir dessa perspectiva, então, entende-se que não haverá mais fronteiras para uma mais completa aplicabilidade do Direito, notadamente no que concerne à concretização dos Direitos Humanos Fundamentais, como o é o direito à saúde, pois queda evidente que na contemporaneidade globalizada o Direito tornou-se um bem intercambiável,⁸ bem como resta clara a intenção da humanidade, a partir da publicação da Declaração de Direitos Humanos de 1948 e de sua ratificação pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, em não mais separar-se em espaços geográficos murados por conceitos e preconceitos que alijam os *cidadãos do mundo*⁹ de seus direitos, para o fim de que todos possam gozar de direitos (sociais e individuais) básicos na condição de seres humanos iguais que somos. Assim, pois, nasce não só a *Concepção Contemporânea dos Direitos Humanos*, como também a *Internacionalização e a Mundialização do Direito*, esta última aqui pensada como uma rede de cooperação mundial entre os magistrados do mundo para uma maior e concreta realização dos Direitos Humanos Fundamentais, tal como defendem Garapon e Allard.¹⁰

autonomia e independência de um Estado frente outro. No que se refere a uma *crise estrutural do Estado*, ensina Bolzan de Moraes (2011, p. 36-51) que com o fim do Estado de Bem-Estar Social, crises de natureza fiscal-financeira, ideológica e filosófica levaram a uma crescente desregulamentação daqueles direitos historicamente conquistados e positivados em legislações específicas que davam conta de responder às seqüelas da questão social, seja por insuficiência econômica, seja por discursos de seus opositores (neoliberais e demais opositores do modelo estatal moderno que o consideram como estratégia burguesa de dominação) que de algum modo lograram êxito em demovê-lo de ampliar sua estrutura. Já a *crise constitucional (institucional) do Estado*, por seu turno, dá-se a partir de uma consequente fragilização do instrumento constitucional, ou seja, de uma desconstitucionalização, processo este promovido em grande medida pelas agendas neoliberais, e de um “descompasso entre as promessas que contempla, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização” (MORAIS, 2011, p. 53). A *crise funcional do Estado* (MORAIS, 2011, p. 56-59), por seu turno, representa nada mais que o agir substitutivo de um Poder de Estado em relação a outro, ficando evidente, aqui, que o grande motor para esta crise encontra-se insculpido na própria *judicialização da política*, meio pelo qual o cidadão faz valer seu direito a postular por um direito seu que de regra lhe deveria ser entregue na condição de prestação positiva do ente estatal, como promessa de bem-estar; surge, portanto, a figura de um *pluralismo funcional* (MORAIS, 2011, p. 58), o que coloca em xeque a manutenção da tripartição dos Poderes. E, por fim, a *crise política (e da representação) do Estado* (MORAIS, 2011, p. 69-74), que diz respeito a uma reordenação no modo pelo qual os cidadãos têm se portado em relação à democracia representativa, buscando mecanismos de implementação de uma democracia direta, notadamente atuando em *espaços públicos não estatais* (MORAIS, 2011, p. 73), como forma de realização de seus direitos, dado que não se sentem mais contemplados pelos seus pretensos representantes políticos.

8 GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juizes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

9 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1.

10 GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie, *op. cit.*

Sua aplicabilidade, no entanto, carece de uma nova interpretação da organização e da produção do Direito interno de cada país, motivo pelo qual enseja um repensar o modo de compreender e atuar nas demandas judiciais. Essas demandas, por tratarem de *novos direitos* e fazerem parte da complexidade que hodiernamente atingem a sociedade como um todo, pressionam o Poder Judiciário no sentido de que se abra aos mais diferentes intérpretes da Constituição,¹¹ tal como ocorrera com o caso da Ação Direta e Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, na qual não só se vislumbrou uma abertura a novas Fontes de Direito, como também privilegiou, através do instituto jurídico do *amicus curiae*,¹² aportes no processo judicial dos mais diversos campos do saber científico, religioso e social.

Destarte, nesse cenário aqui exposto, ao Magistrado da contemporaneidade cumpre cambiar o raciocínio jurígeno da modernidade, para o fim de aplicar outro, fundado em uma Teoria Geral do Processo epistemologicamente aberta, para ampliar seus horizontes de julgador. O ato de julgar, desse modo, torna-se compartilhado, privilegiando um agir coletivo de todos os atores sociais envolvidos na demanda judicial, que a todos vincula.

Assim sendo, para compreender o que até aqui vem sendo exposto, notadamente quanto à questão da vinculação da *judicialização da saúde* à *Internacionalização do Direito*, bem como em que ponto esses dois fenômenos sócio-jurídicos se interseccionam no processo judicial, agindo como motores para a construção de uma nova compreensão do modo de julgar, o presente trabalho será dividido em duas partes fundamentais, cada uma delas tratando de conteúdos diversos, mas que se complementam para a busca de uma compreensão contemporânea da concretização dos Direitos Humanos Fundamentais. Em verdade, o grande pano de fundo deste trabalho, a matéria que perpassa transversalmente todo o texto que ora é evidenciado, é a *Concepção Contemporânea dos Direitos Humanos* e a sua frase de urgência, bem definida por Norberto Bobbio,¹³ de que o mais necessário, hoje em dia, não é vencer o problema de fundar os Direitos Humanos, mas o de protegê-los, de concretizá-los.

11 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

12 O instituto jurídico do *amicus curie* constitui-se em uma forma de intervenção no processo judicial, atualmente restrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), através da qual instituições interessadas na temática discutida em um dado procedimento judicial aportam seus conhecimentos para empoderar os magistrados acerca daquele tema em específico, ampliando os horizontes do julgador acerca do conhecimento do fato controvertido a ser julgado.

13 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

A primeira parte, pois, trata de realizar uma análise sócio-histórica da formação das Políticas Sociais Públicas no mundo e no Brasil, dando-se ênfase ao direito à saúde. Por isso, como a seguir melhor restará evidenciado, pode ela ser intitulada *Uma análise da formação das políticas sociais públicas no mundo capitalista: do individualismo ao coletivismo, e a volta ao individualismo. “E a saúde, como fica?”*.

A segunda, por seu turno, compreende em si conteúdos tais que situam o leitor em uma discussão sobre como contemporaneamente se compreende os Direitos Humanos Fundamentais, bem como quais os desafios inerentes à sua concretização, notadamente após a vigência da Carta de Direitos Humanos de 1948. Realiza-se, ao fim, uma proposta de implementação de um novo modelo processual possível, coletivo, aberto ao novo e ao plural, como forma de concretização dos Direitos Humanos Fundamentais, embasado, ainda, em um aspecto *internacionalizante* do Direito. Seu título, como se evidencia com o que até aqui fora exposto, poder-se-ia grafar como *Da Concepção Contemporânea dos Direitos Humanos à coletivização do processo: é a Internacionalização do Direito um meio concretizador dos Direitos Humanos Fundamentais?*

2 UMA ANÁLISE DA FORMAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS PÚBLICAS NO MUNDO CAPITALISTA: DO INDIVIDUALISMO AO COLETIVISMO, E A VOLTA AO INDIVIDUALISMO. “E A SAÚDE, COMO FICA?”

Para que se possa devidamente compreender o atual estado de insatisfação, de não concretização de direitos, que acomete as Políticas Sociais Públicas brasileiras, forçando, a cada dia que passa, um agir individualista do cidadão, que promove mais e mais ações judiciais envolvendo direitos sociais básicos, como a saúde¹⁴ (Artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵), faz-se necessário, antes de tudo, compreender o que realmente elas são e de que modo elas são formadas e realizadas. De fato, principiar a investigação de por qual motivo nos últimos tempos tem-se dado um esvaziamento do público

14 CAVALCANTI, Hylda. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

15 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

para a implementação do privado como sucedâneo do Estado¹⁶ e a consequente relação deste fenômeno com o Poder Judiciário faz-se necessária desde já, motivo pelo qual aqui tratar-se-á de temas gerais acerca da formação das Políticas Sociais Públicas e a sua relação com os mais diversos projetos societários provenientes de ideologias que há muito vêm fundamentado o Estado Moderno Capitalista, a fim de abrir portas à compreensão do contemporâneo modelo estrutural da Política de Saúde Pública brasileira.

Para tanto, nesta parte serão abordadas temáticas introdutórias, estabelecendo-se, em um primeiro momento, (2.1) uma relação entre os cenários apresentados pelos modelos estatais modernos no que se refere à concretização das Políticas Sociais Públicas; e, em um segundo, (2.2) uma análise sócio-histórica de formação das Políticas de Proteção Social no Brasil, dando-se ênfase àquela de saúde.

2.1 Entre a Exclusão e a Inclusão: a História da Formação das Políticas Sociais Públicas no Mundo Capitalista

As Políticas Sociais encontram sua gênese no capitalismo.¹⁷ Surgem, pois, como forma de o Estado responder às sequelas surgidas da questão social,¹⁸ notadamente para, num primeiro momento, apaziguar as reivindicações dos trabalhadores.¹⁹

Conforme conceitua Potyara Pereira, elas “constituem uma espécie de política pública que visa concretizar o direito à seguridade social, por meio de um conjunto de medidas,

16 MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social:** crítica ao padrão emergente de intervenção social. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

17 PEREIRA, Potyara A. P. **Política social:** temas & questões. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 38 e 59.

18 Pode-se dizer que a questão social é a própria luta de classes que tomou um feitiço evidente, sendo ela “constitutiva do desenvolvimento do capitalismo” (NETTO, 2001, p. 45), ou seja, inerente ao próprio sistema em que estamos atualmente inseridos. Conforme lembra José Paulo Netto (2001, p. 41), a expressão *questão social* não é semanticamente unívoca, havendo sobre ela registros de atribuições de sentidos os mais diversos. De fato, tal expressão, segundo o citado autor (NETTO, 2001, p. 42), tem história recente, dado que seu emprego data da terceira década do século XIX, sendo que “ela surge para dar conta do fenômeno mais evidente da história da Europa Ocidental que experimentava os impactos da primeira onda industrializante, iniciada na Inglaterra no último quartel do século XVIII: trata-se do fenômeno do pauperismo”. Contudo, “é apenas com a publicação, em 1867, do primeiro volume d’O Capital, que a razão teórica acendeu à compreensão do complexo de causalidades da ‘questão social’. Somente com o conhecimento rigoroso do ‘processo de produção do capital’ Marx pôde esclarecer com precisão a dinâmica da ‘questão social’, consistente em um complexo problemático muito amplo irreduzível à sua manifestação imediata como pauperismo” (NETTO, 2001, p. 45).

19 PEREIRA, *op. cit.*, p. 59-61.

instituições, profissões, benefícios, serviços e recursos programáticos e financeiros”.²⁰ Neste sentido, a proteção social²¹ não deve ser entendida como forma de tutela nem deverá sujeitar-se a arbitrariedades, exigindo do poder público uma resposta democrática e em prol de uma sociedade equitativa. Situa-se, portanto, longe de modelos estatais máximos e mínimos, mas na justeza de um Estado Necessário.

Fator que influenciou o mundo e demonstrou que o modelo societário adotado pelos países ocidentais não responde aos anseios de uma sociedade justa e igual fora o chamado *crash de 1929*, sendo este marco histórico consequência dos resultados da Primeira Guerra Mundial e, por conseguinte, causa da Segunda.²² Os Estados Nacionais a partir daquele momento passaram ou a se fechar em Estados Máximos ou a se abrir à economia globalizada em prol de um Estado Mínimo. Como uma *terceira via*, o Estado de Bem-Estar Social surgiu como “propulsionador do desenvolvimento social”,²³ sendo marco na concretização de Políticas Sociais, tanto que Potyara Pereira²⁴ se propõe a desmistificar a controvertida identificação entre estas últimas e o citado modelo econômico-estatal.

Tal período histórico constitui-se em um divisor de águas para as Políticas Sociais Públicas, em especial àquelas que dizem respeito ao trabalho e à previdência social. A Primeira Guerra Mundial eclode em função da tensão surgida da *guerra econômica* de duas grandes potências (Inglaterra e Alemanha) que disputavam os mercados mundiais liderando blocos econômicos fortemente armados. Como resultado, a Europa amargou mortes, forte desemprego e baixa produção agrícola e industrial. O entre-guerras fora pautado por nova polarização econômico-financeira, passando os Estados Unidos a figurarem como a principal potência mundial, até que a queda da Bolsa de Valores de Nova Iorque destina o mundo a uma crise econômica sem precedentes. A Segunda Guerra Mundial é sua consequência, em vista de se re-polarizar o mundo econômico, mas resulta em mais crise. Como resultado, surge

20 PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 16.

21 A Proteção Social, conforme conceitua Potyara Pereira (2008, p. 16), “é um conceito amplo que, desde meados do século XX, engloba a *seguridade social* (ou *segurança social*), o *asseguramento* ou *garantias* à seguridade e *políticas sociais*. A primeira constitui um sistema programático de segurança contra riscos, circunstâncias, perdas e danos sociais cujas ocorrências afetam negativamente as condições de vida dos cidadãos. O asseguramento identifica-se com as regulamentações legais que garantem ao cidadão a seguridade social como direito. E as políticas sociais constituem uma espécie de política pública que visa concretizar o direito à seguridade social”.

22 ORDOÑEZ, Marlene; QUEVEDO, Julio. **Historia**. 1. ed. São Paulo: IBEP, 1999. (Col. Horizonte) p. 217-222.

23 COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e neoliberalismo**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001. p. 27.

24 PEREIRA, Potyara A. P. **Política social**: temas & questões. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 23-58.

o *Welfare State*, modelo estatal que logo se vê envolto a dívidas públicas gigantescas aparentemente sem saída. Para resolver o impasse, pois, teóricos da economia apologizam um Estado Mínimo no qual tudo o que é social fica ao encargo da sociedade civil, uma tentativa de voltar ao Liberalismo Clássico, mas desta vez sem os preceitos da igualdade e da fraternidade: o neoliberalismo.

Desse modo, a Política Social de Saúde Pública sofre como todas as demais, amargando momentos de quase falecimento. Sua história como uma das mais antigas das Políticas Públicas,²⁵ junto daquela de Previdência Social, por exemplo, não comove o mercado econômico mundial, que a cada dia requer o seu desmantelamento. Com isso, pois, surge um grande choque de projetos societários, notadamente naqueles países onde se experienciou, mesmo que durante um curto período temporal, o Bem-Estar Social, tendo de um lado uma população que reivindica um mínimo de atendimento público como outrora lhe era dispensado e, de outro, um grande poder econômico que os vê como clientes de um produto que em verdade é a própria vida humana. E aqui está, pois, a história resumida da exclusão e da re-exclusão social no mundo capitalista, da produção e da reprodução da questão social nas suas mais ferozes expressões sociais.²⁶

2.2 Breve Análise Sócio-Histórica da Formação das Políticas de Proteção Social Brasileiras e o Direito à Saúde

Conforme bem lembra Potyara Pereira,²⁷ em solo brasileiro as Políticas Sociais viram em suas trajetórias influências não só de reordenações político-sociais genuinamente nacionais, como também, e principalmente, sofreram grandes impulsos provenientes de

25 GRANEMANN, Sara. Políticas sociais e serviço social. In: REZENDE, Ilma; CAVALCANTI, Ludmila Fontenele. (Org.). **Serviço social e políticas sociais**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006, p. 11-24. p. 13-14.

26 Exemplo claro deste movimento de privatizações e de cortes em financiamentos e em investimentos nas Políticas Sociais Públicas nos países de capitalismo avançado, notadamente aqueles europeus, foram as sucessivas estratégias de contenção de gastos realizados pela Espanha no ano de 2012. Com sua economia em recessão após a crise econômica iniciada em 2008, o governo espanhol atacou frontalmente a Política Social de Saúde Pública, uma das mais bem estruturadas do mundo, impedindo não só o acesso universal dos cidadãos naquele país residentes, como também a entrega ao setor privado da execução da política em questão. Sobre isso, Cf. MÉDICOS e enfermeiros protestam para defender a saúde na Espanha. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18 nov. 2012. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=1319349&tit=-Medicos-e-enfermeiros-protestam-para-defender-a-saude-na-Espanha> >. Acesso em: 20 nov. 2012.

27 PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

mudanças econômicas e políticas ocorridas no plano internacional, surgindo e cambiando de organização em consequência dos impactos externos na ordem política interna. Esses impactos, segundo a mesma autora, contribuíram para produzir uma experiência nacional que se pode chamar de “sistema de bem-estar periférico”,²⁸ a partir do qual fora estruturado todo o nosso sistema de proteção social.

Desse modo, diferente daquelas Políticas Sociais de países de capitalismo avançado, que nasceram em um contexto de Revolução Industrial e de crescentes mobilizações sociais,²⁹ encontrando, alfim, “densidade institucional e dimensão cívica quando o *Welfare State* [...] se firmou em meados do século XX como a instituição diretamente responsável pelo atendimento de necessidades sociais agravadas pelo inexorável desenvolvimento capitalista”,³⁰ aquelas surgidas em solo brasileiro não se apoiaram “firmemente nas pilastras do pleno emprego, dos serviços sociais universais, nem [armaram], até hoje, uma rede de proteção impeditiva da queda e da reprodução de estratos sociais majoritários da população na pobreza extrema”.³¹ Tudo isso, segundo Potyara Pereira,³² agrava-se ao passo que no Brasil sofremos de uma histórica fragilidade das instituições democráticas e, também, pelo fato de as políticas de proteção social terem encontrado terreno fértil para a sua expansão justamente em “períodos mais avessos à instituição da cidadania: durante os regimes autoritários e sob o governo de coalizões conservadoras”,³³ dando, assim, ensejo à prevalência de um padrão nacional de Políticas Sociais não-emancipatórias, caracterizadas, portanto, por

intervencões públicas tópicas e seletivas – próprias dos *modelos liberais* –; [pela] adoção de medidas autoritárias e desmobilizadoras dos conflitos sociais – típicas dos *modelos conservadores* –; e, ainda, [pelo] estabelecimento de esquemas universais e não contributivos de distribuição de serviços e benefícios – característicos dos regimes social-democratas. E tudo isso foi mesclado às práticas clientelistas, populistas, paternalistas e de patronagem política, de larga tradição no país.³⁴

28 PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 125.

29 PEREIRA, Potyara A. P. **Política Social**: temas & questões. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 59.

30 Ibid.

31 PEREIRA, *op. cit.*, p. 125.

32 Ibid., p. 126-127.

33 Ibid., p. 126.

34 Ibid., p. 127.

De fato, essa grande colcha de retalhos de cunho político-ideológico que fundou e atualmente operacionaliza nossas Políticas de proteção social, segundo Potyara Pereira,³⁵ pode ser didaticamente dividida, aqui no Brasil, em cinco momentos históricos: sendo o primeiro, aquele denominado (a) *Período Laissez-fariano*, que compreende o tempo histórico anterior a 1930, quando imperava no Brasil a chamada Política Social do Laissez-Faire; o segundo, (b) *Período Populista/Desenvolvimentista*, que abrange um espaço de tempo entre os anos 1930 e 1964, quando a Política Social era pensada através de uma matriz predominantemente populista e com laivos desenvolvimentistas; o terceiro, (c) *Período Tecnocrático-Militar*, que compreende os anos de 1964 a 1985, quando a Política Social experimentou um momento de crescimento do discurso técnico até à abertura política, quando a população fora chamada ao debate da reconstrução nacional (este, por exemplo, fora o período de gênese do Sistema Único de Saúde, positivado posteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988); o quarto, (d) *Período de Transição para a Democracia Liberal*, que comporta em si os anos 1985 a 1990, quando então se deu início às discussões de um novo projeto societário ao Brasil, insculpido em objetivos tais que se encontram positivados ao Artigo 3º de nossa Carta Política de 1988,³⁶ dando origem, assim, à Nova República; e, por fim, o quinto, (e) *Período Neoliberal*, que passou a orientar a política nacional a partir da década de 1990, momento de maior influência externa no que se refere à gestão político-econômica das políticas de proteção social nacionais.

Tudo isso, pois, servirá de base teórica para uma compreensão de que, apesar de o senso comum sustentar que as Políticas Públicas de cunho social são sempre implementadas de uma forma verticalizada pelos governos, dada a uma aparente apatia de nossa população no que se refere à luta para a conquista de seus direitos, as Políticas Sociais Públicas brasileiras,³⁷ notadamente a de saúde,³⁸ sempre foram, por um lado, alçadas ao patamar de direito na

35 PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 127-180.

36 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

37 A Política Social Pública traduz-se em uma ação de Estado que visa a intervir em determinadas facetas das desigualdades sociais, para o fim de corrigir certos desequilíbrios socioeconômicos. A Política Social de Saúde Pública, por seu turno, visa cumprir, por meio de uma ação estatal específica, a determinação constitucional prevista aos Artigos 196 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, realizando o direito à saúde, previsto ao Artigo 6º da mesma Carta Política como direito social básico.

38 A Política Social de Saúde Pública constitui-se em ações específicas disciplinadas em Leis Federais, Estaduais e Municipais, que observam a sua produção e reprodução sob o pálio da hierarquia das normas, tendo por ponto de partida a Constituição Federal. Possui fundo público próprio e sua gestão é controlada por conselhos em cada esfera de governo, que se organizam de modo paritário, entre gestores, trabalhadores e usuários em saúde.

condição de frutos de lutas e conquistas históricas dos cidadãos brasileiros, como Direitos Humanos Fundamentais que são; e, de outro, recepcionadas como legislação na condição de resposta às influências externas, advindas dos mais diversos blocos de pressão que pouco a pouco foram concretizando os anseios ou de uma carta de direitos humanitariamente fundada, na qual restaram positivados os mais básicos direitos dos seres humanos, ou de reordenações econômicas que forçaram os países ocidentais a reorganizar a sua forma de redistribuição de renda e de produção. Desse modo, no que concerne à marcha da Reforma Sanitária que implantara no Brasil o moderno Sistema Único de Saúde (SUS), há, na contemporaneidade, uma clara necessidade de se realizar uma proposta de reforma da Reforma Sanitária.³⁹

3 DO ACESSO À JUSTIÇA À COLETIVIZAÇÃO DO PROCESSO: É A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO UM MEIO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS?

Pode-se dizer que a *judicialização das Políticas Sociais Públicas*, apesar de pôr em xeque a própria manutenção da existência do nosso Estado Nacional,⁴⁰ resulta como um corolário de um novo paradigma iniciado pelo Estado Democrático de Direito, que legou à Ciência Jurídica, como define Lenio Luiz Streck,⁴¹ uma tarefa de transformação, de substancialização das promessas da modernidade. Segundo acrescenta o citado doutrinador, o Estado Democrático de Direito revaloriza o jurídico em contraponto à razão política que tantas sequelas nos legou, exigindo do Judiciário, portanto, um agir coletivo, diferente daquele tradicional *modelo individualista de processo*⁴² que ainda vige na processualística brasileira contemporânea. Desse modo, pois, como ainda vivemos sob a égide de uma sociedade de racionalização liberal e, portanto, de matriz privatista, conforme classifica Herbert Marcuse,⁴³ surge-nos o dilema brasileiro,⁴⁴ que tem de um lado a incapacidade de o

39 MENDES, Eugênio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**. Salvador: Casa da saúde, 2001. p. 27-33.

40 APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2010.

41 STRECK, Lenio Luis. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais**. In: Estudos Jurídicos, v. 35, n. 95, p. 49-86, set/dez, 2002.

42 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, v. 4, p. 27-52.

43 MARCUSE, Herbert. **Cultura e Sociedade**. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

Judiciário resolver os problemas de dimensão social, e de outro, a ineficácia de nossa democracia, que impossibilita avançarmos legislativamente em matérias de cunho difuso.

Este dilema, todavia, não tem sua fundação propriamente quando da promulgação de nossa Carta Política de 1988,⁴⁵ mas sim a partir do momento quando então nossas instituições estatais passaram a não mais dar resposta aos anseios de Bem-Estar (mesmo que *periférico*⁴⁶) e Justiça Sociais prometidos à nossa população por aquele diploma legal (notadamente pelo que dispõe a parte final do Artigo 193 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁷). Ou melhor, de acordo com o que explicita Tarso de Melo,⁴⁸ o alijamento da população brasileira a direitos de cunho social é histórico e remonta à época do Brasil Colônia. Os caminhos da realidade, conforme sustenta,⁴⁹ são mais tortuosos do que o Direito faz supor, ou seja, em nosso país “quando princípios e normas são colocados em face das situações concretas que se propõem transformar e, ainda mais, quando se considera o emaranhado de ideologias com que se depara a vontade constitucional”⁵⁰ claro fica que os efeitos prescritos pelas normas serão percebidos pelas diversas classes sociais de modo diverso, fazendo subsistir, assim, sob um mesmo solo nacional projetos societários antagônicos, mas erigidos a partir de um mesmo diploma constitucional.

Tal movimento contraditório pôde ser percebido com maior clareza a partir da década de 1990,⁵¹ quando então o Brasil implementou em solo pátrio um modelo de Estado conhecido como Neoliberal, o que colocou-nos frente a uma contradição legislativa gigantesca: de um lado, a Constituição Federal de 1988⁵² prometendo garantias aos trabalhadores; e de outro, uma política de governo que mirava um norte privatista, de

44 STRECK, Lenio Luis. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais**. In: Estudos Jurídicos, v. 35, n. 95, p. 49-86, set/dez, 2002, p. 83.

45 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

46 PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 125.

47 BRASIL, *op. cit.*

48 MELO, Tarso de. **Direito e Ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

49 Ibid.

50 Ibid., p. 17.

51 PEREIRA, *op. cit.*

52 BRASIL, *op. cit.*

esvaziamento do setor público para a implementação do chamado Terceiro Setor como sucedâneo do Estado.⁵³

Por isso tudo, pois, que em que pese toda a história que o Movimento de Reforma Sanitária tem em relação a conquistas positivas no campo social brasileiro e a vitória que foi a recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁴ das diretrizes estabelecidas pelo Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde,⁵⁵ depois da ofensiva neoliberal que sofremos “nada efetivamente mudou na qualidade de vida da população”,⁵⁶ como evidenciam Maria Inês Souza Bravo e Maurílio Castro de Matos. Aos cidadãos que se encontram fora dos circuitos de consumo, como define Boaventura de Sousa Santos,⁵⁷ restou apenas o Judiciário e as suas respostas individualistas e carentes de efetividade, eis que se um cidadão lograr êxito em uma demanda judicial e receber em seu favor uma sentença de procedência para internação, por exemplo, esta não criará no prazo estabelecido pelo magistrado um leito no hospital, tendo em vista que a competência de criá-lo e de disponibilizá-lo a todo e qualquer cidadão que dele necessitar é do Executivo, que sustenta ser impossível naquele momento realizar a política em questão, invocando a *Reserva do Possível*.⁵⁸ Assim, nesse contexto nem o cidadão em questão nem a sociedade em geral terá o direito social e fundamental à saúde realizado, tendo de um lado um Judiciário que se movimenta em vão, e de outro, a perpetuação de um agir ilegal e inconstitucional de um modelo estatal falido.

Desse modo, portanto, deu-se e dá-se a *judicialização* da Política Social de Saúde Pública no Brasil. O que nos cumpre, por fim, é compreender não mais de que modo ela se realiza ou quais os resultados que dela advêm, mas sim o que representa para a sociedade este agir *disfuncional* (entendido aqui como desvio de função precípua de Poder de Estado e não

53 MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social:** crítica ao padrão emergente de intervenção social. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

54 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

55 **RELATÓRIO Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde.** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 31 out. 2012.

56 BRAVO, Maria Inês Souza; MATOS, Maurílio Castro de. A Saúde no Brasil: reforma sanitária e ofensiva neoliberal. In: BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. (Org.). **Política Social e Democracia.** 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008, v. 1, p. 197-216. p. 203.

57 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. (org.). **Direito e Justiça:** a função social do judiciário. São Paulo: Editora Ática, 1997.

58 SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 93-106.

um agir contrário ao funcionalismo, como querem os funcional-positivista) dos Poderes de Estado, para o fim de se compreender de que modo poderemos vencer o atual estado de precariedade da prestação social da garantia constitucional que é a Saúde Pública.

3.1 É a *Judicialização da Política* um Fenômeno do Movimento de Acesso à Justiça? Entre os planos nacionais interno e externo, o magistrado da contemporaneidade se vê envolto a um processo de internacionalização que expande o rol de direitos humanos fundamentais e só a sua harmonização resolverá o problema do real acesso à justiça

Com a “expansão dos direitos sociais”,⁵⁹ resultado da consolidação do *Estado-providência*⁶⁰, e a conseqüente “integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance”,⁶¹ à sociedade moderna, como fruto dessa expansão, restou *forçar* o Judiciário a ingressar numa segunda onda de acesso à justiça, como definem Cappelletti e Garth⁶², tendente a não só garantir a assistência judiciária gratuita, mas a superar a concepção tradicional do processo civil, que “não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos”,⁶³ e a proporcionar representação jurídica para os direitos coletivos, “especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor”.⁶⁴

Essa expansão, como ensina Boaventura de Sousa Santos⁶⁵, veio a agravar-se ao final da década de 1970 (em uma perspectiva mundial, não propriamente brasileira), quando um período de crescimento econômico cedeu espaço a uma recessão que se prolonga até hoje. Desse modo, os recursos financeiros dos Estados foram progressivamente reduzidos e, por

59 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. (org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1997. p. 43.

60 A historicidade da formação do Estado brasileiro evidencia que nossa sociedade não passou pelo chamado Estado-providência (*Welfare State*). Conforme ensina Antonio Carlos Wolkmer (1990, p. 48), o Estado brasileiro “tem assumido diversas roupagens, ou seja, *Estado Patrimonial-burocrático* (Colônia), *Estado Oligárquico* (Império e Velha República), *Estado Corporativista* (Estado Novo, de 1937), *Estado Populista* (anos 40 e 50) e *Estado Tecnocrático* (Pós-revolução de 64)”, findando com o atual *Estado Democrático de Direito*. Portanto, a *explosão de litigiosidade brasileira* se deu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, momento histórico que proporcionou ao cidadão o efetivo acesso à justiça.

61 SANTOS, *op. cit.*, p. 43.

62 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

63 *Ibid.*, p. 49.

64 *Ibid.*, p. 31.

65 SANTOS, *op. cit.*, p. 43.

consequência, deu-se início a uma “crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares”.⁶⁶

Isso implicou, por conseguinte, que os novos conflitos advindos dos novos direitos sociais fossem constitutivamente jurídicos, cuja dirimição caberia, em princípio, aos *tribunais*. Desse modo, resultou numa “explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta”,⁶⁷ agravando sensivelmente o “problema da representação dos interesses difusos”.⁶⁸

Destarte, a partir dessa *explosão de litigiosidade*⁶⁹, como um desafio à concretização desses novos direitos (que são, além de tudo, Direitos Humanos Fundamentais), o Estado passou a enfrentar uma situação paradoxal, pois além de ser o *juiz*, acabou por ser também o *acusado* quando se trata de garantir juridicamente a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais.⁷⁰ Além disso, acrescenta-se a esse mais outro desafio, pois ao cidadão é permitido contemporaneamente buscar a tutela tanto dos direitos universalmente catalogados (Art. 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷¹) quanto àqueles constitucionalmente assegurados para defender-se de qualquer violação que sofrer,⁷² ingressando, assim, numa terceira onda de acesso à Justiça⁷³.

Essa terceira onda, que vem a reconhecer e corroborar para com a consolidação das reformas da primeira (assistência judiciária gratuita) e da segunda (representação dos direitos difusos), constitui-se em um “novo enfoque de acesso à Justiça”,⁷⁴ permitindo enxergar não só as conquistas, mas os limites impostos aos direitos sociais básicos nas sociedades

66 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. (org.). **Direito e Justiça**: a função social do judiciário. São Paulo: Editora Ática, 1997. p. 44.

67 Ibid.

68 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 49.

69 A *judicialização da saúde* é um exemplo concreto de *explosão de litigiosidade*.

70 BICUDO, Hélio. O Desafio dos Direitos Humanos. In: ALBUQUERQUE, Paulo; KEIL, Ivete; VIOLA, Solon (org.). **Direitos Humanos**: alternativas de justiça social na América Latina. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 14.

71 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

72 Como bem evidencia Cançado Trindade (2007, p. XXXIII), os Direitos Humanos operam ostensivamente na defesa dos mais fracos, nas relações entre desiguais. Por isso, na ânsia de posicionar-se ao lado dos mais necessitados, a busca pela proteção dos direitos fundamentais do cidadão deve transpassar fronteiras jurídicas e buscar o *princípio mais benéfico* ao seu caso concreto.

73 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*

74 Ibid., p. 67.

contemporâneas. “Sua preocupação é basicamente encontrar *representação* efetiva para interesses antes não representados ou mal representados”,⁷⁵ tendo, assim, um *enfoque* muito mais amplo que aqueles das duas ondas anteriores. Ela centra, portanto, sua atenção “num conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas”,⁷⁶ reconhecendo, destarte, a necessidade de se “correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”⁷⁷ e de se desenvolver instituições efetivas para enfrentá-lo, inaugurando uma nova forma de entender a função social do Poder jurisdicional no *Estado Contemporâneo*.

Assim sendo, impõe-se uma abordagem de um ponto sensível sobre como se deve entender a atuação e a função do Judiciário na contemporaneidade: a partir da *relativização da soberania*⁷⁸, alargou-se a possibilidade de os magistrados julgarem com base em normas não criadas em solo pátrio, garantindo ao cidadão a aplicabilidade de um direito que é dele, porém não criado por ele. Isso caracteriza um movimento que se pode dizer de *internacionalização das fontes do Direito*, que representa não só um *alargamento de mentalidade*⁷⁹, mas uma verdadeira ampliação da competência jurisdicional frente à garantia da inviolabilidade dos Direitos Humanos como um todo.

Desse modo, para um efetivo acesso à justiça, cumpre ao magistrado, que se encontra inserido nesse processo de internacionalização, fazer com que todos os direitos inerentes ao ser humano sejam assegurados sem que a soberania nacional seja atentada, sendo ele o agente

75 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 67. Grifo dos autores.

76 Ibid., p. 67-68.

77 Ibid., p. 71.

78 Quando se fala em concretização dos Direitos Humanos na contemporaneidade, há uma clara necessidade de, antes de tudo, se repensar a noção tradicional de soberania, primeiro fundamento do Estado brasileiro (Artigo 1º, I da CF), pois não haverá como projetar uma agenda de garantias internacionais se os Estados continuarem a confinar ao interior de suas *murallas* a competência exclusiva de delimitar aquilo que fundamenta a essência do cidadão (PIOVESAN, 2012). Além disso, só haverá uma efetiva e plena proteção e promoção dos direitos fundamentais quando ao cidadão for garantido buscar amplamente seus direitos nos mais variados catálogos de Direitos Humanos, extrapolando a esfera jurídica nacional. No entanto, cumpre salientar que a soberania, quando entendida como forma de expressão da vontade geral de um povo, como no Brasil, não deve ser suprimida, pois descaracterizaria a própria formação do Estado. Assim, quando para defender o indivíduo de atos exorbitantes desse *poder soberano*, cumpre à humanidade a salvaguarda dos direitos fundamentais inerentes a ele, tendo na esfera supranacional o rol de direitos necessários à sua proteção e, na nacional, o meio processual cabível para atuar contra o Estado, relativizando a soberania nacional através da harmonização dos ordenamentos jurídicos.

79 Hannah Arendt (1992, p. 274) ensina que a expressão *mentalidade alargada* traduz uma forma diversa de pensamento, a qual não se basta em estar em concórdia com o próprio eu, mas em ser capaz de pensar colocando-se no lugar de todas as demais pessoas.

harmonizador⁸⁰ quando a jurisdição for provocada. É essa, portanto, a função social do magistrado frente às dificuldades de concretizar os Direitos Humanos Fundamentais dentro de uma sociedade cada vez mais complexa e plural e, por conseguinte, o desafio do Poder Judiciário de garantir o necessário acesso à Justiça.

O que cumpre ao jurista, portanto, é buscar a implementação de mecanismos capazes de superar a epistemologia privatista vigente na atual Teoria Geral do Processo, para dar espaço a uma que efetivamente incorpore as reivindicações das três ondas renovatórias de acesso à Justiça às agendas do Poder Judiciário, instrumentalizando-o, desse modo, para resolver os litígios que delas advierem. E uma saída possível é a concretização do modelo coletivo de processo.

3.2 A Internacionalização do Direito e o Caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 3.510 como Paradigma de um Processo de Modelo Coletivo: um comparativo entre Brasil e Portugal no tratamento judicial do direito à saúde e a função social do magistrado na concretização dos direitos humanos fundamentais

Segundo evidencia Antônio José Avelãs Nunes,⁸¹ não há notícia até o momento presente de decisão judicial cujo teor é condenar o Poder Executivo de Portugal a adotar medidas de realização do direito à saúde. Ademais, conforme sustenta o citado autor, “o universo português é, pois, a este respeito, radicalmente diferente do brasileiro”,⁸² visto que o Tribunal Constitucional daquele país, quando provocado por duas vezes a manifestar-se em relação ao direito à saúde, pronunciou-se sobre a inconstitucionalidade de dois diplomas legais, restringindo-se, portanto, à sua condição de Poder Político legitimado a exercer tão-somente o controle da constitucionalidade das leis. É de extrema relevância tal informação,

80 A harmonização, como ensina Delmas-Marty (2003), é forma de fazer com que os sistemas se aproximem sem que as diferenças sejam todas suprimidas. Desse modo, é meio de internalizar os Direitos Humanos sem que estes suprimam direitos fundamentais legitimados por lutas e conquistas históricas do cidadão nacional, servindo, ainda, como meio ratificador dos direitos fundamentais. A harmonização soma ao sistema jurídico interno o conjunto de princípios externos, sem, no entanto, substituir ou subtrair direitos e garantias nacionais, ordenando o múltiplo.

81 NUNES, António José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. In. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

82 Ibid., p. 11.

tendo em vista que é justamente do Estado de Direito Democrático daquele país⁸³ que provém a inspiração para a construção do nosso Estado Democrático de Direito, cujas bases encontram-se assentadas na principiologia emanada por aquele.⁸⁴

Tal fenômeno jurídico-político, portanto, quando se trata de *civil law*, é quase que um privilégio do povo brasileiro. Tal condição ímpar, contudo, aparentemente se realiza no plano do ser, enquanto que no plano do dever ser, conforme sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello,⁸⁵ a função pública no Brasil é desempenhada por poderes orgânicos e instrumentalmente necessários para que se alcance o interesse público, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A cada um, pois, cumpre uma função, e tal como ocorre em Portugal ao Judiciário não cabe aquela de inovar inicialmente na ordem jurídica (legislar) ou de exercer os comandos legais por meio de órgãos e sujeitos investidos para tal fim (administrar), mas sim aquela de resolver controvérsias e assegurar a legalidade e a constitucionalidade do agir executivo.⁸⁶

No Brasil, contudo, em sentido contrário se postou a afamada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, caso emblemático de internacionalização do Direito na jurisprudência brasileira recente, que tinha por fim declarar inconstitucional o Artigo 5º da Lei 11.105/2005,⁸⁷ a Lei de Biossegurança. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que tal Artigo não merecia reparo, permitindo, em maio de 2008, para fins de terapia e pesquisa, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

83 PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

84 Resta assim redigido o texto do Artigo 2º da Constituição da República Portuguesa (2012), aprovada e decretada pela Assembleia Constituinte daquele país em 2 de abril de 1976: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

85 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

86 *Ibid.*, p. 29-36.

87 BRASIL. **Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

Para melhor elucidar a singularidade desse caso e o peso de tê-lo como exemplo, do voto do relator da ADI Ministro Carlos Ayres Britto, se extrai as seguintes palavras: “ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias”,⁸⁸ cujo desfecho, em virtude da importância que tal ação detém, “é de interesse de toda a humanidade”.⁸⁹ Assim, com base em tal afirmação e utilizando-se da ferramenta da transdisciplinariedade, o Supremo Tribunal Federal, em experiência inédita, convocou autoridades dos diversos campos do saber, para, em audiência pública, proferirem seus pareceres sob o prisma das disciplinas que representam. Tal *alargamento de mentalidade* configura não só uma caminhada em direção à democracia direta, mas um início de abertura a novas e diferenciadas formas de interpretação constitucional que os tribunais vêm se inserindo.

Peter Häberle, jurista alemão, ensina que “os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.⁹⁰ E que numa sociedade de relações complexas e de natureza plural, a interpretação constitucional não deve ser condicionada a uma *sociedade fechada* dos “intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional”⁹¹ (modelo individualista), mas aberta a “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado”⁹² de intérpretes da Constituição (modelo coletivo). Assim, essa postura adotada pelo STF denota um movimento de abertura à pluralidade que a *sociedade jurídica* brasileira vem se inserindo, importando ao processo jurídico (notadamente ao de cunho constitucional), além das normas de Direito nacional, os diversos dogmas religiosos, os rumos das pesquisas científicas, os posicionamentos políticos e o debate ético gerado em torno do caso concreto, conferindo à decisão maior legitimidade perante a sociedade como um todo.

88 BRITTO, Carlos Ayres. Relatório e voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

89 Ibid.

90 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

91 Ibid.

92 Ibid.

Mas os Ministros do STF não se bastaram apenas com as leis nacionais e as informações colhidas da audiência pública para acordarem e darem resposta final ao caso: buscaram também nas fontes normativas e jurisprudenciais estrangeiras e internacionais a base necessária para que, junto das normas, costumes e princípios de Direito brasileiros, proferissem a melhor decisão à ADI 3510.

Tomemos como exemplo os votos das Ministras Cármen Lúcia⁹³ e Ellen Gracie⁹⁴, e dos Ministros Gilmar Mendes⁹⁵ e Ricardo Lewandowski⁹⁶. Cármen Lúcia fundou seu voto para além dos marcos normativos e jurisprudenciais nacionais, citando o Art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica; o preâmbulo e o Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; os arts. 1º, 10 e 11 da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO de 1998; o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945; o Art. 3º da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 1975; e o item 6 da Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano de Estocolmo de 1972. Ellen Gracie, então presidente do Supremo Tribunal Federal, nessa mesma esteira, citou o marco normativo estrangeiro *Human Fertilisation and Embryology Act* do Reino Unido, internacionalizando também o seu embasamento jurídico.

Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski foram mais longe: buscaram seus fundamentos não só nas fontes de Direito brasileiro ou em catálogos de Direito Internacional,

93 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510CL.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

94 NORTHFLEET, Ellen Gracie. Voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

95 MENDES, Gilmar Ferreira. Voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

96 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510RL.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

mas também em normas e jurisprudências estrangeiras. O primeiro, além de citar fontes de Direito nacional e internacional, também fundou sua decisão naquelas de Direito estrangeiro, dentre as quais se destacam o Art. 2º, II, da Lei Fundamental e a lei sobre a importação e utilização de células-tronco alemãs; a Lei de Bioética francesa; a Lei Espanhola nº 14, de 3 de julho de 2007; e a Lei Geral de Saúde do México. Além disso, como exemplo, citou as sentenças 53/1985, 212/1996 e 116/1999 da jurisprudência espanhola, a decisão da Suprema Corte estadunidense no caso *Roe vs. Wade*, e as decisões do Tribunal Constitucional alemão sobre aborto (*BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993*). Nesse mesmo caminho, o segundo utilizou-se de largo rol de referências normativas não-nacionais. A título de exemplo, destacam-se a lei federal suíça de 1998; o Relatório elaborado pelo *Human Embryo Research Panel* dos Estados Unidos da América em 1994; o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa; o Código de Saúde Pública francês; as Leis alemãs de proteção ao embrião e das células-tronco; as Leis 35/1988, 45/2003 e 14/2007 e o Código Penal espanhol; e o *Genetic Information Nondiscrimination Act*, aprovado pelo Congresso estadunidense. Além disso, em seu voto fez referência às decisões da Corte Constitucional da Espanha sobre proteção à vida humana, especialmente as de nº 53/1985 e nº 116/1999, citadas através de doutrina invocada.

Assim sendo, evidencia-se que esse movimento de partilha de fontes e experiências entre os Tribunais do mundo, traduzida por Antoine Garapon e Julie Allard⁹⁷ como *comércio entre juízes*, representa não só a acolhida de uma rede de trocas (ou *intercâmbio normativo entre juízes*), mas uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas e corteses advindas de uma dependência recíproca dos seres humanos em buscar na experiência do outro o sustentáculo à sua decisão, a fim de que lhe proporcione maior legitimidade e aprovação. Não significa, portanto, um *governo de juízes*, nem o início de um Direito único e universal, mas alarga a comunidade jurídica de modo a formar uma *comunidade de princípios*.⁹⁸ Esta última, por conseguinte, serve de referência global aos magistrados de modo a fazer com que tenham a possibilidade, e não a obrigação, de utilizar no caso concreto os mesmos princípios de justiça defendidos em outros países.

97 GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 9.

98 Ibid., p. 82.

Desse modo, pode-se sustentar que o magistrado, enquanto órgão do Poder Judiciário (Art. 92 da Constituição Federal de 1988⁹⁹) investido de poder jurisdicional (Art. 1º do Código de Processo Civil¹⁰⁰), constitui-se em verdadeiro motor de promoção dos Direitos Humanos quando atua no âmbito de um processo de modelo coletivo, pois lhe é conferida uma postura ativa, de participação cidadã. Isso não significa que a partir de então lhe ficará permitido julgar para além ou aquém da lide proposta ou que poderá atuar de ofício em todos os atos processuais, mas sim que sua atuação não mais será de mero condutor do processo, de espectador, privilegiando ao cidadão jurisdicionado uma decisão em prol às reivindicações e necessidades sociais, tendo sempre em vista a concretização da justiça num procedimento célere, eficiente e plural. Como sustentam Cappelletti e Garth: “um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo”,¹⁰¹ visto que “maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes”.¹⁰²

De fato, na atual cultura jurídica, a “realidade positivista do Direito, institucionalmente exercida pelos seus Agentes, mostra-se incompatível com as novas necessidades da nossa sociedade”,¹⁰³ criando, desse modo, “um fosso significativo entre o poder e a população”.¹⁰⁴ Assim, para transpassar esse *fosso* e concretizar o necessário *modelo coletivo de processo*, cumpre que se critique, antes de tudo, o tecnicismo e a objetividade em excesso do ensino jurídico¹⁰⁵, para, enfim, se criticar os Agentes (ou Juristas) e o Poder Judiciário.

Destarte, sob uma perspectiva *jus-sociológica*, ao Direito não cumpre mais “apresentar-se como instrumento fechado dentro dos limites do paradigma dogmático jurídico positivista, ou seja, como verdade isolada e absoluta”,¹⁰⁶ mas sim, “como possibilidade concreta de fortalecer e consolidar a democracia”.¹⁰⁷ Deve, desse modo, se inserir no rumo de

99 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

100 BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 1º nov. 2012.

101 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 77.

102 Ibid.

103 PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. O Ensino Jurídico na Perspectiva Sociológica: a necessidade de novos caminhos ao Direito. In: CHAMON, Edna Maria Querido de Oliveira; SOUSA, Cidoval Moraes de (org.). **Estudos interdisciplinares em ciências sociais**. Taubaté: Cabral, 2006. p. 146.

104 Ibid.

105 Ibid., p. 147.

106 Ibid.

107 Ibid.

uma reforma educacional (e cultural) voltada à concretização de “novas hermenêutica e axiologia”,¹⁰⁸ para que, em decorrência disso, se humanize a *teoria jurídica* em seu todo.

Com essa nova postura, portanto, se *reconfigura* o modo de entender a função social do magistrado do Estado Democrático de Direito, que passa a ter como papel fundamental a concretização de um processo de modelo coletivo, privilegiando a democracia e equalizando a ordem jurídica nacional, internacional e estrangeira sob uma perspectiva de primazia da dignidade humana (Art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰⁹), sanando toda e qualquer dificuldade à concretização dos Direitos Humanos frente à internacionalização do Direito. Assim, não se vê como apenas um intérprete formal do texto normativo, mas como um participante ativo da sociedade e um agente impulsionador dos direitos e garantias do cidadão, promovendo a paz e concretizando os objetivos de um Estado republicano e plural, para, enfim, garantir o acesso pleno a uma verdadeira e concreta justiça

5 CONCLUSÃO

Assim, como bem se pôde pontuar neste singelo trabalho que ora se encerra, as Políticas Sociais Públicas surgiram no capitalismo como resposta às seqüelas da questão social. De fato, fora a partir do advento de uma concepção republicana de Estado que as ações estatais passaram a ser pensadas como um compromisso funcional do Poder Executivo, real depositário do dever de realizar os direitos dos cidadãos. Ao Judiciário, como visto, caberia apenas o dever de zelar pela legalidade e pela constitucionalidade dessas ações; entretanto, contemporaneamente, esta realidade transformou-se, fazendo-se premente, para uma concreta observação do preceito da Dignidade da Pessoa Humana, o atravessamento de um poder estatal no outro, para o fim de realizar os direitos dos cidadãos.

108 PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. O Ensino Jurídico na Perspectiva Sociológica: a necessidade de novos caminhos ao Direito. In: CHAMON, Edna Maria Querido de Oliveira; SOUSA, Cidival Morais de (org.). **Estudos interdisciplinares em ciências sociais**. Taubaté: Cabral, 2006. p. 142.

109 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

Em verdade, após a instauração das *crises do Estado (Moderno)*¹¹⁰ e a conseqüente não satisfação dos direitos prometidos aos cidadãos nas mais diversas Cartas de Direitos, notadamente nas Constituições, restou ao Poder Judiciário o dever de concretizar, em substituição à administração pública, os mais básicos direitos sociais, dada a inércia do Executivo. Contudo, com esse movimento de transferência de responsabilidade, a concretização dos direitos sociais básicos sofreu um grande revés: sua realização, que deveria de ser coletiva, por se encontrar em um contexto processual de matriz individualista, tornou-se individual, pontual, concentrada em um único sujeito, o cidadão jurisdicionado.

Houve, a partir daqui, uma *explosão de litigiosidade*¹¹¹ que só uma reordenação da administração da Justiça poderia dar uma resposta suficientemente concreta para superar a crise instaurada. Caso emblemático, no Brasil, conforme bem noticia o Conselho Nacional de Justiça (CNJ),¹¹² é o alto índice de demandas na área da saúde, dado que até abril do ano de 2011 o país reunia um total de duzentos e quarenta mil novecentos e oitenta processos em tramitação sobre esta matéria, conforme fora apresentado à introdução deste trabalho. Essa demanda, cuja maior concentração encontra-se justamente no estado do Rio Grande do Sul, convencionou-se chamar de *judicialização da saúde*, ou, ainda, de *judicialização da política social pública de saúde*.

O direito à saúde, como evidente, é fruto de lutas e conquistas históricas, sendo ele um Direito Humano Fundamental. No Brasil, em verdade, passou por um processo de construção coletiva surgida da base social, que resultou em um dos mais avançados sistemas de saúde do mundo, o Sistema Único de Saúde (SUS).¹¹³ Atualmente, pois, encontra-se positivado em nossa Carta Política¹¹⁴ ao Artigo 6º como um direito social, bem como ao Artigo 196 e seguintes, como um direito do cidadão e um dever do Estado.

110 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

111 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. (org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1997.

112 CAVALCANTI, Hylda. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

113 **RELATÓRIO Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2012.

114 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 nov. 2012.

Entretanto, desde há muito tais comandos constitucionais vêm sendo desrespeitados pelas mais diversas instâncias da administração pública, gerando um fosso gigantesco entre as promessas da Carta Política de 1988 e o que realmente se faz no momento da execução da Política Social de Saúde Pública. Como forma de escapar à inércia executiva, ao cidadão cumpre buscar no Judiciário o meio suficiente e competente para a realização de seu direito, legando ao julgador um dever de procura pelos mais diversos mecanismos jurídicos para tanto.

De fato, esse esquadramento dos mais diversos meandros jurídicos tem implicado, na contemporaneidade, pela complexidade que a sociedade e as demandas judiciais têm tomado, um readequar de posição dos magistrados, que devem primar pela concreta realização dos Direitos Humanos Fundamentais dos cidadãos que buscam o seu poder jurisdicional. Assim, pela busca de um fundamento mais adequado e completo ao dever de julgar, acabam esses Agentes do Estado realizando alargamentos da mentalidade jurisdicional que muitas vezes extrapolam até mesmo os limites geográficos de seu ambiente jurisdicionado, internacionalizando o Direito, bem como buscam nos mais diversos campos dos saberes científico, social e religioso os anseios de uma nação que clama pelo reconhecimento e realização de seus direitos.

Desse modo, evidencia-se que o Brasil, ainda que timidamente, está se inserindo em um movimento de partilha de fontes e experiências entre os Tribunais do mundo, traduzida por Julie Allard e Antoine Garapon como *comércio entre juízes*.¹¹⁵ Isso representa não só a acolhida de uma rede de trocas (intercâmbios), mas uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas e corteses¹¹⁶ advindas de uma dependência recíproca dos seres humanos em buscar na experiência do outro o sustentáculo à sua decisão, a fim de que lhe proporcione maior legitimidade e aprovação. Não significa, portanto, um *governo de juízes* nem o início de um Direito único e universal, mas alarga a comunidade jurídica de modo a formar uma *comunidade de princípios*. Esta última, por conseguinte, serve de referência global aos magistrados de modo a fazer com que tenham a possibilidade, e não a

115 GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 9.

116 Ibid.

obrigação, de utilizar no caso concreto os mesmos princípios de justiça defendidos em outros países.¹¹⁷

Em verdade, esse *intercâmbio entre juízes*, embora notadamente argumentativo, implica um partilhar e um “assumir a responsabilidade pelos problemas e pelas soluções e já não simplesmente de enunciar as normas, os conceitos e as doutrinas”.¹¹⁸ Pode-se dizer, então, que as decisões, quando proferidas sob circunstâncias de interesse geral, são fundadas em determinados *princípios de moralidade política* considerados corretos¹¹⁹ (como, por exemplo, a proibição à tortura e aos trabalhos considerados desumanos), tendo nos princípios democráticos e republicanos seu esteio e, nos objetivos gerais da nação, seu fim.

Essa troca de informações entre tribunais, como a que ocorreu na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, abre um mundo de possibilidades que só se evidencia em uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.¹²⁰ E, além disso, essa circulação de decisões e experiências serve como esteio ao esforço de *bem julgar*, porque além de reforçar a universalidade dos Direitos Humanos Fundamentais, concretiza seu objetivo central: proteger o cidadão, independente de nacionalidades, através da busca à fonte mais benéfica para melhor lhe prestar a tutela jurisdicional. Em suma, como ensinam Allard e Garapon, é “o único modo de tornar efetivo o conceito de direitos fundamentais”.¹²¹

Assim, esse compartilhar de interpretações evidencia um recíproco viver a norma interpretada, sendo o jurista também atingido pela prestação jurisdicional. Desse modo, cumpre ao magistrado uma postura ativa enquanto cidadão do Estado Democrático de Direito, pois lhe cabe, além da função política que exerce, em razão dessa nova postura cidadã, uma busca pela efetiva promoção dos direitos que fundamentam a sua própria existência e a dos demais, assim como uma busca pela promoção de uma paz estável na comunidade como um todo através da primazia dos Direitos Humanos Fundamentais.

É esse, por fim, o juiz do Estado Democrático de Direito, pois privilegia a democracia e equaliza a ordem jurídica nacional, internacional e estrangeira sob o prisma da primazia da

117 GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 82.

118 Ibid., p. 84.

119 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000-2001. p. 3-6.

120 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

121 GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie, *op. cit.*, p. 83.

Dignidade Humana, sanando toda e qualquer dificuldade à concretização dos Direitos Humanos Fundamentais frente à Internacionalização do Direito. Assim, não se vê como apenas um intérprete da norma, mas como um participante ativo da sociedade e um agente impulsionador dos direitos e garantias do cidadão, promovendo a paz e concretizando os objetivos de um Estado republicano e plural.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2010.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

BICUDO, Hélio. O Desafio dos Direitos Humanos. In: ALBUQUERQUE, Paulo; KEIL, Ivete; VIOLA, Solon (org.). **Direitos Humanos: alternativas de justiça social na América Latina**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 6 nov. 2012.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 1º nov. 2012.

_____. **Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de

15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 22 out. 2012.

BRAVO, Maria Inês Souza; MATOS, Maurílio Castro de. A Saúde no Brasil: reforma sanitária e ofensiva neoliberal. In: BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. (Org.). **Política Social e Democracia**. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008, v. 1, p. 197-216.

BRITTO, Carlos Ayres. Relatório e voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAVALCANTI, Hylda. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e neoliberalismo**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000-2001.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

GRANEMANN, Sara. Políticas sociais e serviço social. In: REZENDE, Ilma; CAVALCANTI, Ludmila Fontenele. (Org.). **Serviço social e políticas sociais**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006, p. 11-24.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510RL.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

MARCUSE, Herbert. **Cultura e Sociedade**. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

MÉDICOS e enfermeiros protestam para defender a saúde na Espanha. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 18 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=1319349&tit=-Medicos-e-enfermeiros-protestam-para-defender-a-saude-na-Espanha>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MELO, Tarso de. **Direito e Ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade rural. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MENDES, Eugênio Vilaça. **Os grandes dilemas do SUS**. Salvador: Casa da saúde, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social:** crítica ao padrão emergente de intervenção social. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

NETTO, José Paulo. Cinco Notas a Propósito da “Questão Social”. **Temporalis:** Revista da Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social. Brasília: ABEPSS, ano 2, nº3, 2001.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal.** Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

NUNES, António José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à Saúde. In. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ORDOÑEZ, Marlene; QUEVEDO, Julio. **Historia.** 1. ed. São Paulo: IBEP, 1999. (Col. Horizonte)

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas:** subsídios à crítica dos mínimos sociais. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Política social:** temas & questões. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. O Ensino Jurídico na Perspectiva Sociológica: a necessidade de novos caminhos ao Direito. In: CHAMON, Edna Maria Querido de Oliveira; SOUSA, Cidoval Moraes de (org.). **Estudos interdisciplinares em ciências sociais.** Taubaté: Cabral, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementariedade e soberania**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/349/551>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 1º nov. 2012.

RELATÓRIO Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 31 out. 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Voto na ADI 3510. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: CONECTAS Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (MOVITAE), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510CL.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da Teoria Geral do Processo à Teoria da Tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, v. 4, p. 27-52.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. (org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1997.

STRECK, Lenio Luis. **O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais**. In: Estudos Jurídicos, v. 35, n. 95, p. 49-86, set/dez, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.