

IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE X TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

JUDICIAL IMPOSITION OF PUBLIC HEALTH SERVICES X THEORY OF SEPARATION OF POWERS: AN ANALYSIS OF LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN DEMOCRATIC STATE OF LAW

Tássia Aparecida Gervasoni¹

Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

Mônia Clarissa Hennig Leal²

Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha

RESUMO: O presente estudo adota como marco jurídico-temporal a Constituição Federal de 1988, partindo da análise do direito à saúde no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro enquanto pressuposto para um mínimo existencial da dignidade humana, para então examinar alguns

* Este artigo é resultante das atividades desenvolvidas no âmbito do Projeto de Pesquisa “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Análise Comparativa da Atuação do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Constitucional Alemão e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no Controle de Políticas Públicas de Inclusão Social e a Relevância da Atuação do *Amicus Curiae* Como Instrumento de Legitimação dessas Decisões no Brasil”, financiado pelo CNPq (Edital das Ciências Sociais 2010) e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – Fapergs (Edital Pesquisador Gaúcho 2010), onde as autoras atuam como participante e coordenadora, respectivamente. O projeto está, ainda, vinculado às atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

¹ Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq. Advogada. Endereço eletrônico: tassiaag@yahoo.com.br.

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Endereço eletrônico: moniah@unisc.br.

aspectos, sobretudo conceituais, dos serviços públicos como instrumentos de realização dos direitos sociais, no que se inclui a saúde. O problema central do trabalho consiste em avaliar os (possíveis) impactos da imposição judicial de serviços públicos de saúde na teoria da separação de poderes (desvendada à luz da atual conformação do Estado Democrático de Direito). A hipótese a ser testada é a de que a atuação da jurisdição constitucional, nos termos a serem apresentados, não viola a teoria da separação de poderes por estar amparada nos pilares constitucionais do Estado Democrático de Direito firmados após a Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; serviço público; jurisdição constitucional; separação de poderes.

ABSTRACT: *This study adopts as the legal framework-time the Federal Constitution of 1988, based on an analysis of the right to health in the Brazilian constitutional law as a condition for a minimum of existential human dignity, and then examine some aspects, mainly conceptual, about public services as instruments of realization of social rights, as it includes health. The central problem of the work is to assess the (potential) impacts of judicial imposition of public health in the theory of separation of powers (unveiled in light of the current conformation of the democratic rule of law). The hypothesis to be tested is that the performance of judicial review to be presented under the theory does not violate the separation of powers, while supported by the pillars of the constitutional democratic state, signed after the 1988 Constitution.*

KEYWORDS: *Right to health; public service; judicial review; separation of powers.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os serviços públicos de saúde no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro como condição de um mínimo existencial à dignidade humana: algumas dificuldades práticas e teórico-conceituais; 2 A imposição judicial de serviços públicos de saúde no contexto da teoria da separação de poderes: uma análise (acerca das possibilidades) da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The public health services in Brazilian constitutional law as a minimum condition of existential human dignity: some practical and theoretical-conceptual difficulties; 2 The judicial imposition of public health services in the context of the theory of separation of powers: an analysis of (the possibilities of) the legitimacy of judicial review in a democratic state of law; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a objetivos desafiadores. Tratar de temas como serviço público, direito à saúde e legitimidade da jurisdição constitucional é jogar-se em um turbilhão de controvérsias

e indefinições. Por isso, adianta-se que a proposta é, antes, levantar as bases reflexivas que norteiam e reúnem esses aspectos, sem quaisquer pretensões de esgotar o assunto, tampouco trazer-lhe uma “solução”.

O estudo, que adota como marco jurídico-temporal a Constituição Federal de 1988, parte da análise do direito à saúde no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (enquanto pressuposto para um mínimo existencial da dignidade humana, cujo conceito é central ao Estado Democrático de Direito brasileiro), para, então, examinar alguns aspectos, sobretudo conceituais, dos serviços públicos como instrumentos de realização dos direitos sociais, no que se inclui a saúde.

Superada essa fase, investe-se no problema central do trabalho, que consiste em (a) avaliar os (possíveis) impactos (violação) da imposição judicial de serviços públicos de saúde na teoria da separação de poderes (desvendada à luz da atual conformação do Estado Democrático de Direito). A hipótese a ser testada é a de que a atuação da jurisdição constitucional, nos termos a serem apresentados, não viola a teoria da separação de poderes por estar amparada nos pilares constitucionais do Estado Democrático de Direito firmados após a Constituição de 1988.

1 OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO COMO CONDIÇÃO DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL À DIGNIDADE HUMANA: ALGUMAS DIFICULDADES PRÁTICAS E TEÓRICO-CONCEITUAIS

Esse é um estudo que se desenvolverá em cadeia, já que tratar de serviço público de saúde exige que se estabeleçam os contornos do próprio direito à saúde – inserido na lógica dos direitos sociais –, e a abordagem desses aspectos conduz inevitavelmente aos caminhos traçados pela Constituição.

De imediato, pode-se asseverar que a Constituição Federal brasileira de 1988, que será o marco jurídico-temporal do presente trabalho, traz a noção de dignidade humana como conceito central da ordem jurídico-constitucional, notadamente ao elencá-la como fundamento da República Federativa do Brasil³. Nessa condição, todas as ações estatais devem se pautar pela dignidade humana como fim a ser realizado (aliás, cumpre a referência, embora não seja objeto do

³ Art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

trabalho, de que esse princípio se irradia e vincula também aos particulares)⁴. Para a noção de serviço público, a dignidade dos cidadãos passa a ser um dos pressupostos de sua qualificação enquanto tal⁵.

A significação conceitual de dignidade humana sempre desafiou a doutrina, e as dificuldades dessa tarefa praticamente levaram ao consenso de que é mais fácil determinar quando esse princípio é violado, ou o que ele não é, do que encerrá-lo em uma definição única (apesar de que ainda isso é difícil). O que se tem bastante claro, em contrapartida, é que a realização da dignidade humana passa pela efetivação de diversos direitos, os quais, de certa forma, lhe são reconduzidos (ou são dela decorrentes)⁶; um desses direitos diretamente vinculado à ideia de dignidade é, sem dúvida, o direito à saúde.

Não obstante as polêmicas que o tema suscita, limita-se o objeto da presente abordagem, ao menos nesse primeiro momento, a perscrutar a forma de sua contemplação pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, bem como alguns aspectos acerca de sua exigibilidade (notadamente face ao Poder Público) e sua efetividade (com foco em aspectos orçamentários), partindo-se do pressuposto de que integra a ideia de um mínimo existencial à dignidade da vida humana⁷, embora com ela não se confunda⁸.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Em semelhante sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 163: “É muito comum a associação entre o interesse coletivo a ser atendido pelos serviços públicos e a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), o que, na grande maioria das vezes, realmente procede”.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 531.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 83: “Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como bem destaca Jorge Miranda”.

⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010. p. 235: “Justifica-se tal postura em face de que a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a constituir o que chamo de *indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial*, porque se afigura como uma das condições indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 404:

Fazendo uso das bases reflexivas lançadas por Sarlet, evidencia-se a força da lógica liberal-individualista quanto às previsões constitucionais, tendo-se em vista que praticamente nunca se questionou o fato de a propriedade (que também traz um amplo custo ao Estado para a sua manutenção – conforme a noção da teoria do custo dos direitos de Sunstein e Holmes⁹), por exemplo, ocupar um lugar de destaque na Constituição (o mesmo ocorrendo com outros direitos), mas bastando que fossem contemplados os chamados direitos sociais, cuja efetivação depende, em geral, do aporte de recursos materiais e humanos, para que se passasse a questionar a própria condição de direitos fundamentais dessas posições jurídicas¹⁰.

Nesta condição, aliás, é importante situar a saúde na segunda dimensão de direitos, os quais, por sua vez, caracterizam-se como direitos a prestações, “correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado Democrático e Social de Direito [...]”. Em relação à Constituição atual, afirma-se que referidos direitos prestacionais encontraram uma receptividade inédita no constitucionalismo pátrio¹¹.

Talvez por isso não seja incomum que se analise o direito à saúde em relação ao que a sua efetivação reclama do Poder Público. Conforme Bulos, a efetivação dos direitos sociais, no que se inclui o direito à saúde, implica o cumprimento de *prestações positivas* e *negativas*, consistindo as primeiras no dever do Poder Público de tomar medidas preventivas ou paliativas no combate

“Para além de outras considerações, insistimos aqui na tese de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com o maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, assim como também a assim designada garantia do mínimo existencial, mesmo no caso dos direitos sociais, não pode ser pura e simplesmente identificada como o núcleo essencial de tais direitos, pelo menos não no sentido de que se trata de categorias absolutamente idênticas, o que, todavia, não significa que não haja um relação entre tais figuras jurídicas”.

⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Macmilann, 2004.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, p. 2, abr./maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2010. Em semelhante observação, Ledur também destaca “a oposição político-econômica e o desprezo jurídico de que os direitos sociais ainda são objeto [...]” (LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69).

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 185.

e no tratamento de doenças, e, as segundas, na abstenção da prática de atos obstaculizadores do exercício desse direito fundamental¹².

Relativamente ao caráter prestacional dos direitos sociais, Sanchís registra algumas advertências, tais como a de que (a) nem sempre os direitos genericamente considerados sociais exigirão uma prestação em sentido estrito (por exemplo, direito de greve e de liberdade sindical), ao mesmo tempo em que, (b) quando se refere direitos prestacionais em sentido estrito, quer-se indicar bens e serviços economicamente avaliáveis; do contrário, isso é, se aí se inserissem também a defesa jurídica ou a proteção administrativa, todos os direitos fundamentais mereceriam a qualificação de prestacionais, posto que, ainda que em graus diferenciados, todos exigem uma organização estatal que lhes permita o exercício. Em outras palavras, todos os direitos fundamentais, sejam sociais ou não, necessitam de uma prestação estatal em sentido amplo¹³⁻¹⁴.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1288.

¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 da Constituição Federal*. Dourados: UFGD, 2009. p. 173-174. No mesmo sentido, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 87-88: “A primeira das características dos direitos fundamentais sociais que vem à tona é a de serem direitos a ações positivas. [...] Porém, nem todos os direitos a ações positivas são direitos fundamentais sociais. Estes formam uma espécie de direitos fundamentais prestacionais em sentido amplo, que compreendem direitos à proteção, direitos à organização procedimentos e direitos fundamentais sociais. Os direitos prestacionais em sentido amplo são direitos a ações positivas, porém cada um destes tipos de direitos tem seus caracteres próprios. Por exemplo, direitos a procedimentos e organização são direitos positivos a ações normativas do Estado. [...] Neste sentido, impende acrescentar o elemento fático ao conceito. Assim, direitos fundamentais sociais são direitos a ações positivas fáticas. Não são, porém, quaisquer ações fáticas: são aquelas que, se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e, se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obtê-las também de particulares. [...] Entretanto, nem tudo que pode ser encontrado no mercado pode ser objeto de um direito fundamental social. Agrega-se, então, o caráter da importância”.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 50-51: “Em termos mais ou menos neutrais, o direito a prestações reduz-se ou reconduz-se ao seguinte: O direito de qualquer cidadão a um acto positivo (*facere*) dos poderes públicos (Estado). Trata-se de um conceito amplo, pois o direito a um acto positivo do Estado tanto pode consistir: 1) no direito de o cidadão exigir do Estado protecção perante outros cidadãos (exemplo, através de normas penais); 2) no direito a que o Estado atribua aos cidadãos uma posição organizatória e proceduralmente relevante para a defesa ou exercício de outros direitos (exemplo, participação em órgãos colegiais, participação no procedimento administrativo); 3) no direito a prestações fáticas (subvenções, lugares na Universidade, postos de trabalho, serviços de saúde), falando-se aqui de direito a prestações em sentido estrito (*Leistungsrechten im engeren Sinne*). [...] Consequentemente, e ao contrário do que por vezes se afirma, alguns dos ‘típicos direitos liberais’ apresentam problemas semelhantes aos dos modernos ‘direitos a prestações’”.

Sem pretensões de aprofundar esse ponto específico (não por desprezo ao tema, mas por escapar às margens da presente proposta), é de se deixar assentado que os direitos a prestações (tanto em sentido amplo quanto restrito) “se encontram a serviço de uma concepção globalizante e complexa do ser humano e de sua posição no e perante o Estado”, ancorada no pressuposto de que a proteção da liberdade e da igualdade não deve ser reduzida a uma dimensão meramente jurídico-formal¹⁵.

De todo modo, e especificando novamente a abordagem, os fundamentos básicos do direito à saúde no Brasil estão constitucionalmente dispostos no art. 6º (“são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”) e, especialmente, no art. 196 da Constituição (“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”).

Como se nota, a Constituição brasileira conforma um Estado não absenteísta, no sentido de não ser neutro, tampouco indiferente, diante das necessidades de desenvolvimento econômico e social previstas no próprio Texto Constitucional. Na prática, isso pressupõe um Estado garantidor de determinadas prestações indispensáveis à consecução desses objetivos, radicados, conforme dito, especialmente na dignidade da pessoa humana, mas também com foco na redução das desigualdades sociais e regionais¹⁶.

Em geral, é desse contexto normativo que resulta a condição de dever com relação à saúde, para além da sua caracterização como direito fundamental social. Além da inequívoca vinculação do Poder Público (expressa no Texto Constitucional), os próprios particulares não poderão ofender a saúde alheia, podendo se sustentar, de certa forma, um dever da própria pessoa (e de cada pessoa) para com a sua saúde, a ensejar que seja protegida inclusive de si mesma¹⁷.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 188-189.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 132.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 5-6. Nesse sentido, o autor sustenta a denominada “eficácia horizontal” do direito à saúde. Conforme LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática* -

Fixada a saúde como um dever, cabe indagar acerca dos instrumentos a serem empregados pelo Poder Público para o seu cumprimento. Nos termos do estudo proposto, essa análise será baseada na concepção de serviço público como meio para que o Estado efetive o direito em questão¹⁸.

De antemão, contudo, é preciso advertir que o conceito de serviço público¹⁹ é tão ou mais complexo do que o conceito de dignidade humana (justificando-se a aparente ousadia de se abordar ambos em um trabalho como o em tela pelo fato de que o objeto sugerido é apontar os elementos mais essenciais e característicos dessas noções, sem qualquer pretensão exaustiva)²⁰.

Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 66-68, passim: Pelo menos desde a Constituição Federal de 1988, apontada como responsável por uma quebra de paradigma, verificam-se fenômenos como o da constitucionalização do direito privado e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, cujo entendimento é de que “todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais, cujo conteúdo de valor deve ser protegido”. Os direitos passam a ter predomínio sobre a legislação e, “em sua condição de objetivos, fornecem diretrizes para a aplicação e para a interpretação de todo o direito infraconstitucional”. Além disso, “pode-se dizer que esta vinculação também se opera horizontalmente, na medida em que ela abre a possibilidade de se confrontarem direitos paralelos concorrentes [...]. A dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais, decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores fundamentais da comunidade, traz consigo a constatação de que eles [...] devem ter a sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, não com base apenas em sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista social, da comunidade em sua totalidade”. Deste modo, “também o exercício dos direitos subjetivos individuais resta condicionado ao interesse comunitário prevalente [...]”.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 532-533: “Também deve ser frisado que não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos, mas sim que os serviços públicos são indispensáveis ao exercício de alguns direitos fundamentais [...]. Em outras palavras, os serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos fundamentais autonomamente considerados”.

¹⁹ Exemplificativamente, CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 42, n. 167, p. 4, jul./set. 2005: “Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de *direito público*”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 157: “Além de ser mais operacional, esse conceito também é inferível da Constituição Federal de 1988, razão pela qual o adotaremos na seguinte forma: *serviços públicos são as atividades de prestação de utilidade econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade*” [grifo do autor].

²⁰ Entendendo-se aplicável à discussão em tela, cabe lembrar a observação de WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 25-26: “[...] se investigarmos reflexivamente o caráter da linguagem, perceberemos que ela se constitui em um sistema de múltiplos signos articulados, onde a significação depende não apenas de uma relação interna do próprio signo,

Neste ponto, em interessante trabalho sobre o conceito de serviço público, Reck aponta sete funções cumpridas pelo conceito, a saber: (1) função de diferenciação, no sentido reduzir, congregando distinções e, assim, reduzir a complexidade; (2) função de variação/oscilação, que permite a própria evolução do serviço público e do Direito ao criar/incorporar novos elementos; (3) função de seleção/estabilização, ao selecionar as possibilidades entre as variações possíveis para, então, formar memória e redundância semânticas (avaliação das novidades pertinentes); (4) função de memória, pois o conceito integra a estrutura do sistema e forma uma espécie de autoridade científica diante de eventuais questionamentos; (5) função simbólica, já que o conceito se liga aos principais símbolos do Direito (validade e justiça); (6) função de acoplamento, posto que o conceito de serviço público acopla a política e o Direito; e (7) função *script*, haja vista que, ao invocar um conceito, invocam-se consequências (tratam-se de outras ideias, que já estão no sistema e sobre as quais, portanto, não se tem controle)²¹.

No caso específico dos serviços públicos de saúde, há ainda a peculiaridade de tais atividades poderem ser prestadas tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos. “São atividades econômicas com potencial lucrativo, mas que, mesmo não sendo monopólios naturais, o mercado e o terceiro setor não são capazes de por si sós satisfazer os fortes interesses coletivos em usufruí-las”. Tendo em vista a essencialidade dessa prestação e a incapacidade de seu atendimento apenas pelo mercado (muito embora não se tenha aqui base suficiente para investir na afirmativa de que isto se deve essencialmente à incapacidade do mercado e não à própria concepção de Estado que se adota), o Estado também atua na sua oferta, agindo gratuitamente ou de forma bastante subsidiada, pois, do contrário, as necessidades sociais continuariam insatisfeitas. Por esse motivo há quem sustente que a melhor nomenclatura, nesse caso, é de “serviços públicos sociais”²²⁻²³.

mas também da relação de um signo com os outros. [...] Portanto, são as diferenças ou oposições em relação a outros termos que especificam a significação de um signo. Com efeito, já podemos perceber que a significação de um termo depende de um duplo movimento ou relação: a relação interna do signo e a relação com os outros signos”.

²¹ RECK, Janriê Rodrigues. Introdução à problemática do conceito de serviço público: uma observação pragmático-sistêmica. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, t. 10, 2010. p. 3107-3111, passim.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 181-182.

²³ Não obstante, para a sequência desse trabalho, firma-se com o leitor o acordo semântico pela designação simplificada, referindo-se “apenas” a serviço público.

Do Texto Constitucional, ao constar os serviços de saúde prestados pelo Estado como “serviços públicos de saúde” (art. 198) e, diferentemente, “serviços de relevância pública” quando se pretende abranger também os casos em que a saúde é atendida pela iniciativa privada (art. 197 da CF), infere-se que “a Constituição as considera serviços públicos quando essas atividades são prestadas pelo Estado, e serviços de relevância pública quando exploradas por particulares”. Destarte, tais atividades não são alocadas sob a mesma categoria jurídica; acaso prestadas por particulares, mantém-se o regime jurídico privado e as regras da livre iniciativa, sem prejuízo da forte regulação²⁴.

Por fim, registra-se o entendimento de Aragão, de que referidas atividades (destacadamente relativas aos direitos sociais) devem ser denominadas em seu conjunto como “serviços compartilhados”. Quando exploradas por particulares, são atividades econômicas privadas (eventualmente, de interesse público ou regulamentadas); e, “quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais, espécie classificatória do gênero serviço público, caracterizada, ao contrário dos demais serviços públicos, pela inexistência da reserva de titularidade estatal”²⁵.

Traçados os contornos gerais de que se reveste o direito à saúde no ordenamento jurídico-constitucional pátrio e desenvolvidas algumas dificuldades conceituais quanto aos instrumentos para a sua realização, precisamente no tocante aos serviços públicos, cumpre dar seguimento a outros objetivos inicialmente propostos: verificar as condições de exigibilidade do referido direito face ao Poder Público e, na sequência, explanar algumas dificuldades quanto à sua efetivação por motivos orçamentários.

No primeiro ponto, a grande questão diz respeito ao reconhecimento da saúde como direito subjetivo, passível de exercício individual e não apenas coletivo. Nesse passo, impõe-se a ressalva de que os direitos sociais, justamente em razão da sua forte vinculação com a dignidade humana e o correlato direito ao mínimo existencial, surgiram em referência imediata à pessoa humana individualmente considerada. Na verdade, chega-se a afirmar que as atuais tentativas de refutar a titularidade individual dos direitos sociais

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 182.

²⁵ Idem, p. 185. O autor acrescenta, ainda, à p. 188, que: “A grande consequência da caracterização dessas atividades como serviços públicos quando prestadas pelo Estado é excluí-las da vedação de concorrência desleal do Estado com a iniciativa privada prescrita no art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, aplicável apenas às atividades econômicas exploradas pelo Estado que não sejam qualificáveis como serviços públicos”.

são notoriamente uma estratégia – infeliz e equivocada – de limitar ou mesmo impedir a judicialização desse debate, restringindo o controle e a intervenção judicial a demandas coletivas ou ao controle estrito de constitucionalidade de normas que veiculem ou concretizem deveres em matéria social. Não obstante, há de se enfatizar que os direitos fundamentais, sejam sociais ou não, “são sempre direitos referidos, em primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é a pessoa (cuja dignidade é pessoal, individual, embora socialmente vinculada e responsiva) o seu titular por excelência”²⁶.

Ressalva-se, contudo, que, apesar dessa reconhecida titularidade individual, daí não decorre, necessariamente, um direito subjetivo a prestações, condição que está muito antes associada à natureza do direito em questão e sua forma de contemplação pela Constituição.

Essa discussão vincula-se intimamente ao (suposto) caráter programático das normas de direitos fundamentais sociais. Há quem sustente que o simples fato de admitir-se a existência de direitos fundamentais sociais na Constituição implica no reconhecimento de sua aplicabilidade imediata, vez que tais direitos são posições tão importantes que a sua outorga ou não outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar ou administrativa. Logo, a defesa da programaticidade dos direitos sociais acarretaria a afirmação de sua inexistência, contrariando a própria literalidade do Texto Constitucional²⁷.

De qualquer forma, a mencionada “tese da aplicabilidade não resolve, contudo, o nó górdio da dogmática dos direitos fundamentais sociais: a possibilidade de existirem prestações fáticas positivas judicialmente invocáveis”. Isso porque o princípio democrático e da separação dos poderes, por exemplo, efetivamente conferem aos Poderes Legislativo e Executivo uma legitimação privilegiada para a conformação e execução dos direitos fundamentais sociais, ainda que não funcionem como obstáculos à efetividade destes direitos em caso de omissão ou ação insuficiente, inadequada ou desnecessária de referidos poderes. Os direitos fundamentais sociais somente serão restringidos com base nessas razões se resultar da análise da proporcionalidade em sentido estrito que tais princípios formais (princípio democrático e separação dos poderes)

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 216.

²⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Op. cit.*, p. 94-95.

apresentam-se como mais importantes do que os próprios direitos sociais, no caso concreto²⁸.

Conforme Sarlet, o Judiciário deve reconhecer o caráter subjetivo do direito à saúde, inclusive a prestações, especialmente quando implicar em situações emergenciais, “cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana [...]”²⁹.

Não querendo transformar o presente estudo em uma análise descritiva das posições doutrinárias divergentes, desde já se assenta a concordância com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em especial por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Antecipação de Tutela nº 175, oriundo do Ceará, no sentido de que o direito à saúde comporta uma titularidade coletiva que não prejudica, e tampouco afasta, a sua titularidade individual, tratando-se de um direito público subjetivo, inclusive a prestações³⁰. Aliás, eis uma questão interessante: a limitação dos direitos sociais a prestações é inerente aos próprios direitos sociais (ou seja, é ínsita a eles) ou é decorrente da limitação dos recursos financeiros? Colocado em outros termos: se não houvesse escassez de recursos, os direitos sociais prestacionais seriam (todos) exigíveis e reconhecidos como direitos subjetivos? Conforme dito, o tema é instigante, mas, por transbordar aos limites da presente proposta, é aqui lançado apenas a título de reflexão.

²⁸ *Idem*, p. 95.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 13: “Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre que nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo”.

³⁰ Em caráter ilustrativo, mencionam-se as seguintes decisões: STA 175-AgRg, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, voto do Ministro Celso de Mello, Julgamento em 17.03.2010, Plenário, DJe de 30.04.2010; RE 271.286-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 12.09.2000, 2ª Turma, DJ de 24.11.2000. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17 jul. 2011.

Ainda assim, ou seja, ainda que o Judiciário possa determinar a efetivação de determinado direito social, como a saúde, permanece outro forte elemento como obstáculo: a impossibilidade fática, diante da insuficiência de recursos financeiros. É mais ou menos nesse contexto em que ao mínimo existencial faz oposição a ideia de reserva do possível³¹.

Qualquer discussão nesse sentido, especialmente tendo em tela o tema saúde, não fica imune à abordagem de um de seus mais polêmicos aspectos: os custos. A palavra custo, no caso, serve tanto em um sentido mais restrito, enquanto (in)disponibilidade de recursos financeiro diretos, como em um sentido mais amplo, como custo social (no sentido de que a alocação de recursos no atendimento de determinadas necessidades acarreta o desamparo de outras).

A questão é extremamente complexa, não podendo ser resolvida em termos de tudo ou nada, até mesmo por envolver um outro universo de variáveis múltiplas e complexas, como a (in)disponibilidade de recursos financeiros, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc.³².

De qualquer forma, ao se falar em custo dos direitos, merece destaque a obra pioneira dos Professores Stephen Holmes e Cass Sunstein: *The cost of rights*³³. No Brasil, esse importante estudo é especificamente desvendado por Flávio Galdino (*Introdução à teoria do custo dos direitos: direitos não nascem em árvores*).

Em linhas gerais, o objetivo fundamental dessa teoria é “demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação”³⁴. Na medida em que se reputam positivos todos os direitos, os respectivos custos

³¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 569: “Pode-se desdobrar a ideia de reserva do possível em dois componentes: um fático e outro jurídico. O componente fático diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos”.

³² LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. Disponível em: www1.fjrs.jus.br. Acesso em: 14 ago. 2010.

³³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. Op. cit.

³⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria do custo dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200.

serão decorrência imediata à sua caracterização. Assim, conforme a adoção, pela Corte Constitucional, de determinado entendimento, isto é, conforme se considere o direito em exame positivo/negativo, subjetivo ou não, individual/coletivo, prestacional ou não, enfim, se imporá ou não o dever de uma prestação estatal, o que certamente influencia na concretização da Constituição pela via jurisdicional.

Para essa compreensão é preciso ultrapassar a sólida barreira erguida pelo senso comum, no sentido de que os direitos fulcrados diretamente na liberdade seriam puramente negativos, havendo duas razões principais para que a questão posta costume ser ignorada (pelo menos no que concerne ao pensamento jurídico-político norte-americano, assim o referem Sunstein e Holmes): (1) “a ignorância de tais questões deixa encobertas as discussões acerca das opções políticas (e, por conseguinte, econômicas) subjacentes levadas a efeito pelos Poderes Públicos”, já que a crença na ausência de custos de alguns direitos permite consagrar uma orientação (conservadora) de proteção máxima desses direitos (liberdade e, principalmente, propriedade) em detrimento dos chamados sociais; (2) os próprios liberais – expressão aqui empregada no sentido de progressistas – parecem preferir deixar a questão em tela de lado, diante do receio velado de que a consciência e as discussões acerca dos custos dos direitos diminuam o comprometimento com a sua respectiva proteção³⁵.

Em resumo, aduz-se que a verdade é que a Constituição protege alguns direitos e outros não, e que a linha divisória entre os direitos positivos e os direitos negativos acaba sendo estabelecida pelas Cortes Judiciais³⁶.

No tocante ao direito à saúde, todavia, os custos nunca foram negados (aliás, o direito é que, algumas vezes, o é). Em contrapartida, busca-se negar-lhe o reconhecimento de direito subjetivo individual, na tentativa de impedir que se possa exigi-lo como prestação, pois estaria submetido à chamada reserva do possível, ou seja, vinculado necessariamente à disponibilidade de recursos financeiros³⁷.

³⁵ GALDINO, Flávio. Op. cit., p. 204-205.

³⁶ Idem, p. 206.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 12-13: “A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos

Segundo respeitável doutrina, contudo, a escassez de recursos não autoriza o esvaziamento de direitos fundamentais, mormente os relacionados à saúde, que refletem diretamente na vida humana e sua dignidade mínima, sendo por isso mesmo submetida a questão ao controle jurisdicional³⁸.

Tudo isso, no entanto, remete à necessidade de fazer escolhas em relação à interpretação constitucional (que na teoria do custo dos direitos são chamadas de “escolhas trágicas”), de onde surge a problemática da legitimidade para efetua-las. Reconhece Aragão, nessa senda, que a efetivação da dignidade humana e dos demais direitos relacionados com a prestação de serviços públicos é complexa, já que tal prestação demanda organização e infraestrutura de elevados custos. Questiona-se o autor (no que não está sozinho) se pode o Judiciário imiscuir-se nessas escolhas, se, ao determinar a prestação de determinado serviço público, não estaria esse Poder invadindo o âmbito de competência dos demais, notadamente em se tratando de escolhas políticas³⁹.

A dificuldade que ganha forma a partir disso é, no mínimo, dramática, pois o cidadão, titular do direito à saúde, vendo-o negado ou tolhido pelo Poder Público sob a justificativa da falta de recursos, pode recorrer ao Judiciário, cuja missão maior é justamente garantir esse mesmo direito porque consagrado constitucionalmente. Esse é o contexto, então, em que se instaura o debate acerca da efetivação de direitos fundamentais sociais via jurisdição constitucional, por meio da imposição de serviços públicos, trazendo à tona divergências de toda ordem, mormente no que diz respeito ao aspecto de sua (i)legitimidade para um tal papel, ao revelar-se uma (suposta) ameaça à teoria da separação de poderes, já que a prestação de serviços públicos não se enquadra nas suas funções.

Na verdade, a questão assim posta o foi em termos bastante amplos e genéricos, já que há outros elementos a serem considerados: por exemplo, a questão do orçamento e de sua administração é considerada ação política

materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência de efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível”.

³⁸ LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. Disponível em: www1.tjrs.jus.br. Acesso em: 14 ago. 2010: “É claro que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isto estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dosimetria concretizante do direito em xeque”.

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 533.

e, portanto, adstrita aos poderes representativos, que possuem uma certa discricionariedade para tanto; contudo, há uma progressiva vinculação desta discricionariedade pela própria Constituição, que fixa não só determinados objetivos – vinculantes – e princípios à Administração, como também estabelece parâmetros objetivos a serem observados, tais como percentuais de receita, etc. De outro lado, há que se diferenciar entre desvirtuamento de políticas públicas, insuficiência, má escolha no alocamento de recursos, entre outras diversas possibilidades, que repercutem na extensão e nos limites da atuação da jurisdição constitucional. Evidentemente que todas estas particularidades devem ser levadas em consideração para uma adequada análise da questão que se pretenda mais técnica. Todavia, conforme desde o início assentado, o objetivo da abordagem que se sugere (até mesmo considerando a reunião de temas cujas complexidades renderiam, por si sós, artigos inteiros) é antes reflexão crítica e questionadora do que proposição definitiva e absolutizante.

Com efeito, o próximo passo consiste em avaliar os (possíveis) impactos da imposição judicial de serviços públicos de saúde à teoria da separação de poderes, que deve ser desvendada à luz do atual quadro jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

2 A IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE NO CONTEXTO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE (ACERCA DAS POSSIBILIDADES) DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme já referido, a separação de poderes aparece como uma recorrente objeção à atuação da jurisdição constitucional nos moldes aqui descritos, especialmente quanto a sua legitimidade, pelo que se reputa essencial o desdobramento de alguns aspectos dessa secular teoria.

Embora muito antigo e até apontado por outros autores, como Aristóteles e Locke, o princípio da separação dos poderes consagrou-se na teorização de Montesquieu, segundo a clássica passagem de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”⁴⁰.

⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

Partindo-se da concepção de que o poder emana do povo, a sua realização deve ser estruturada de modo a prestigiar o domínio do poder por seu titular (o povo), que limita e controla o seu exercício. Destarte, o poder estatal deve ser limitado e desconcentrado, de forma que impeça o exercício de todas as faces deste poder por única autoridade, dividindo-se a sua execução, instituindo várias autoridades, por meio da organização de estruturas com funções delimitadas⁴¹.

Esse ideal consagrou-se e institucionalizou-se, por sua vez, no constitucionalismo do modelo liberal, momento em que se pretendia romper com a forma absolutista e, ao mesmo tempo, vincular, juridicamente, a atuação do Estado e do exercício do poder – conformada pela noção de Estado de Direito⁴². Referida construção teórica, que se incorporou ao constitucionalismo por meio da obra de Montesquieu, foi concebida exclusivamente para assegurar a liberdade dos indivíduos. A sua consagração ocorre em um período em que se buscava enfraquecer o Estado e impedir a sua intervenção na vida social (a não ser como vigilante das situações estabelecidas pelos próprios indivíduos). Apenas mais tarde é que a teoria foi desenvolvida e adaptada a novas concepções, agregando o objetivo de aumentar a eficiência do Estado pela repartição de suas atribuições entre órgãos especializados. Ocorre que essa visão particular surgiu apenas no final do século XIX, quando já se havia convertido em dogma a doutrina da separação dos poderes como estratégia eficaz e indispensável para se evitar a formação de governos absolutos⁴³.

⁴¹ GORCZEWSKI, Clovis; SILVA JÚNIOR, Edison Botelho; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do estado e da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 119.

⁴² Corroborando o argumento, CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 90-92: “O princípio da separação dos poderes (ou melhor, das funções) foi engendrado durante o Estado Liberal (séculos XVIII e XIX), visando combater o arbítrio judicial, como uma arma necessária da liberdade e para a afirmação da personalidade jurídica. [...] O Estado Liberal limitava os direitos subjetivos às clássicas liberdades públicas. Logo, os direitos subjetivos eram meros direitos negativos, capazes de proteger espaços da autonomia privada contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade. Os direitos fundamentais se restringiam aos direitos de defesa ou de abstenção, exigindo dos agentes públicos e dos particulares somente condutas negativas (obrigações de não fazer), omitindo-se na prática de atos materiais ou jurídicos. [...] Os direitos fundamentais negativos se amoldam ao positivismo jurídico, na medida em que reduzia o direito à lei e a atividade dos operadores do direito à busca da vontade do legislador. O modelo liberal, neste sentido, contenta-se com o esquema clássico da divisão de poderes”.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 215.

No constitucionalismo recente, duas dimensões são atribuídas ao princípio da separação de poderes: uma negativa, associada à ideia de limitação do poder, e outra positiva, identificada com a noção de responsabilidade pelo poder, distinguindo-se ambas, ainda, pela nomenclatura, respectivamente, de divisão e separação de poderes⁴⁴.

Em geral, o princípio pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado⁴⁵, sendo possível determinar fronteiras, apartando cada uma dessas funções (ainda que cada um deles exerça funções típicas e atípicas). No entanto, há tempos já se advertia não ser o que se verifica no plano dos fatos⁴⁶. Isso porque não há como definir, na prática, raias capazes de separar rigorosamente essas três funções. Apenas para citar alguns exemplos atuais, existem as medidas provisórias, o instituto do veto pelo Executivo, o controle de constitucionalidade das leis, entre outros instrumentos, que, de certa forma, demonstram essa mescla de funções.

Sendo exatamente isto que se pode extrair do esquema de fiscalização recíproca entre os poderes – noção de “freios e contrapesos”, estas não seriam situações em que se transbordam as fronteiras e as competências, mas sim um exercício de competências. As medidas provisórias, apenas para citar um exemplo, podem ser classificadas como função atípica – constitucionalmente prevista –, assim como o controle de constitucionalidade é função típica do Judiciário, também definida constitucionalmente. Portanto, o problema reside mais na forma do exercício dessas competências e na atuação dos poderes do que na sua previsão e nos seus efeitos práticos propriamente ditos.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 250.

⁴⁵ Segundo HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 232: “A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento. A realização administrativa elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos. Sob pontos de vista da lógica da argumentação, os discursos jurídicos servem para a aplicação de normas, ao passo que a racionalidade da atividade administrativa é assegurada através de discursos pragmáticos”.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 385-386.

Essas “ingerências” de um poder sobre o outro se justificam exatamente em razão da compreensão de que essa separação não é absoluta (o que se deve não só ao fato de haver inter-relações e fiscalizações recíprocas entre eles, mas também porque o limite dessas fronteiras é difícil de ser determinado em certos casos, não raro pressupondo certa “atividade interpretativa”). A previsão de interferências recíprocas visa ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos que congregue as condições necessárias à realização do bem da coletividade e, ao mesmo tempo, seja capaz de impedir a arbitrariedade⁴⁷. Assim, instrumentos como a sanção e o veto do Executivo, a possibilidade de o Congresso rejeitar este veto, a declaração de inconstitucionalidade das leis pelo Judiciário, a nomeação pelo Executivo e a aprovação, pelo Legislativo, dos membros dos Tribunais Superiores são mais alguns exemplos da referida mescla de funções que caracterizam a harmonização entre os poderes⁴⁸.

Sem falar na clássica divisão doutrinária das funções “típicas” e “atípicas” de cada um dos poderes, sendo a primeira a função predominante do órgão. Assim, por exemplo, a função típica do Judiciário é a jurisdicional. Todavia, o órgão exerce, de certa forma, função legislativa, ao elaborar o seu regimento interno, e função executiva, ao ser responsável pela própria organização (autogoverno), sendo essas funções atípicas. De igual modo ocorre com os demais poderes. O Executivo tem por função típica a administração (função executiva), mas “legisla” por meio de medidas provisórias, por exemplo. O Legislativo, cuja função predominante (típica) é a edição de normas (função legislativa), julga os seus pares e promove comissões parlamentares de inquérito (função atípica)⁴⁹.

⁴⁷ Nos termos propostos por MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado pela Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/.../tese_conrado_hubner_mendes.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2011, p. 69: “A separação de poderes é uma ferramenta institucional do estado de direito. Seu princípio supõe que a diluição das funções faz com que os poderes controlem-se reciprocamente. Ao evitar a concentração de forças num único pólo, preserva a liberdade. Trata-se de um maquinário dotado de um mecanismo endógeno de limitação, não de uma norma exógena à qual os poderes prestam obediência. Não há uma substância normativa que os subordine. É a dinâmica puramente formal de interação que impede que eles extrapolem”. Nesse sentido, o poder de revisão judicial, especificamente, “[...] seria um recurso institucional desejável não pela substância de justiça que supostamente resguardaria, mas sim pelo simples efeito moderador derivado desse processo. Não se compromete com a resposta certa, mas com o valor por trás dessa técnica formal”.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

⁴⁹ Reforçando o exposto, BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e a atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. Rio de

Uma das críticas feitas à lógica de separação de poderes diz respeito justamente ao fato de se tratar de um sistema meramente formalista, impraticável, já que “a análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração”⁵⁰.

Não se pode olvidar, no entanto, que o poder do Estado, assim como a soberania popular que o legitima, é uno e indivisível. A conhecida separação de poderes nada mais é, em verdade, do que a divisão (tripartição) de funções estatais a que se costuma chamar de “poderes”. Tratam-se das funções executiva, legislativa e judiciária, porque o poder estatal é indivisível. É mais o caso, portanto, de uma especialização de funções do que necessariamente uma “separação” em sentido estrito.

Na verdade, a noção de separação dos poderes há muito vem sendo rediscutida, ora em busca de qual seria a exata concepção de Montesquieu, ora na procura do significado atual do princípio e a sua efetivação nos sistemas políticos. Em relação a essa compreensão hodierna, Mendes esclarece que, não obstante tenha sido inicialmente formulado em sentido forte, até mesmo em razão das exigências e circunstâncias históricas⁵¹, o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, requer temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, em um círculo hermenêutico em que a teoria da

Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 20: “De acordo com a tradicional formulação de Montesquieu e com as consequentes positivamente do princípio da separação de poderes em diversos textos constitucionais do Ocidente, o Estado tem a sua estrutura organizada de forma tripartida e harmônica, dividindo-se o exercício das suas funções entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, até o advento do século XX, vigorava uma lógica de que cada Poder do Estado somente poderia executar de forma estanque as suas funções típicas, respectivamente, de administrar, legislar e julgar, como forma de se pôr em prática a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Não obstante, mesmo em descompasso com as transformações perenes da sociedade, a própria estrutura do Estado tem se modificado e já demonstra uma interação entre as suas estruturas de poder, de maneira que Executivo, Legislativo e Judiciário passaram a receber e exercer funções atípicas. Ou seja, atualmente chega a ser até corriqueiro que o Executivo legisle (*e.g.*, por meio de medidas provisórias), o Legislativo investigue, julgue e puna (através de Comissões Parlamentares de Inquérito e Comissões de Ética) e o Judiciário edite normas jurídicas (por meio de súmulas vinculantes e precedentes judiciais)”.

⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 220.

⁵¹ A simples referência ao contexto histórico desse período de rigidez da concepção da teoria da separação de poderes esclarece (pelo menos) algumas razões de uma tal formulação; não se pode olvidar que esse ideal consagra-se no Estado Liberal, no anseio de conter os ímpetos do poder absoluto exercido pelo monarca, figura central no modelo estatal anterior, o qual se buscava justamente superar. Isso interessava fundamentalmente à burguesia, para que, entre outras motivações, limitando-se o poder, se conseguisse proteger a liberdade (especialmente de mercado) e a propriedade.

constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Tal (re)adequação é necessária para que tal princípio possa ser compreendido de modo constitucionalmente apropriado⁵².

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, o Ministro Joaquim Barbosa sintetizou o que até aqui se procurou demonstrar: a dificuldade de conceituação e a necessidade de readequação do princípio estudado. Na verdade, inexistente um conceito apriorístico de separação de poderes, sendo que apenas na positivação desse princípio na Constituição é que se pode visualizá-lo concretamente. Mais precisamente, o conceito de separação dos poderes foi se adaptando a circunstâncias e necessidades históricas surgidas ao longo do tempo, de sorte que não é admissível extrair a visão que dele se tinha há trezentos anos e simplesmente aplicá-lo às necessidades atuais (além disso, como se trata de um “princípio”, o seu conteúdo é tão aberto quanto o dos demais, pressupondo uma interpretação e uma concretização que varia no tempo e no espaço, como é próprio dos princípios). Assim, a despeito de serem conhecidas as bases teóricas mais sólidas sobre esse tema, vindas de John Locke e Montesquieu, tem-se que as suas ideias poderosas, que forjaram as formas de organização político-social sob as quais até hoje se governa, talvez não devam ser seguidas em sua pureza original⁵³.

Essa é uma das críticas que se ergue acerca do tema: tal como mencionado, a separação de poderes foi consagrada em um momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo a sua atuação. No entanto, a evolução da sociedade trouxe novas exigências para além da garantia de liberdade. Essas transformações, evidentemente, atingiram profundamente o Estado, que passou a ser cada vez mais chamado a agir na efetivação de outros direitos⁵⁴. Do Legislativo se exigiu uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, de modo a inviabilizar o estabelecimento das regras gerais sem o

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.

⁵³ Brasil. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, Julgada em 13 de abril de 2005, Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 16 out. 2008. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 92.

⁵⁴ Tal como assevera CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito (Org.). Op. cit., p. 92: “O princípio da separação dos poderes, tal como concebido pelo Estado Liberal, é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo, em razão da dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, a partir do século XX, e da posição que deve ocupar para proteger, eficazmente, os direitos fundamentais”.

conhecimento prévio acerca das ações desenvolvidas pelo Executivo e dos meios de que este dispunha para atuar. O Executivo, por seu turno, não podia ficar à mercê de um lento e incerto processo de elaboração legislativa, nem sempre suficientemente concluído, para só então responder às exigências sociais, não raro graves e urgentes⁵⁵, resultando no reconhecimento de sua competência para legislar, em casos excepcionais.

Arrazoa-se, nesse sentido, que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só serão bem desenvolvidos se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que exige colaboração e controle recíprocos entre eles, sem significar domínio ou usurpação de atribuições de um pelo outro (e isto, na verdade, está bastante claro, o problema, como sempre, é estabelecer a partir de que ponto se tem uma usurpação)⁵⁶.

Assim, deve-se relembrar que, por mais que a separação dos poderes seja um princípio fundamental do Estado de Direito e, da mesma forma, do Estado Constitucional, deve-se analisá-la a partir da conjuntura histórica contemporânea, que acaba por demonstrar que as funções desempenhadas pelos três poderes possuem cada vez maior similaridade e, não raro, encontram-se sobrepostas (o que não implica, contudo, que o princípio deva ser desconsiderado)⁵⁷.

Não obstante essa visível inadequação da organização do aparelho estatal, a separação de poderes é um dogma e, mais do que isso, é um dogma aliado à ideia de democracia, justificando-se, assim, o temor de afrontá-la expressamente⁵⁸. Consequentemente, buscam-se soluções que permitam aumentar a eficiência do

⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 220-221.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 111.

⁵⁷ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 243-244.

⁵⁸ O que em muito recorda o *sentido comum teórico dos juristas* de Warat, conforme esclarece STRECK, Lenio Luiz. A revelação das “obviedades” do sentido comum e o sentido (in)comum das “obviedades” reveladas. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *O poder das metáforas*: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 55: “O *sentido comum teórico dos juristas* vem a ser, assim, esse conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teleológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica”.

Estado, sem, todavia, abrir mão das aparências, isto é, sem colocar em xeque a noção de separação de poderes⁵⁹.

As discussões acerca da separação de poderes guardam íntima relação, pois, com a concepção que se tem de democracia, historicamente associada à ideia de governo da maioria (a chamada premissa majoritária). Nas palavras de Bonavides, porém, que aqui se ajustam com perfeição, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais, que sucede a época da separação de poderes”⁶⁰.

Afirma-se, inclusive, a superação da democracia calcada unicamente no princípio majoritário, especialmente considerando-se o entendimento da necessária proteção também das minorias. A concepção alternativa de democracia proposta por Dworkin, denominada de “democracia constitucional”, por exemplo, é dotada de um forte caráter substantivo, na qual o Governo deve ser limitado por determinadas condições que garantam igualdade e respeito entre todos os cidadãos. Destarte, quando as decisões majoritárias violam essas condições, estão traindo o ideal democrático, o que justifica o próprio ativismo judicial (ressalta-se que a colocação nestes termos é feita por Dworkin, segundo a sua própria concepção de ativismo; talvez se mostrasse menos extremada a ideia se fosse posta em termos de justificação de uma atuação mais intensa da jurisdição, sendo esta abertura/demanda/função da jurisdição, por sua vez, que faz com que alguns outros doutrinadores venham a sustentar que isto implica em ativismo. De todo modo, não significa que o justifique, até porque, na perspectiva adotada, haveria um exercício normal das competências pelos Tribunais, o que, portanto, não implicaria em uma atuação ativista. Em resumo, trata-se o ativismo de outro conceito controvertido e polêmico impossível de ser abarcado nesse estudo)⁶¹.

⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 221.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 316. Ainda, consigna-se a esse respeito a constatação de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 447: “A necessária colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais significa que o problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade – em razão da possibilidade de não reeleição – e o Tribunal Constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível eleitoralmente, é um problema inevitável e permanente”.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 142-143. Aliás, cogita-se que “houve uma alteração no próprio entendimento da lei como produto da vontade da maioria”, ao passo que tem se mostrado fruto da pressão de determinados grupos e

Nesta perspectiva, outra concepção em xeque é a de lei enquanto reflexo da vontade da maioria. Cogita-se que “houve uma alteração no próprio entendimento da lei como produto da vontade da maioria”, já que tem se mostrado fruto da pressão de determinados grupos e de mecanismos ilegítimos de votação (como o voto das lideranças, por exemplo), não se traduzindo, assim, em vontade geral⁶².

De qualquer forma, o encadeamento desses e de outros fatores tem contribuído para a afirmação da chamada “crise de representatividade”, constatável, ao menos empiricamente, sem dificuldades no meio político contemporâneo (classicamente entendido como domínios dos Poderes Executivo e Legislativo), marcado pela ausência de credibilidade e, algumas vezes, até mesmo pelo desprezo popular.

As instâncias políticas tornaram-se uma arena de disputas de poder tão acirradas que o verdadeiro objetivo de sua própria existência parece ter sido esquecido (por exemplo, esforços e recursos são empregados, muitas vezes, em total desperdício e dissonância com o interesse público).

Em relação à capacidade desses “poderes políticos” de alcançar o consenso⁶³ dos “governados”, ou pelo menos da sua maioria, os cientistas políticos já demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, as lideranças legislativa e executiva, muito embora tradicionalmente consideradas “diretamente responsáveis perante o povo”, nunca constituem perfeito paradigma de democracia representativa (diferentemente do Judiciário)⁶⁴.

de mecanismos ilegítimos de votação (como o voto das lideranças, por exemplo), não se traduzindo, assim em vontade geral. CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito (Org.). Op. cit., p. 94.

⁶² Idem, *ibidem*.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 40: “A motivação racional para o acordo, que se apoia sobre o ‘poder dizer não’, tem certamente a vantagem de uma estabilização *não violenta* de expectativas de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a casa passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. [...] Na prática do dia a dia, a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos”.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 94.

Além (ou por causa) disso, já faz algum tempo que conflitos de maior interesse da população deixaram de ser discutidos e solucionados pelos poderes estatais eleitos, considerados representantes diretos do povo, e foram transferidos para o Poder Judiciário (justamente para o Judiciário, apontado como o menos democrático dos poderes estatais pelo fato de os seus membros não serem eleitos diretamente pelo povo).

Afirma-se, nesse sentido, que é precisamente em nome da salvaguarda do princípio da divisão dos poderes que se desafiou uma redefinição de papéis e da importância do Judiciário, escapando ao figurino de mero censor ou árbitro das relações privadas, pois o que se vinha verificando era um crescimento quase desgovernado do Legislativo e do Executivo⁶⁵.

Com efeito, é necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está, em certa medida, superado, reorganizando-se o Estado de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos⁶⁶. Além disso, citado princípio não pode ser compreendido como um fim em si mesmo, somente justificando-se a sua existência/permanência nos ordenamentos jurídicos se funcionar como instrumento que se volte à proteção dos direitos fundamentais, de modo que a sua invocação contra o objetivo de tutelar tais direitos revela-se incompatível com a atual conformação do Estado Democrático de Direito⁶⁷.

Destarte, não deve ser descartada a possibilidade de imposição judicial de prestações de serviço público para a implementação de direitos fundamentais sociais⁶⁸, embora deva ser feita com cautela. Para alguns autores, é admissível

⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 63.

⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 222.

⁶⁷ CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito (Org.). Op. cit., p. 97.

⁶⁸ Quanto à possibilidade de se pleitear direitos sociais individualmente no âmbito judicial, Habermas, por exemplo, mostra-se convencido de que esse fenômeno é conciliável com a orientação individualismo do direito moderno. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 239: "Em um primeiro momento, no entanto, as coisas parecem ser diferentes quando se trata de reivindicar reconhecimento para identidades coletivas ou *igualdade de direitos para formas de vida culturais*. Feministas, minorias em sociedades multiculturais, povos que anseiam por independência nacional ou regiões colonizadas no passado e que hoje reclamam igualdade no cenário internacional, todos esses agentes sociais lutam hoje em favor de reivindicações com as que acabei de mencionar. O reconhecimento de formas de vida e tradições culturais marginalizadas – ora no

tal imposição apenas em casos concretos excepcionais, em que a omissão estatal estiver atingindo a dignidade da pessoa humana a ponto de colocar em risco o mínimo existencial do direito em questão (o problema, mais uma vez, reside em se estabelecer qual esse mínimo). Na prática, contudo, há que se reconhecer que em relação a alguns direitos, como é o caso da saúde, a ausência ou insuficiência da prestação do serviço público pode afetar mais drasticamente a existência digna das pessoas⁶⁹.

Rumando para o encerramento do estudo e diante de todo o exposto, consigna-se que a intervenção do Judiciário não deve ser entendida necessariamente como uma invasão/intromissão na atividade legislativa ou administrativa do Estado e, portanto, como uma violação à separação dos poderes. Em um Estado Democrático de Direito, a intervenção do Judiciário se mostra compatível com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais⁷⁰ (inclusive para implementar serviços públicos e, assim, garantir a integridade e intangibilidade de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna⁷¹), ressalvada a necessidade de observância dos mecanismos de comunicação⁷² entre a instância judicial e a sociedade e, sobretudo, da própria Constituição.

contexto de uma cultura majoritária, ora na sociedade mundial dominada por forças eurocêntricas ou do Atlântico Norte - não exige garantias de status ou de sobrevivência? Não exige ao menos uma espécie de *direitos coletivos* que faz ir pelos ares a auto-compreensão do Estado democrático de Direito que herdamos, moldada segundo direitos subjetivos, e portanto de caráter 'liberal'?"

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 537.

⁷⁰ E até mais do que isso, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*, p. 158: "[...] o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos".

⁷¹ Conforme ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 535: "A interpretação sistemática corrobora a vedação da ingerência do Poder Judiciário em seara que aumenta as despesas do Poder Executivo: se não é permitido o aumento de despesas em processos legislativos deflagrados pelo Poder Executivo (art. 63, I, da CF), *a fortiori* não o será a criação originária de despesas mediante decisões judiciais, nas quais diuturnamente a Administração Pública se depara com as chamadas 'escolhas estratégicas', submetidas à reserva do possível".

⁷² No sentido do agir comunicativo habermasiano, HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 79: "Chamo de comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se referam a algo no mundo objetivo [...] a algo no mundo social comum [...] ou a algo no mundo subjetivo próprio [...] Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação,

CONCLUSÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988, ao colocar a dignidade humana como conceito central da ordem jurídico-constitucional, faz com que a sua realização seja buscada permanentemente pelo Estado, consistindo, inclusive, em pressuposto da noção de serviço público. A despeito das dificuldades conceituais ressalvadas, restou claro que a realização da dignidade humana passa pela efetivação de diversos outros direitos, como o direito à saúde, revelando-se os serviços públicos justamente um instrumento a esse fim.

Dado o entendimento atual do direito à saúde como direito público subjetivo, portanto, passível de exigibilidade individual no âmbito jurisdicional, e considerando-se ainda que a sua efetivação, na prática, reclama a prestação de serviços públicos específicos pelo Poder Público, instaura-se o conflito entre a efetivação de direitos fundamentais sociais via jurisdição constitucional por meio da imposição de serviços públicos, de um lado, e a legitimidade da jurisdição constitucional para um tal papel, de outro, ao revelar-se uma (suposta) ameaça à teoria da separação de poderes.

Ocorre que a atual conformação do Estado Democrático de Direito, de certa forma, permite que a intervenção do Judiciário se compatibilize com a democracia (desvinculada da aplicação necessária da premissa majoritária) e com a concretização dos direitos fundamentais e sociais (inclusive para determinar a implementação de serviços públicos, se for indispensável para garantir a integridade e intangibilidade de um mínimo existencial à dignidade humana).

Com efeito, entende-se que a imposição judicial da prestação de serviços públicos de saúde (enquanto parte integrante da dignidade humana objetivada pelo Texto Constitucional), embora deva ser determinada com cautela (já que não se pode ignorar a existência de dificuldades concretas e mesmo teóricas intransponíveis, tais como a insuficiência de recursos, que é fato, e teorias como a da separação de poderes, que é dogma – apenas para mencionar exemplos), não pode ser encarada necessariamente como uma violação à teoria da separação de poderes a acarretar a ilegitimidade da atuação da jurisdição constitucional nesse sentido, mas sim com mais um elemento à disposição do cidadão para exigir o cumprimento das previsões constitucionais.

no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeitos ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e a atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1/DF, Julgada em 13 de abril de 2005, Ministro Cezar Peluso (Relator). Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 16 out. 2008.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.
- COVERT, Robert M. The origins of judicial activism in the protection of minorities. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 7, p. 1287-1316, June 1982. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 5 jun. 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria do custo dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GORCZEWSKI, Clovis; SILVA JÚNIOR, Edison Botelho; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Introdução ao estudo da ciência política, teoria do estado e da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

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

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Macmillann, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

_____. *A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*. Disponível em: www1.tjrs.jus.br. Acesso em: 14 ago. 2010.

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

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado pela Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/.../tese_conrado_hubner_mendes.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

PEREIRA NETO, Cláudio de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RECK, Janriê Rodrigues. Introdução à problemática do conceito de serviço público: uma observação pragmático-sistêmica. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, t. 10, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 da Constituição Federal*. Dourados: UFGD, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abr./maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A revelação das “obviedades” do sentido comum e o sentido (in) comum das “obviedades” reveladas. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.