

**PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA PELA VIA PROCESSUAL COMO
FATOR DE INCLUSÃO SOCIAL**

**PROTECTING HUMAN DIGNITY THROUGH PROCESS AS A FACTOR
OF SOCIAL INCLUSION**

Homell Antonio Martins Pedroso¹

Sandra Regina Merlo²

RESUMO

Os direitos sociais e as liberdades públicas estão, como a dignidade da pessoa humana também está, sob os holofotes do constitucionalismo moderno e a responsabilidade pela efetividade e eficácia destes direitos é do Estado, que o faz por meio da prestação de serviços públicos ou de políticas públicas temáticas. Ocorre que nem sempre o Estado respeita os direitos sociais e as liberdades e é omissos na sua implementação como, por exemplo, na saúde, na educação, no trabalho, na habitação e outros tantos, razão pela qual o Poder Judiciário é chamado para restabelecer a dignidade da pessoa humana, brutalmente arranhado pela ação ou omissão estatal, o que faz gerar a exclusão social.

Palavras chaves: Dignidade da pessoa humana. Direitos Sociais. Processo. Inclusão Social.

¹Advogado. Mestrando em ciências jurídicas Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Penal e Processo Penal pela Universidade estadual de Londrina (2002). Especialista em Processo Civil pela FIO - Faculdades Integradas de Ourinhos (2006).

² Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP. Pós-graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Paraná- Núcleo Ponta Grossa- Graduada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-UEPG. Email: scmerlo@uol.com.br

ABSTRACT

Social rights and civil liberties are such as the dignity of the human person this also under the spotlight of modern constitutionalism and accountability for the effectiveness and efficiency of these rights is the state that is achieved through the provision of public services or public policy issues. Is not always the state respects and social rights and liberties is silent in its implementation of rights such as health, education, work, housing and other areas, which is why the judiciary is called to restore the dignity of the human person brutally scratched by action or omission of the state, which does generate social exclusion.

Keywords: Human dignity. Social Rights. Process. Social Inclusion.

INTRODUÇÃO

O homem é por natureza um ser gregário e esta é uma característica essencial para a preservação da espécie humana. Na medida em que o grupo começou a interagir, abandonando a vida nômade, surgiram conflitos entre seus integrantes por diversos fatores, razão pela qual podemos afirmar que as desavenças são inerentes aos seres humanos e não só a eles, mas também no reino dos animais irracionais esta tendência é facilmente observada, mesmo sem o senso de associação.

Um dos importantes fatores externos consistiu no aumento populacional que gera uma dificuldade de integração e uma diminuição de recursos existenciais, que por sua vez faz com que o homem de forma integrada busque novas fontes de recursos para atender a necessidade de todos. Não podemos esquecer ainda que o homem sempre teve uma obsessão pelo poder e na medida em que tornou esta ideia uma filosofia de vida acabou provocando conflitos sociais que refletiram na necessidade de um corpo maior com objetivo de agregação organizacional.

É neste momento que surge o Estado com a finalidade de integração e a responsabilidade de cuidar dos interesses que de forma inequívoca atenda a necessidade da coletividade, ou seja, proporcione à sociedade os meios mínimos existenciais que tenham a característica de ser comum a todos, são os direitos sociais, que surgem na classificação como direitos de segunda geração e cabe ao Estado colocar a disposição do seu povo os direitos sociais básicos que irão garantir de forma ampla a proteção da vida de cada cidadão.

A se perguntar por que cabe ao Estado esta responsabilidade, várias podem ser as respostas, todavia somente o fato de que o Estado não foi pensado para ser um fim em si mesmo, mas foi idealizado como um meio para realização de interesses coletivos já justifica a sua responsabilidade, em outras palavras, o Estado existe em função da coletividade que o sustenta e não a coletividade em função do Estado.

Partindo deste ponto, toda vez que o Estado falha na sua missão de colocar a disposição do cidadão um direito social, como por exemplo, na saúde, quando o Estado deixa de fornecer um remédio está excluindo o indivíduo deste direito e por desdobramento obrigatório está ofendendo um princípio por ele mesmo afirmado, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Esta exclusão, talvez tenha sido já observada por Montesquie quando formulou a tripartição dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. É que concentrado em um só poder o cidadão teria que somente a ele recorrer, o que é inviável porque a resposta seria certa, ou seja, se a lesão partiu dele, não seria ele que iria sana-la, já com os três poderes o socorro vem de um diferente daquele que suprimiu um direito social.

O poder executivo é aquele que tem o compromisso prestacional direto dos direitos sociais e o Poder Legislativo é aquele que tem como uma de suas funções fiscalizar os atos do Poder Executivo e fazer as leis, razão pela qual em eventual ineficiência deste, no trato com os direitos sociais, aquele deve intervir, mas se também não o faz, a missão de resgatar a dignidade humana do cidadão fica por conta do terceiro poder, o Judiciário, por força constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, diante de uma lesão ou ameaça a direitos, perpetrada justamente por aquele que devia provê-los.

O trabalho vai tecer comentário sobre a dignidade da pessoa humana, colocado no capítulo constitucional que elege os fundamentos da República, fazendo abordagem situacional no direito brasileiro, quer com o status de princípio constitucional capaz de positivizar uma situação de fato, quer como um suporte material para os direitos sociais conquistados ao longo dos tempos em razão da natureza humana.

Estabelecida esta premissa o passo seguinte é pesquisar sobre os direitos sociais advindos do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, classificado como direitos de segunda geração, bem como frisar a responsabilidade do Estado em desenvolver políticas públicas tendentes a assegurar a efetividade e eficácia na prestação destes direitos.

Consequentemente pretende mostrar a existência da exclusão social dos cidadãos a direitos básicos e a garantia de liberdades públicas, em razão da ineficiência do Estado e da omissão do Poder Legislativo em fiscalizar o bom andamento dos projetos de políticas públicas, gerando um processo de judicialização das políticas públicas, colocando o Poder Judiciário como a tábua de salvação daqueles que tiveram sua dignidade posta de lado.

Por fim, buscar alguns pontos no sistema processual que se mostram controvertidos, como por exemplo, a opção certa pelo mandado de segurança ou pela obrigação de fazer, bem como a questão do pólo passivo na proteção dos direitos sociais, sempre demonstrando que o processo é um instrumento que vem restabelecer ou firmar a eficácia dos direitos fundamentais constitucionais, ou seja, a inclusão social via processo.

Além da inclusão social via processo dos direitos materiais amparados pelo suporte da dignidade da pessoa humana e que são de responsabilidade do Poder Executivo, tem-se visto o processo como garantia de liberdades que não enfrentaram o processo legislativo por omissão do Poder Executivo, fenômeno chamado pelos juristas de ativismo judicial.

O ativismo judicial ocorre então, quando o Poder Judiciário decide dentro de um processo uma questão que deveria ser objeto de manifestação legislativa, e assim o faz por interpretação constitucional, para proteger a dignidade da pessoa humana, aplicando este princípio como fator de positivação e consequentemente promove a inclusão social garantindo uma liberdade social.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A expressão dignidade da pessoa humana ao ser interpretada ao pé da letra nos leva ao entendimento de que um ente natural ao nascer passa a integrar uma sociedade já constituída e estruturada, recebendo o reconhecimento do Estado organizado de que é merecedor da tutela estatal em razão da sua natureza humana, visto então deste prisma como base de direito material, passa a ser integrante deles.

De outro lado podemos verificar que a dignidade da pessoa humana também assume o status de princípio constitucional, fazendo parte do novo paradigma do neo-constitucionalismo que insere os princípios como integrantes do sistema jurídico ao lado das

regras positivadas e como comando de positivação do fato concreto posto sob o crivo do judiciário e a entrega de uma prestação jurisdicional tida como justa.

Este caráter de dupla valoração da pessoa humana é diferenciado de modo bem cristalino por Jussara Maria Moreno Jacintho da seguinte forma:

Acreditamos que a dignidade humana possua duas dimensões. A primeira, uma dimensão axiológica, em que o princípio da dignidade humana assume a posição de eixo hermenêutico de toda ordem constitucional, funcionando como o valor que vai conferir unidade material à Constituição. Na sua segunda dimensão, a dignidade humana apresenta-se como direito fundamental, de natureza jusfundamental, cujo núcleo essencial é integrado por várias prestações positivas e negativas. (JACINTHO. 2009. p.19)

Enquanto princípio a Dignidade da Pessoa Humana vai ser chamada no momento hermenêutico para promover uma positivação de uma decisão para se estabelecer uma premissa nas atividades administrativas e legislativas, bem como promover uma tutela jurisdicional em um caso concreto de modo a mostrar que a decisão justa é aquela que valoriza a condição de ser humano, em detrimento de qualquer outra condição, ainda que afaste a aplicação de uma regra.

Esta afirmativa encontra amparo na vontade do constituinte originário que colocou o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, como premissa da constituição do próprio Estado.

Enquanto direito material, nossa leitura é no sentido de que está atrelado às políticas públicas, revelando-se um direito da pessoa de receber do Estado um mínimo necessário para subsistência de todos os direitos sociais, tal qual educação, saúde, lazer, trabalho entre outros.

O fundamento talvez esteja no fato de que o homem quando nasce, em tese, não é pessoa, é um ente, uma criatura natural, não sabe sequer o que é sociedade e, exatamente porque é obrigado a dela fazer parte é que o Estado constituído deve adotar a premissa de que todo homem ao nascer adquirir o status social de pessoa e com isso forma-se o paradigma de que todo homem é digno de viver em sociedade e receber tratamento correspondente a sua natureza humana.

O termo pessoa bem se sabe não corresponde ao ser humano visto como criatura natural é na verdade uma construção jurídica ou ainda uma roupagem ou até mesmo uma máscara que o ser natural recebe do Estado ao nascer com vida e com isso adquire personalidade jurídica para assumir direitos e obrigações vigentes.

Washington de Barros Monteiro nos ensina a origem do termo pessoa como sendo:

A palavra *pessoa* advém do latim *persona*, emprestada à linguagem teatral na antiguidade romana. Primitivamente, significava *máscara*. Os atores adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial, destinada a dar eco às suas palavras. *Personare* queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. A máscara era uma *persona* porque fazia ressoar a voz da pessoa. (MONTEIRO. 1985 p.55)

Com base neste ensinamento histórico podemos afirmar que o ser humano ao nascer recebe do Estado uma máscara simbólica advinda dos direitos da personalidade que vai conferir ao novo membro social o direito de ter direitos e de se fazer ouvir por seus pares, tanto é verdade que num passado não muito distante alguns seres humanos não recebiam por parte da sociedade o reconhecimento de compartilhar dos mesmos direitos que os demais, que eram reconhecidos como pessoa, é o caso dos escravos.

José Cretella Junior mostra bem retrata este momento histórico de negativa de atribuição da condição de pessoa a alguns seres humanos, vejamos:

Contudo, para os Romanos, homem e pessoa eram conceitos diversos, sendo o primeiro biológico e o segundo jurídico. A pessoa era o ser humano acompanhado de certos atributos, requisitos. Outrossim, a civilização romana contemplava a existência de seres humanos que não eram considerados pessoas, mas *res*, coisas (os escravos). (CRETELA JUNIOR, 2001, p.53/54)

A dignidade passa a ser o reconhecimento pelo Estado dos direitos sociais de cada criatura que passa a viver em sociedade e torna-se pessoa em razão de duas vertentes, a primeira dada sua natureza humana, que lhe confere a grandeza de ser um fim em si mesmo e a segunda porque ao nascer não tem o poder de escolher não viver na sociedade, mas sim a coletividade é quem o aceita, razão pela qual deve dela cuidar no que tange aos interesses

comuns, e o Estado por sua vez, deve garantir a todos os direitos de subsistência, os chamados direitos sociais, que será visto no próximo item.

DIREITOS SOCIAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO E LIBERDADES PÚBLICAS

Como já visto na introdução, os homens, dada sua natureza gregária, se uniram para estabelecer uma ordem social com um organismo formado por um grupo de representatividade política e administrativa que tem a missão de buscar o bem comum e defender os interesses públicos, eis o Estado.

Dentro deste sistema e paulatinamente através dos tempos foram sendo reconhecidas direitos, garantias e liberdades que de modo quase absoluto são inerentes a vida em sociedade, já que a estrutura de um poder centralizado, o Estado, foi pensado com finalidade de meio para proporcionar aos seus integrantes um mínimo de igualdade possível, ante o poder egoísta de um grupo minoritário, daí surge os direitos individuais, sociais e de solidariedade, como de fato ensina Vladimir Brega Filho(2002):

Dessa forma, os excessos do absolutismo e as aspirações da burguesia podem ser considerados fatos históricos importantes para o reconhecimento dos direitos individuais na época da Revolução Francesa. A revolução industrial e, em consequência, o surgimento da classe proletária, são fatos históricos decisivos para o surgimento dos direitos sociais. Por fim, os horrores da Segunda Guerra Mundial têm importância fundamental para o surgimento dos direitos de solidariedade. (BREGA FILHO. 2002, p. 21)

Pela sequência apresentada na citação em epígrafe os direitos são classificados em gerações, os individuais de primeira geração, os sociais de segunda geração e os de solidariedade de terceira geração. Os direitos sociais, fundamentais de segunda geração, destacam-se no cenário como aqueles direcionados à coletividade, ou seja, transcendem o individualismo, sem abandoná-lo e constituem obrigação prestacional do Estado.

Dentre esses direitos, previstos em nossa Constituição Federal no capítulo que trata da Ordem Social, destacamos, dentre outros, a Seguridade Social, que subdivide em saúde,

previdência social e Assistência Social, bem como o direito a educação, todos atrelados a materialidade da dignidade da pessoa humana.

Nesta linha de pensamento Vladimir Brega Filho (2002) sintetiza com a seguinte afirmação:

Esses direitos foram chamados de direitos fundamentais de segunda geração e “caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando-se uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. (BREGA FILHO. 2002, p. 23)

Esta obrigação prestacional dos direitos fundamentais de segunda geração, tida como direito dos cidadãos em razão da natureza humana, a ser proporcionada pelo Estado, criado exatamente para ser um instrumento a serviço do homem, também é acentuada por Eduardo Cambi (2011) com o seguinte ensinamento:

Os direitos fundamentais sociais, previstos no art. 6º da CF/1988 (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) impõe *obrigações de fazer* ao estado. Tais direitos abriram a possibilidade de transformação da sociedade a partir do direito. (CAMBI 2011, p.215)

Além das políticas públicas prestacionais que garantem a dignidade da pessoa humana, o Estado deve garantir também a realização das liberdades públicas, que não consistem prestação material, mas sim observância ao direito que a pessoa tem de escolher determinado modo de agir ou pensar na sociedade. A título de exemplo podemos citar o direito de ir e vir, o direito de liberdade religiosa, liberdade de consciência e outras mais que da mesma forma são consideradas fundamentais.

Jean Morange faz uma abordagem magnífica da liberdade individual vista sobre o prisma físico e metafísico, quando ensina que:

A expressão “liberdade individual” é geralmente usada no singular. Entende-se marcar desta forma o caráter unitário da liberdade.

Contudo, a liberdade individual tem várias facetas, pois o homem é, ao mesmo tempo, corpo e espírito. Ao primeiro, corresponde a liberdade física do indivíduo, liberdade de gozar de uma certa independência material . Ao segundo, corresponde uma certa forma de liberdade intelectual, ou antes, a liberdade de fazer escolhas conscientes, humanas, de usar forças físicas e espirituais de uma certa forma em relação com suas crenças e convicções íntimas. No primeiro caso, visa-se assegurar a autonomia do indivíduo; no segundo, protegem-se suas escolhas. (MORANGE 2004, p. 139)

As liberdades públicas colocadas aos integrantes da sociedade são de extrema importância para o bem estar social, já que um indivíduo que pode escolher entre várias possibilidades e pensar de acordo com sua ideologia, estará bem consigo mesmo e isto reflete, com certeza, na vida das demais pessoas, afinal a liberdade deve existir em razão da premissa de que as pessoas não são iguais, cada qual, é singular no jeito de ser.

Assim, os direitos sociais fundamentais e as liberdades, estabelecidos para garantir a dignidade humana frente a uma igualdade social deve ser uma preocupação do Estado e toda ação ou omissão tendente a privar o indivíduo de um deles acarretará uma exclusão social e por sua vez a dignidade da pessoa humana estará cm certeza arranhada.

Toda exclusão social manifestamente se reveste de um retrocesso, eis que fere frontalmente os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

EXCLUSÃO SOCIAL

Quando o Estado se omite surge a exclusão social, que é a privação imposta a um ou mais membros da sociedade de um direito social ou a uma liberdade pública que lhe assiste, em razão da sua condição humana, estando, portanto violado o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana enquanto direitos e garantias advindos do estabelecimento de fundamentos da República.

A exclusão social é verificada quando, por ato ou omissão do Poder Executivo, o cidadão acometido de uma doença não consegue atendimento médico ou mesmo remédios,

também ocorre quando o Estado não disponibiliza vaga em instituição escolar ou quando uma criança trabalha o dia todo e fica fora da escola, ocorre ainda quando o indivíduo por não ter onde morar vai viver nas ruas, o desempregado também é excluído do direito social ao trabalho.

O Poder Executivo não é o único a permitir uma situação de marginalização das pessoas, também o Poder Legislativo, quando deixa de exercer suas funções, como por exemplo fiscalizar os atos do Executivo ou até mesmo, na sua função principal, deixar de confeccionar leis tendentes a garantir direito e liberdades.

Nesta linha, citamos a omissão legislativa de não normatizar as relações jurídicas de união homoafetiva, excluindo o cidadão do seu direito de liberdade afetiva, ou seja, de escolher o tipo de relação que mais atende as sua individualidade.

Tais Nader Marta, em excelente artigo publicado na Revista Argumenta, embora reconheça a dificuldade de modelar um conceito do que seja exclusão social, deixa muito claro que negado acesso a uma política pública tem-se excluído o valor a dignidade humana, sua colocação é da seguinte forma:

Isso importa dizer que não existe um conceito formal do que seja a exclusão social, por não se tratar exclusivamente de um conteúdo tópico, mas deve ser esta entendida e compreendida em um sistema gerador de pobreza e desigualdade, que excluem a dignidade humana não só como preceito constitucional máximo, também um ideal humano.(MARTA 2010, p.80)

O Estado faltoso também não escapa do preceito constitucional de inafastabilidade jurisdicional, ou seja, também poderá responder por descumprir com suas obrigações constitucionais e para tanto poderá ser acionado judicialmente, é o que nos ensina Eduardo Cambi (2011), quando fala que:

A inércia estatal em tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, especialmente em países de modernidade tardia, revela o desprezo dos governantes pela Constituição. O Estado, quando se omite na efetivação destes direitos, ofende gravemente a lei fundamental, compelindo ao Judiciário a atuar para restaurar o respeito e a autoridade da Constituição. (CAMBI 2011, p.218)

O momento atual é portador de uma tendência crescente de se levar ao conhecimento do Poder Judiciário o desrespeito cometido, principalmente pelo poder público, à dignidade da pessoa humana, fenômeno conhecido por judicialização das políticas públicas, onde o Judiciário via processo judicial restabelece esta dignidade, impondo ao governante a obrigação de cumprir a sentença, quer para obrigar prestação material, quer para reconhecer liberdade individual.

INCLUSÃO SOCIAL VIA PROCESSO

A dignidade da pessoa humana a ser resgatada por decisão judicial com a inclusão dos indivíduos ao alcance de um direito ou liberdade ganha destaque com o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, e deve ser a mais pronta, efetiva e eficaz possível, ou seja, a resposta deve ser imediata, efetivada e de resultado útil, passando a ser o Judiciário uma poderosa arma social para promover a inclusão social e assim proteger a dignidade da pessoa humana.

A ordem social brasileira contava com a preponderância do Direito Civil em detrimento da Constituição, dada importância do direito privado, o que de fato mudou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde a carta constitucional passa a ser a estrutura do estado e o suporte dos direitos, garantias e liberdades, e assume o status de documento mais importante da nação, chegando a ser carinhosamente chamada de Constituição Cidadã.

Este fenômeno de reconhecimento da importância da Constituição é conhecido como neoconstitucionalismo, escola que também impõe uma máxima efetivação dos direitos fundamentais, objetivando a erradicação da pobreza e a igualdade social, vale dizer, a nova ordem deve se preocupar com a exclusão social, ou melhor, com o ser humano e sua dignidade de pessoa humana.

Do novo pensamento nasce um modelo neopositivista de justiça com a convivência das regras positivadas e os Princípios constitucionais funcionando como comando otimizador, o que seria uma premissa da atividade jurisdicional, julgar com base em regras e em princípios, o que dá ao poder Judiciário uma maior elasticidade de convicção, podendo decidir os casos concretos de acordo com as peculiaridades de cada um.

Esta mudança de paradigma é observada por Eduardo Cambi da seguinte forma:

O *neopositivismo* é uma das consequências filosóficas do neoconstitucionalismo. Trata-se de um novo modelo, na medida em que marca a superação dos modelos jusnaturalistas e positivistas. Vários fatores contribuíram para que, na metade do século XX, a Constituição passasse a ocupar o marco filosófico da compreensão do direito. Dentre eles, destacam-se: a) o *declínio da Escola da Exegese* e a *nova hermenêutica jurídica* (filtragem constitucional); b) a *força normativa da constituição*, que deixa de ser mera carta de intenções políticas, passando a vincular juridicamente os detentores do poder; c) a *natureza contratual do Estado*, que, desde o iluminismo, não pode ser considerado um fato natural, o que implica a noção de que o Direito é produto da razão e, conseqüentemente, não emana de Deus (separação entre o Estado e a Igreja). (CAMBI 2011, P.79)

Esta atividade judicial se desenvolve por meio de um processo que por sua vez é realizado por um procedimento. O acesso ao processo ou a justiça na busca de uma prestação jurisdicional se dá por meio das ações de conhecimento, de execução e as cautelares. Algumas se destacam pela celeridade, efetividade e eficácia que se espera, das quais são exemplos, o mandado de segurança, a execução de fazer, a Ação Civil Pública, as ações coletivas, as ações populares.

Há também a preocupação da eficácia da prestação jurisdicional, razão pela qual, ao longo do procedimento vários institutos se mostram simpáticos a celeridade tal qual a tutela antecipada, a liminar em mandado de segurança ou em habeas corpus, prioridade do processo do idoso.

O processo passa a ser visto como um instrumento capaz de promover a inclusão social, possibilitando o respeito aos direitos fundamentais via jurisdição, garantindo ainda a dignidade da pessoa humana enquanto suporte dos direitos materiais e de liberdades públicas, para tanto é necessário destacar que inúmeras questões surgem na medida em que se busca o socorro no Poder Judiciário.

INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO EXECUTIVO

No instante em que o Judiciário julga procedente uma pretensão e impõe o cumprimento da sentença ao poder executivo, surge a crítica de que esta decisão consiste violação dos poderes, ou seja, a quem diga que estaria ocorrendo invasão do Judiciário no Executivo, questão também já enfrentada pelos Tribunais, conforme escreve Antonio José Avelãs Nunes:

O STF tem igualmente decidido no sentido de não considerar ingerência do Judiciário na esfera da administração a imposição ao judicial ao Executivo de que este satisfaça, nos termos determinado pelo tribunal, um direito social previsto na Constituição, a requerimento de um qualquer cidadão: “Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiça constitucionalmente. (NUNES, 2011. P.36)

A razão pela qual se defende a ingerência do Judiciário no Executivo é que a Administração Pública cumpre uma diretriz atrelada a uma ordem cronológica estabelecida no orçamento, ou seja, não há que se falar em imprevisto e sim objetivos e metas, as quais ficam prejudicadas frente a uma decisão judicial inesperada.

Valter Foletto Santin, ilustre professor doutor da Universidade Estadual do Norte Pioneiro, sintetiza de forma definitiva que não há que se falar em ingerência, ante o princípio da inafastabilidade jurisdicional, é como ensina:

A harmonia entre os Poderes ou órgãos públicos não fica afetada pelo controle judicial, porque o Judiciário está em consonância com a primazia do direito no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF) e cumprindo integralmente sua função jurisdicional na hipótese de lesão ou ameaça a direito (art.5º, XXXV, CF), o princípio da inafastabilidade jurisdicional ou de acesso a Justiça.(SANTIN 2012, P. 257)

Mas não é só este argumento, tem-se ainda que a administração efetiva serviços públicos e políticas públicas sem olhar a pessoa, ou seja, sem direcionamento pessoal, em tese atende a todos de modo igualitário, se não tem para um não tem para outro, sendo certo que

neste aspecto a decisão judicial fere o princípio da impessoalidade, já que somente aquele que buscou o Judiciário vai obter o provimento.

INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO LEGISLATIVO

Não só, mas principalmente no que toca as liberdades públicas, o Judiciário tem promovido a inclusão social via processo quando incorpora ao mundo jurídico uma decisão que vem garantir uma determinada liberdade, antes suprimida por omissão do Poder Legislativo, em outras palavras, o Legislativo não delibera sobre matérias que sustentem garantias de liberdades e com isso deixam pessoas excluídas de direitos.

O motivo pelo qual não há interesse em legislar sobre determinada matéria não é relevante neste momento, o que nos importa é saber, por exemplo, que há muito tempo o Poder Legislativo se omite em regulamentar a convivência entre pessoas do mesmo sexo, o que iria garantir a liberdade de união afetiva destas pessoas, obrigando o Poder Judiciário, que é provocado, ante o princípio da inércia, a decidir a lide e incluir os jurisdicionados na igualdade social.

Para garantir os direito e as liberdades dentro de um processo, o juiz deve decidir com base nas normas então vigentes e oriundas do Poder Legislativo e caso não as encontre, não podendo se esquivar de prestar a jurisdição, por força do Princípio Constitucional da Inafastabilidade do controle Jurisdicional, deve lançar mão, segundo a lei de introdução as normas de introdução ao Direito Brasileiro, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Este modelo jurisdicional de hermenêutica é atribuição do Poder Judiciário e não vislumbramos como uma ofensa aos poderes do legislativo.

QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

Um dos direitos sociais que nos últimos tempos vem sofrendo certa restrição por parte do Poder Público é o direito a saúde, afirmação que se constata pelo grande número de ações propostas para se obter medicamentos e realização tratamentos cirúrgicos. Já no seio do processo alguns encontram dificuldade de escolher a ação a ser proposta, dividindo-se basicamente em duas, o mandado de segurança e a obrigação de fazer.

O mandado de segurança é um remédio constitucional que ampara direito líquido e certo que possa ser comprovado com a inicial, independente de dilação probatória, neste caso há ausência de litígio no que toca a causa de pedir remota, ou seja, o Estado reconhece que o cidadão tem determinado direito, mas por razões administrativas ou financeiras, não efetiva o direito, o que é inadmissível quando se fala em restabelecimento da dignidade da pessoa humana.

Portanto quando não há de qualquer modo a concordância do ente público quanto ao direito em si, a prova deve ser feita em contraditório judicial e ação seria então a obrigação de fazer, a qual é um pouco mais demorada em razão exatamente da produção prova, podendo o autor fazer uso do pedido de tutela antecipada.

Outra questão tormentosa é definição do pólo passivo, sendo que não mais se discute a solidariedade entre as três esferas, no entanto às vezes não é interessante colocar todos ou alguns no pólo passivo para preservar a celeridade, neste aspecto é interessante destacar que o Município, por ser o integrante do Sistema Único de Saúde que se encontra mais perto do usuário, é aquele responsável, por força constitucional, pelo atendimento primário daquele que busca o serviço médico prestado, além do que é o responsável pela execução dos serviços, vejamos o artigo 18 da lei 8.080/90 e a Portaria 2.203 de 5 de novembro de 1996:

À direção municipal do Sistema de saúde (SUS) compete:

I – planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

4. SISTEMA DE SAÚDE MUNICIPAL

Os estabelecimentos desse subsistema municipal, do SUS-Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do município. Suas ações, desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas), têm que estar organizadas e coordenadas, de modo que o gestor municipal possa garantir à população o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral.

Mônica de Almeida Magalhães Serrano pensa desta forma:

Todos os entes federados são, desta forma, gestores do sistema de saúde, cujas diretrizes são nacionais, sendo certo que a atuação se dará de forma descentralizada. Assim, ao cabo de um processo paulatino e dinâmico, o Município deve assumir a gestão plena das ações e recursos em matéria de saúde, (...) (SERRANO, 2009. p.80)

Partindo desta premissa é importante verificar se a pretensão judicial está materialmente ao alcance do Poder Municipal e em caso positivo deve somente ele integrar o pólo passivo, caso contrário melhor incluir também outro poder, isso por conta da regionalização e do critério de referência.

CONCLUSÃO

Com leitura das obras relacionadas à pesquisa do tema, concluímos que o momento histórico pós constituição inaugurou um novo paradigma em razão da valorização da condição humana, atrelado ao reconhecimento de direitos sociais e também a finalidade da criação do Estado consistente em ser o ente obrigado a garantir a efetividade dos direitos previstos na nossa constituição.

A dignidade da pessoa humana passa a ser o centro de referência material dos direitos sociais e à negativa de prestação destes direitos por parte do Estado gera a exclusão social, tendo o Poder Judiciário legitimidade indiscutível para, via processo, efetivar os direitos fundamentais e assim resguardar a dignidade humana. A exclusão social revela-se então como uma violação a dignidade humana que ocorre no momento que o Estado falha na sua obrigação.

Não vislumbramos ingerência ao Poder Executivo pelo Judiciário quanto se trata de direitos fundamentais, todavia há um cuidado especial que deve ser observado, ou seja, o Judiciário tem que tomar cuidado para não entrar nas atribuições gerenciais do Poder Executivo, ainda que seja para proteger direitos de segunda geração, evitando deste modo a violação do princípio da separação dos poderes.

Por fim é necessidade imperiosa que o processo seja concluído o mais rápido possível, e que sua decisão seja eficaz, razão pela qual o operador deve estar atento para o

procedimento ou tipo de ação, mandado de segurança ou obrigação de fazer, de acordo com a necessidade ou não de produzir prova, bem como observar para tanto quem vai colocar no pólo passivo da demanda.

É neste passo que o processo torna-se um instrumento capaz de promover a inclusão social daqueles que tiveram ceifados os direitos de serem ouvidos, de serem respeitados na sua condição humana e o Estado passa a ser o protagonista desta violação, revelando-se um dos clientes mais assíduos do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

CRETELLA JUNIOR, José. Direito Romano Moderno. 10 ed. Rio de Janeiro, 2001.

MARTA, Tais Nader. Exclusão Social x Vida Digna: direito ao trabalho das pessoas com deficiência, uma questão de princípios. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 12 (janeiro/julho) – Jacarezinho, 2010.

MONTEIRO, Washington de Bairros. Curso de Direito Civil – Parte Geral. 25ª Ed. São Paulo. Saraiva, 1985.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo, Atlas, 1997.

MORANGE, Jean. Direitos Humanos e liberdades públicas. Tradução Eveline Bouteiller. Barueri, SP. Manole, 2004.

NUNES, Antonio Jose Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o direito a Saúde. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. Dignidade Humana – Princípio Constitucional. Curitiba. Juruá, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2 Ed. São Paulo. Verbatim, 2013.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais. São Paulo. Verbatim, 2009.