

**A FRUIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELOS
HIPOSSUFICIENTES ATRAVÉS DA DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À
JUSTIÇA**

**THE ENJOYMENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH BY THE
HYPOSUFFICIENT THROUGH DEMOCRATIZATION OF ACCES TO JUSTICE**

Emetério Silva de Oliveira Neto¹

RESUMO

Muito se discute acerca da abrangência e das formas de implementação do direito fundamental e social à saúde no Brasil. Intenta-se, nesse sentido, fazer com que o Estado atue mais fortemente sobre esse importante setor. A maior parcela da população brasileira é composta de pessoas pobres, as quais, deste modo, necessitam das políticas públicas estatais, pois não podem, por seus próprios meios, prover tal direito fundamental. Quando a administração pública, que tem a responsabilidade originária ou primeira, claudica, busca-se alternativas para a solução do problema, sendo uma delas o acesso ao Poder Judiciário, muito embora seja este apenas o sentido estrito do acesso à Justiça que é, por natureza, mais amplo. O acesso à justiça, portanto, precisa ser bem compreendido e democratizado, pois é o refúgio de que se valem os hipossuficientes (os mais carentes) quando e na medida em que o direito à saúde não é provido pelo Estado-administração.

PALAVRAS-CHAVES: Democracia – Acesso à Justiça – Direito Fundamental à Saúde – Hipossuficientes.

¹ Advogado; Bacharel em Direito e Especialista em Direito Penal e Criminologia, ambos pela Universidade Regional do Cariri (URCA); Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Ex-Procurador Geral Adjunto do Município de Icó – Ceará; Autor do Livro *Ministério Público Brasileiro e sua Intervenção no Processo Civil Moderno*.

ABSTRACT

There is debate about the scope and forms of implementation of the fundamental right and social health in Brazil. An alternative, in this sense, is to make that the State come to act more strongly on this important sector. The largest portion of the population is made up of poor people, which thus require the state's public policy, because they cannot, on their own, have secured this fundamental right. When the government, which has responsibility original or first, limps, seeks alternatives for solving the problem, one being access to the judiciary, although this is only the strict sense of the access to justice that is, by nature, broader. Access to justice, therefore, must be well understood and democratized, because it is the refuge of those who are hyposufficient (the poorest) when and to the extent that the right to health is not provided by the State administration.

KEYWORDS: Democracy – Access to Justice – Fundamental Right to Health – Hyposufficient.

1 INTRODUÇÃO

À luz do princípio democrático, chega-se à conclusão de que o direito fundamental à saúde, em todas as suas dimensões², precisa ter efetividade para os hipossuficientes³, ou seja, os desprovidos de recursos econômicos e sociais, os quais representam a parcela da população brasileira que mais reclama políticas públicas nesta seara, pois, contraditória e desproporcionalmente, esse direito lhes é negado reiteradamente pelo Estado.

Segundo Gilmar Mendes (2011, p. 685), a Constituição de 1988 é a primeira Constituição brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde.

² O direito à saúde gera para o Estado uma série de obrigações ou prestações, que são as dimensões desse direito, a saber: construção de hospitais de qualidade; contratação de médicos; oferecimento de todo tipo de exames; distribuição de medicamentos; realização, enfim, de tratamento completo e adequado à enfermidade do paciente.

³ Não há consenso entre os especialistas acerca de qual o critério correto para se definir o que vem a ser uma pessoa hipossuficiente ou pobre. Para esta pesquisa, no entanto, adotar-se-á o critério previsto na Lei Federal n.º 1.060/50, segundo a qual hipossuficiente ou pobre é aquele que não dispõe de recursos suficientes para custear despesas (processuais) sem privar-se do básico para a sua sobrevivência.

Dados recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁴ revelam que 58% (cinquenta e oito por cento) dos brasileiros têm profundas carências sociais e que em termos de saúde os investimentos governamentais ainda não são satisfatórios, o que lava a dividir, nesse aspecto, o Brasil, em dois, a saber: o da saúde dos ricos (sistema privado) e o da saúde dos pobres (sistema único).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)⁵, por sua vez, divulgou estudo onde aponta que os usuários do sistema único de saúde em todo o país reclamam da ausência de médicos e de equipamentos nos hospitais públicos.

Tomando por base esses dados e a própria constatação empírica observa-se que um dos instrumentos para se chegar à plenitude de efetivação do direito à saúde para a referida categoria de pessoas é o acesso à justiça, que também é um direito fundamental⁶, e que se manifesta de várias formas, consoante será estudado.

Hodiernamente, não há mais como tratar-se o direito fundamental à saúde como mera norma programática, destituída de eficácia geral, ou um ideal a ser alcançado algum dia, haja vista ser norma de eficácia plena e imediata, bem como considerando o princípio democrático que garante a todos iguais condições de sobrevivência e de fruição dos direitos sociais.

Para Paulo Bonavides, “as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo de guia e orientação ao intérprete” (2006, p. 249-250).

A saúde é direito fundamental (social)⁷, reconhecido constitucionalmente⁸. E uma vez categorizado como direito fundamental, é protegida pela cláusula da intangibilidade, tornando-se intocável (cláusula pétrea).

Por outro lado, a alegação de que a única via eficaz de os hipossuficientes obterem o direito fundamental à saúde é a judiciária não é suficiente para solver a problemática em tela, posto que, por si só, não se coaduna com o Estado de Direito da democracia participativa, no qual a participação política da sociedade é incentivada.

⁴ Disponível em sítio do IBGE <<http://www.ibge.gov.br/home>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

⁵ Disponível em sítio do IPEA <<http://www.ipea.gov.br/portal>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

⁶ É comum que se utilize, indistintamente, as expressões: direitos e garantias fundamentais. O Prof. Paulo Bonavides, contudo, estabelece diferença entre tais locuções, esclarecendo que a garantia é um meio de defesa, que se cocola diante de um direito (*In: Curso de direito constitucional*, 19. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 525-528).

⁷ Social porque previsto no artigo 6º da CF/88, devendo ser auferível por todos.

⁸ O artigo 6º da CF/88 assegura: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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”. Que os direitos sociais são por igual direitos fundamentais não há o que se discutir.

É certo que a Constituição Federal de 1988 tem normatividade reconhecida, e os princípios nela insertos são auto-aplicáveis. No entanto, cabe à administração pública, a partir da implementação de políticas públicas, é dizer, de um *facere* (prestação positiva), mormente em matéria de direitos sociais, materializar a toda população esses direitos.

Ocorre, porém, de por vezes a esfera administrativa - o Poder Executivo - manter-se inerte, nada fazendo para colmatar as necessidades da sociedade, por exemplo, quanto ao direito fundamental à saúde. Nessas circunstâncias, quem não dispõe de meios próprios para prover a sua saúde e ante a inércia do setor competente, impetra ações judiciais, individuais ou coletivas, convidando o Poder Judiciário a agir.

2 AS PRINCIPAIS DIFICULDADES ENFRENTADAS

O problema é que o acesso ao sistema jurisdicional brasileiro ainda é muito burocrático e o Poder respectivo por vezes elitista. Quem deseja ingressar em juízo necessita de representatividade judicial, é dizer, deve contratar advogado (aquele que tem o chamado *jus postulandi*).

Mas felizmente o sistema brasileiro prevê acesso ao Judiciário por outros canais, tais como o Ministério Público (Estaduais e da União) e as Defensorias Públicas (da União e Estaduais), o primeiro atuando em caráter coletivo, em defesa do que se apoda de interesse público primário, e as segundas basicamente em face de temáticas mais pontuais, individuais.

Com efeito, a atuação das instituições públicas em defesa dos hipossuficientes se faz imperiosa para preservar os direitos e garantias constantes do texto da Lei Magna, de modo que as ações judiciais, individuais e coletivas, são, em tese⁹, instrumentos de garantia do direito fundamental à saúde.

Observa-se que a implementação do direito à saúde para os hipossuficientes encontra alguns óbices, a saber: ausência de políticas públicas; falta de participação da sociedade, que muitas vezes ignora seus direitos legítimos; e, ademais, morosidade do Poder Judiciário, que, conforme salientado acima, também é “elitista” (BONAVIDES, 2004, p. 80).

⁹ Nem sempre o Judiciário dá procedência às causas, muitas vezes diante dos altos custos sociais que a causa individual demanda.

Ilustra-se, através de um exemplo hipotético possível de ocorrer na prática, como o Judiciário é “elitista”: “A”, pessoa esclarecida e rica, tem plano privado de saúde e está gravemente enferma; deseja tratar-se nos EUA e usar remédios caros, pois assim ficará curada; sabe que a saúde é direito que deve ser garantido pelo Estado; contrata, assim, escritório de advocacia, que ingressa em juízo com ação pertinente; a liminar é deferida pelo magistrado. Que dizer do pobre na mesma contingência de saúde? Desprovido de esclarecimento e dinheiro, portanto de recursos sociais e econômicos, resta-lhe, talvez, a morte precoce, pois o administrador não realizou políticas públicas nesse setor e para ele lamentavelmente as portas do Judiciário seguramente estarão fechadas.

Contudo, o fato de a ordem jurídica constitucional brasileira atual reconhecer força normativa de direito fundamental ao acesso à justiça, sendo uma conquista importante, traz consigo a necessidade de novos impulsos, que levem a sua difusão também aos mais carentes.

Para Gilmar Mendes (2011, p. 681), a Constituição de 1988 conferiu significado ímpar ao direito de acesso à justiça, tanto que criou mecanismos contra a omissão legislativa, que são a ação direta por omissão e o mandado de injunção, que são destinados a colmatar eventuais lacunas na realização de direitos, especialmente na formulação de políticas públicas.

Apesar das previsões no texto constitucional de 1988, bem como do considerável aumento da informação, constatam-se dificuldades de garantir a efetividade do acesso à justiça aos hipossuficientes, o que prejudica a perspectiva de um estado democrático comprometido com o direito fundamental à saúde.

Para reverter essa situação, faz-se necessária uma ampla mobilização das forças sociais, no sentido de tentar buscar a efetividade do direito em análise a partir de novas perspectivas, no afã de que as normas constitucionais garantidoras desse direito fundamental não se tornem *letra morta*, caindo no descrédito.

O país precisa avançar na implementação das conquistas sociais, o que implica em maior preocupação com o direito à saúde para os hipossuficientes. O que se tem feito até aqui nesse âmbito não é o bastante, e o governo deve entender que não é unicamente com certos programas, como o “Mais Médicos”¹⁰, que a questão da saúde será adequadamente tratada.

¹⁰ Segundo o Ministério da Saúde, o programa Mais Médicos faz parte de um amplo pacto de melhoria do atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde, que prevê investimento em infraestrutura dos

Quando a face das percepções volta-se para os campos da democracia e do acesso à justiça, assoma claro que ainda persiste no Brasil o que o Professor Paulo Bonavides (2006, p. 193) chama de crise constituinte, a qual tem atrasado ou inviabilizado a efetivação do estado social democrático de direito no País.

Com o advento da democracia participativa, porém, está-se a exigir da sociedade e dos estudiosos uma atuação esforçada, mediante a aproximação de ramos do conhecimento que são afins à democracia, em um desafio de ações multidisciplinares para encontrar soluções que apontem uma alternativa ao tradicional conceito de acesso à justiça, para doravante servir mais sofisticadamente como instrumento de garantia do direito à saúde para todos.

Tendo em vista as ideias de Boaventura de S. Santos (2011, p. 14-15), sobre o que denomina de novo senso comum jurídico, deve-se buscar atender o anseio por justiça a partir de uma nova visão do próprio direito, onde merece ser criticado o atual monopólio estatal e científico do direito, bem como questionado o caráter despolitizado do direito na busca pela sua necessária repolitização, a fim de que se amplie a compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada, dando atenção para o que designa de legalidade cosmopolita ou subalterna.

Os estudos teóricos e a prática de uma democracia com viés participativo poderão em futuro não muito distante consolidar uma série de direitos fundamentais, de caráter social, seja através de políticas públicas de intervenção do Estado, seja como fruto da garantia a todos de amplo acesso à justiça (em todas as dimensões possíveis).

3 AS GRANDES QUESTÕES QUE ENVOLVEM A TEMÁTICA

As questões ou problemas, advindas de algumas observações e reflexões iniciais e que justificam este artigo são muitas. Primeiramente a ausência de uma construção doutrinária unívoca e coerente do presente tema, que ligue democracia, acesso amplo à justiça e direito fundamental à saúde.

hospitais e unidades de saúde, além de levar mais médicos para regiões onde não existem profissionais. Ainda, com a convocação de médicos para atuar na atenção básica de periferias de grandes cidades e municípios do interior do país, o Governo Federal pretende garantir mais médicos para o Brasil e mais saúde para as pessoas. As vagas são oferecidas prioritariamente a médicos brasileiros, interessados em atuar nas regiões onde faltam profissionais. No caso do não preenchimento de todas as vagas, aceita-se candidaturas de estrangeiros, com a intenção de resolver o problema, considerado emergencial para o país (In: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude>. Acesso em 17 de novembro de 2013).

Ademais, a constante demanda pelo direito à saúde, em todas as suas dimensões (hospitais, leitos de UTI, remédios, exames, etc.), e a ausência de políticas públicas do Executivo voltadas para o setor, donde a necessidade de atuação do Judiciário, acarretando ausência de informações confiáveis acerca do mesmo assunto, pois não há informes precisos, em termos estatísticos, sobre o cumprimento das decisões judiciais - proferidas no âmbito da temática da saúde - pela administração pública e se tal ocorre em que medida.

Quanto ao Poder Judiciário, por ser hermético, tem uma considerável parcela da sociedade grandes dificuldades em alcançá-lo, o que acarreta enormes prejuízos ao princípio democrático.

O papel social de instituições estatais como o Ministério Público, para garantir aos hipossuficientes o direito fundamental à saúde quando denegado pelo Estado, revela a importância do estudo das instituições que defendem a democracia e garantem o acesso à justiça.

Registra-se, ainda, a desinformação de grande parcela da população, que não sabe dos seus direitos ou não tem condições de reagir frente ao descaso do Estado quanto ao direito à saúde.

A necessidade de se desenvolver mecanismos alternativos de acesso à justiça e a participação da população, no exercício do legítimo direito de contribuir diretamente com determinadas decisões políticas é assunto não muito explorado e que merecerá a devida atenção.

Importante reflexão se fará sobre os aspectos jurídico-sociais e democráticos da temática, notadamente no que tange ao tratamento que o Estado- administração vem dispensando aos hipossuficientes quanto ao direito fundamental à saúde, haja vista que essas pessoas não possuem condições financeiras de proverem essa necessidade (e direito).

Uma vez que casos há onde assoma claro descompasso entre atos realizados pela administração pública em detrimento de outros não realizados mas que se o fossem indubitavelmente promoveriam políticas públicas importantes, mormente se voltadas para o direito fundamental à saúde. Nesse compasso, o direito à saúde é preterido por outros sem a mesma importância, cabendo à população socorrer-se do acesso ao Judiciário.

Existem vários municípios brasileiros, por exemplo, nos quais o direito social à saúde não é implementado adequada ou plenamente. Contudo, uma boa observação

revelará que shows e outros eventos festivos que demandam elevados custos financeiros são ali realizados com frequência preferentemente à saúde de qualidade.

Com efeito, onde a pobreza, a marginalização e a ignorância são em demasiado extremas, desproporcionalmente as políticas públicas na seara da saúde são quase nenhuma. De modo que o acesso à justiça, em tais situações extremas, busca garantir a fruição do direito em foco.

Muitas vezes as partes buscam que órgãos do Judiciário atuem de forma a compelir o Estado-administração (União, Estados-membros e DF, e Municípios) a fornecer medicamentos de alto valor para tratamento de saúde. Sendo assim, almejam a obtenção, pelo caminho judicial, de um direito assegurado legal e constitucionalmente, porém não implementado por voluntarismo do órgão administrativo - a quem originariamente competia fazê-lo -, como sói acontecer, lamentavelmente, em todo o Brasil.

Assim, exsurtem os seguintes questionamentos: a) Tendo por base o princípio democrático, de que modo o acesso à justiça funciona como instrumento de garantia do direito fundamental à saúde para os hipossuficientes?; b) Sendo o Estado-administração denegador das políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à saúde, qual o papel das instituições do Estado, v.g. Ministério Público, e como o Poder Judiciário tem decidido nessa seara em favor dos hipossuficientes?; c) Como a sociedade pode participar em prol da maior efetividade do direito fundamental à saúde para os hipossuficientes em sua plenitude?

4 DEMOCRACIA E ACESSO À JUSTIÇA: ASPECTOS DOS DOIS DIREITOS

Sem embargo da sua caracterização como sistema de governo, costuma-se igualmente classificar a democracia como direito de quarta geração ou dimensão, cabendo, nesse jaez, ressaltar a democracia participativa, cujos institutos principais estão previstos no artigo 14 da Constituição Federal e é por esta garantida, assegurada.

Mas, indaga-se: que é democracia e como ela pode servir na garantia de outros direitos fundamentais? A democracia, segundo o Professor Paulo Bonavides (2004, p. 477), é “princípio, e os princípios têm sua normatividade, tanto conceitual como positivamente, já definida em algumas ordens constitucionais”.

Os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico e sobre essa espécie normativa Paulo Bonavides (2006, p. 288) pontua que “em verdade, os

princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”¹¹.

O artigo 1º da Constituição de 1988 diz que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Prossegue o parágrafo único do citado dispositivo constitucional afirmando que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Com efeito, é insofismável que a dignidade da pessoa humana é o fundamento material que dá unidade e valor a constituição. Para o Professor Glauco Barreira (2011, p. 178),

A Constituição Axiológica, vista em sua dinamicidade, é um processo dialético que tem a dignidade da pessoa humana como princípio regulador. Desse modo, o princípio democrático é regulador da organização política, o princípio do Estado Social, regulador da ordem econômica e social, e a dignidade da pessoa humana é reguladora do conjunto de direitos fundamentais.

Porém, este princípio basilar, do qual dimanam outros, não teria qualquer valia, por exemplo, em um estado totalitário, onde o Poder Judiciário é coarctado. Tem-se, assim, de não se cogitar em acesso à justiça ou outros direitos em ambiente infenso à democracia. Ainda que no totalitarismo/ditadura houvesse previsão de direitos fundamentais, certamente não haveria as garantias com que defendê-los.

A democratização do acesso à justiça, pois, é vetor garantidor dos direitos sociais, dentre eles a saúde, e deve ocorrer independentemente da condição econômica do indivíduo, pois o princípio democrático vivifica os direitos fundamentais constitucionalizados.

Com efeito, ao longo dos anos o direito tem passado por grandes transformações, todas elas o levando a galgar degraus evolutivos, de modo a torná-lo apto a reger as multifárias relações e necessidades humanas, pois a sociedade evolue constantemente. H. L. A. Hart (2009, p. 239) vaticinou que,

¹¹ Entendimento diverso é apresentado pelo Prof. Humberto Ávila, o qual rebate o “neoconstitucionalismo” a partir da apresentação de contra-argumentos aos pilares nos quais este se sustenta, aproveitando o ensejo para questionar ser a nossa atual Constituição de fato principiológica, a luz da distinção que se faz entre regras e princípios, ressaltando que há na nossa Lei Maior, em termos numéricos, mais regras que princípios (*In: ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013).

Não se pode negar em sã consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita.

As revoluções liberais, maiormente a Francesa de 1789, obraram a constitucionalização de direitos, os quais, a partir de então, saíram da esfera e do domínio do soberano para a esfera e o domínio do gênero humano¹².

O lema liberdade gerou o estado de direito¹³ liberal, que marcou os direitos fundamentais civis e políticos de primeira geração. De seu turno, o lema igualdade deu azo ao estado de direito social, marco dos direitos sociais, econômicos e culturais de segunda geração, ao passo que o lema fraternidade, com solidificar os direitos alcançados até então, houve por bem introduzir direitos de terceira dimensão, a saber, direitos ao desenvolvimento, à informação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à solidariedade, etc.

Sumariando as precitadas gerações ou dimensões, marcos dos direitos fundamentais ao logo da história da humanidade, Paulo Bonavides (2004, p. 476), que adota a conhecida classificação de Karel Vasak, assim esclarece:

Os direitos da primeira geração, no consenso dos publicistas, foram os direitos individuais; direitos da segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais; e, de último, na idade da tecnologia, direitos da terceira geração, aqueles que entendem com a paz, o desenvolvimento, o interesse dos consumidores, a qualidade de vida e a liberdade de informação. Três gerações regidas ou inspiradas sucessiva e cumulativamente pelos princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

É de bom alvitre esclarecer, nesse diapasão, que a divisão do direito em gerações não significa ruptura ou perda de direitos de uma geração por outra. Ao contrário, e aqui o correto é caracterizar tais fases como dimensões, as gerações somam ou agregam os direitos, jamais eliminando as conquistas alcançadas por outras gerações.

Sobre o Estado Social e a sua constituição, o Professor Glauco Barreira (2011, p. 53-54) nos ensina que na constituição do Estado Social,

Apesar de não se dá uma identificação do Estado com a Sociedade como nos regimes totalitários, há uma conciliação entre ambos através de uma interação dialética, pois enquanto a Sociedade tem garantias contra o abuso

¹² Não se pode esquecer, igualmente, aqui, da declaração de independência dos Estados Unidos, de julho de 1776, documento político precursor de grandes mudanças.

¹³ Percebe-se, aqui, pela locução “Estado do Direito”, a não mais confusão do soberano com o direito e consequentemente com o Estado. Agora, o governante também está sujeito às leis, assim como os governados (cidadãos, não mais súditos).

de poder, o Estado interfere na Sociedade, legitimamente, para corrigir as suas estruturas injustas, o que não ocorria no Velho Estado Liberal, onde imperava a separação entre o Estado e a Sociedade.

Uma das fases do estado social de direito, segundo Paulo Bonavides (2008, p. 33), é o Estado de direito da democracia participativa. Entende o citado constitucionalista que a democracia participativa, “é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos”.

Mas seria a democracia um direito fundamental de quarta dimensão? Nessa esteira, Bonavides (2004, p. 475) não tergiversa em afirmar:

A democracia no fim do século XX, mais do que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou uma forma de vida, tende a se converter, ou já se converteu, no mais novo direito dos povos e dos cidadãos. É direito de qualidade distinta, direito que eu diria da quarta geração.

Conclui-se das lições do referido autor que o estado de direito da democracia participativa nasce como reação ao neoliberalismo, quando este intenta o retorno ao estado liberal sob uma roupagem ainda mais agressiva, haja vista que em detrimento das conquistas alcançadas pelo estado social, de forma que na democracia participativa os postulados básicos do estado social são restabelecidos e fortificados.

Nesse sentido, quanto mais efetivo o princípio democrático, tanto mais guardada têm os direitos fundamentais, como o que garante acesso à justiça. Os hipossuficientes, por necessitarem da promoção dos bens sociais pelo Estado -- políticas públicas --, por vezes valem-se do acesso à justiça. Quando o Executivo claudica, o acesso ao Poder Judiciário exsurge como solução primeira.

Chega-se ao ponto onde a estabilização da ordem democrática, que é construída a partir de princípios, a saber, dos direitos fundamentais, ocorre quando o acesso ao sistema jurisdicional é facultado a todos de forma desembaraçada.

Quanto ao acesso à justiça, em sentido estrito, vê-se que esse conceito inicialmente nasceu atrelado a ideia do monopólio da justiça estatal (MANCUSO, 2011, p. 23-24). O direito de ação, porém, que assegura o acesso à justiça pela via judicial, como garantia fundamental prevista na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXXV), necessita de interpretação atualizadora.

Interpretando esse dispositivo constitucional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou resolução onde reconhece que o direito de acesso à justiça, além da

vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa (n.º 125/2010)¹⁴.

À luz da referida perspectiva, Rodolfo de C. Mancuso (2011, p. 25), citando Kazuo Watanabe, pontifica que o dispositivo constitucional em questão “é de ser interpretado não apenas como garantia de acesso ao Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada”.

MANCUSO (2011, p. 169), sobremais, relata importante problema que diz com a crise numérica dos processos, questionando a estratégia adotada para a solução do problema, a qual luta contra a consequência, deixando em aberto as causas. São suas as seguintes palavras:

Desde o último quartel do século passado até esta parte, as sucessivas intervenções pontuais na lei processual têm se pautado pelo propósito de diminuir a qualquer custo a crescente crise numérica de processos, não se notando, porém, igual empenho na identificação do problema onde ele começa, a saber, na cultura demandista, insuflada pelo expandido vezo de se levar à Justiça todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito.

A Constituição de 1988 veda a discriminação de qualquer gênero e garante, em vários de seus dispositivos, a maioria deles constante do artigo 5º¹⁵, o acesso à justiça a todos, indistintamente, facultando tratamento diferenciado aos mais necessitados, tais como a dispensa de pagamento de algumas taxas judiciais e cartorárias (v.g., artigo 5º, incisos XXXIV, XXXV, LXXIV, LXXVI, LXXVII), revelando uma tentativa de busca pela isonomia material.

É de se concluir, que o acesso à justiça configura direito fundamental e instrumental, cabendo ser democratizado. É consabido que uma das dimensões do acesso à justiça é o sistema jurisdicional¹⁶. Por outro lado, exige-se uma maior participação cidadã – através dos meios alternativos - na promoção deste direito, que por ser fundamental é independente e sendo independente não se resume ao mero acesso ao Judiciário.

¹⁴ Disponível em sítio do CNJ <www.cnj.jus.br>. Acesso em 15.11.2013.

¹⁵ O inciso XXXV do referido artigo garante o direito de ação, conseqüentemente o acesso à justiça via Judiciário. O direito de ação garante o processo, porém não assegura a celeridade deste, nem muito menos um julgamento justo, daí porque deve-se aclarar que o acesso à justiça vai para além do acesso ao Judiciário.

¹⁶ Analisa-se, nesse campo, dois aspectos: o primeiro diz com a necessidade de maior amplitude de acesso ao Poder Judiciário. O segundo, as vezes deslembado, se refere a efetiva fruição da justiça por aquele que se valeu do referido Poder, donde conclui-se que o acesso ao sistema judiciário não necessariamente garante a (própria) justiça, exigindo-se dos Magistrados e das partes o correto manejo das causas para que a justiça ali se efetive.

O novo desenho constitucional deu preeminência ao Poder Judiciário, manifesta diante da excessiva judicialização de direitos, interpretada por Luís Roberto Barroso (2009, p. 3-4) como o fato de “que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”. O mesmo autor elenca três fatores da judicialização, a saber: 1. a redemocratização do País, cujo ponto culminante foi a Constituição Federal de 1988; 2. a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição direitos antes previstos tão-somente na legislação infraconstitucional; 3. o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes do mundo.

Por essa nova ordem constitucional, o Judiciário passa a funcionar, na prática, como concretizador do sistema democrático participativo, agindo sob a égide dos princípios e dos valores cardeais do ordenamento.

Para Paulo Bonavides (2008, p. 22),

O juiz da democracia participativa não será, como no passado, ao alvorecer da legalidade representativa, o juiz ‘boca da lei’, da imagem de Montesquieu, mas o magistrado ‘boca da constituição’ e do contrato social; aquele que figuraria decerto na imagem de Rousseau redivivo.

Afigura-se deste modo a constante substituição do sistema da administração pública pelo sistema judicial, pois na falta de prestação daquela, o Judiciário age nos moldes do estado democrático. Entrementes, Ronald Dworkin (2010, p. 132-135) entende que o direito deve ser criado pelas autoridades eleitas, não cabendo aos juízes originalidade, pois a eles não compete criar leis novas, mas sim interpretar e aplicar o direito, o que é bem diferente.

O texto do artigo 2º da Constituição estatui que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Tal não impede que haja a intervenção de um Poder em outro - dentro de limites rígidos -, com vistas à recalibração do necessário equilíbrio, como concebido pela teoria dos *checks and balances*.

O Poder Judiciário, que muito interessará a esta pesquisa, é um poder político que tem legitimidade no regime democrático brasileiro, cabendo-lhe respeitar as leis¹⁷ da república e não cair na tentação de rever a essência política das decisões tomadas

¹⁷ A palavra “Lei” é aqui utilizada em sua acepção mais ampla, na qual estão inclusas todas as normas jurídicas do ordenamento jurídico do Estado.

pelos demais poderes, decisões estas concernentes a atos, de natureza, impassíveis de sindicabilidade.

Em obra recentemente publicada, Felipe Braga (2013, p. 90-91), professor da Universidade Federal do Ceará, descreve que “o controle de constitucionalidade, sobretudo o modelo concentrado, conferiu ao Judiciário um papel político relevante” e o Judiciário integra o Governo “por lhe ter sido conferida competência exclusiva para dirimir os conflitos entre os poderes”.

Relativamente à legitimidade democrática do Poder Judiciário, ressalta o referido autor (2013, p. 111-112) que questões tipicamente políticas estão imunes ao controle jurisdicional, sendo tais questões os atos de estado e de governo, pois a Constituição não tolera que um poder, ao exercer atividade atípica, esvazie o campo funcional reservado ao outro.

Quanto à atuação do Poder Judiciário, uma crítica merece ser feita, pois faz-se mister acentuar que, ao contrário do que ordinariamente se pensa, tal Poder não é o remédio de todos os males, mormente em matéria de políticas públicas.

Entende Joaquim Barbosa, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), que argumentos como a impossibilidade de controle dos atos administrativos de mérito pelo Judiciário não podem ser utilizados como um escudo contra a realização do direito fundamental à saúde.

A propósito da revisão judicial da discricionariedade e do mérito administrativo, Germana Oliveira de Moraes (2004, p. 49), em contraponto, leciona:

É indiscutível a possibilidade de controle judicial, isto é, pelo menos a do controle negativo é pacífica, dos aspectos predominantemente discricionários dos atos administrativos – da valoração dos motivos e da definição – mediante escolha ou colmatação, de seu conteúdo, mas o Juiz não pode imiscuir-se no mérito administrativo.

Sobre ser o judiciário um poder político, a par da mudança de paradigma que levou a preeminência do sistema judicial, essa a lição de Boaventura de S. Santos (2011, p. 22),

Ao abandonar o *low profile* institucional, o judiciário assume-se como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do estado, em especial com o executivo. Esta proeminência e, conseqüentemente, o confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano manifestaram-se sobretudo em três campos: no garantismo de direitos, no controle da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política.

Essa demasiada procura pelo Judiciário ocorre, segundo Boaventura de S. Santos (2011, p. 24), em face da precarização dos direitos econômicos e sociais, do

desmantelamento do Estado social, o que nos leva a concluir que ante o absentismo do estado-administração diante do seu dever social, o estado-juiz é legitimamente chamado a intervir para colmatar as deficiências. O autor esclarece, na mesma página, que a Suécia, provavelmente detentora do melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial.

O Supremo Tribunal Federal¹⁸, por exemplo, reconhece que o direito à saúde é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Mas como exigi-lo quando não adimplido?

Centrando-se nesta problemática, Felipe Braga Albuquerque (2013, p. 21-22) questiona de que forma o acesso ao Judiciário, na ausência do estado-administração, poderia resolver o problema, se é que ele (o Judiciário) tem condições reais de resolver, e em que medida há efetividade nas decisões tomadas, levantando a hipótese de como seria se tal direito fosse questionado por todos (classes baixa, média e alta) ante o sistema judicial. Vejamos:

Imagine-se, no âmbito das políticas públicas voltadas à saúde, que a classe média e alta relegassem os planos de saúde e a rede privada de atendimento, para se socorrerem do serviço público. Se tal fato ocorresse, com a alta demanda e o precário atendimento, boa parte dessas pessoas resolveriam recorrer ao Judiciário para a implementação do “claro” direito à saúde. E se todo cidadão, de periferia ou interiorano fizesse o mesmo? Pergunta-se: a) o Judiciário resolveria o problema da saúde? b) não seria, de certo modo, discriminatório conferir direitos a somente quem tem acesso à justiça?

Paulo Bonavides (2004, p. 74), em análise sobre a democracia e o Poder Judiciário, lembra que durante as revoluções liberais este foi inferiorizado perante os outros Poderes, pois as lembranças do *ancien régime* não eram boas, sobretudo quando se constatava que a força do Judiciário naquele período resultava das suas profundas ligações com o soberano, daí o temor por parte dos revolucionários. Hoje, porém, a idade dos direitos fundamentais e do constitucionalismo da liberdade,

Atribuiu ao Judiciário papel de destaque, não raro de hegemonia e preeminência, que o liga inapartavelmente ao futuro da democracia, enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais

¹⁸ No âmbito da saúde são muitas as demandas que chegam ao STF, que tem se posicionado constantemente no sentido de garantir esse direito fundamental, seja por decisões monocráticas, quer por decisões colegiadas, compelindo, destarte, a administração pública a implementar políticas nesse sentido. A saber: RE-AgR 534908/PE – Pernambuco; Rcl 3982/ES - Espírito Santo; RE-AgR 393175/RS - Rio Grande do Sul; AI-AgR 597182/RS - Rio Grande do Sul; RE-AgR 237771/MA – Maranhão; MS 25295/DF - Distrito Federal; AI-AgR 486816/RJ - Rio de Janeiro; RE-AgR 417871/RJ - Rio de Janeiro; ADI-MC 2894/RO – Rondônia; RE 256327/RS - Rio Grande do Sul; ADI-MC 2435/RJ - Rio de Janeiro; RE 261268/RS - Rio Grande do Sul; RE-AgR 255627/RS - Rio Grande do Sul; RE-AgR 271286/RS - Rio Grande do Sul; RE 226835/RS - Rio Grande do Sul; ADPF 45 MC/DF - Distrito Federal.

de protecção, nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa do aparelho judiciário, como concretizador bem-sucedido dos sobreditos direitos, nomeadamente os das três derradeiras gerações que dele dependem.

O acesso à justiça através do Poder Judiciário, exige deste Poder, mormente do STF, uma postura firme e assecuratória frente às demandas da sociedade, pois segundo Francisco Gérson Marques de Lima (2001, p. 120-121),

Se o Judiciário não serve para amparar o direito do jurisdicionado, se ele se mostra frágil ou queda-se no receio de decidir contra os demais Poderes ou contra o domínio econômico, a consequência é o seu descrédito social e, mais do que isto, o fomento de uma crise da instituição, com a tendência a tornar-se dispensável.

A altivez do Judiciário, porém, não pode e não deve contrastar o princípio da separação de poderes, que impõe funções específicas aos Poderes da República, sendo a implementação de políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à saúde em favor dos desprovidos de recursos econômicos e sociais matéria de competência precípua da administração pública (Poder Executivo).

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PARA OS HIPOSSUFICIENTES: PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O direito à saúde é um direito fundamental. Acerca dos direitos fundamentais, J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 378) aponta para a constitucionalização e a fundamentalização formal e material dos mesmos. Diz o citado autor:

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas. A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. A categoria de fundamentalidade (Alexy) aponta para a especial dignidade de protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material.

Imprescindível ter em mente que os direitos também são normas e as normas possuem as regras e os princípios como espécies. Nesse sentido, imperioso é reconhecer a força normativa dos direitos fundamentais.

Para Alexy (2012, p. 522), a fundamentalidade das normas de direitos fundamentais decorre, sob o aspecto formal, da sua posição no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico. Juntando a tese substancial a esta, com o mesmo autor poderemos afirmar que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico. É dele a conclusão de que “direitos fundamentais e normas

de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.

A Constituição estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado¹⁹. José Afonso da Silva (2007, p. 308) diz que o direito à saúde,

Há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

A Constituição determina que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede e constituem um sistema único, devendo ser financiados com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (artigo 198)²⁰.

Pelo visto, o Estado tem papel ativo nesse processo, não podendo denegar a ninguém o acesso à saúde²¹. Uma vez constitucionalizados os direitos, pode o indivíduo reclamá-lo frente ao Estado, este se obrigando a agir positivamente, sob as penas da lei.

Sobre a constitucionalização de direitos e a ausência de políticas públicas, Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 26-27) acentua que

É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário.

O direito fundamental à saúde, quando denegado por ausência de políticas públicas, pode ser garantido aos hipossuficientes através de ações do Ministério Público Estadual, instituição importante para o Estado democrático de Direito, portanto

¹⁹ Segundo o artigo 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 e artigo 197 afirma que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

²⁰ O artigo 200 versa sobre o Sistema Único de Saúde (SUS). Em matéria infraconstitucional, há duas importantes leis acerca do SUS: a geral (n. 8.080/90) e a que prevê a participação da comunidade em sua gestão (n. 8.142/90).

²¹ Muitos administradores, ao denegarem o direito à saúde, se valem do chamado princípio da reserva do possível, que condiciona a prestação social do estado a disponibilidade de recursos financeiros. Decisões judiciais, da mesma sorte, padecem de inefetividade sob tal alegativa, justificando-se o descumprimento pela suposta falta de orçamento prévio, etc. Os juízes, por outro lado, entendem que essa regra (exigência de dotação orçamentária prévia) é dirigida apenas ao administrador.

indispensável numa democracia, sendo constitucionalmente incumbido de defender, em juízo ou fora dele, a ordem democrática (artigo 127, *caput*, da CF/88).

Em lição sobre o Ministério Público e a democracia, no sentido desta, que por vezes é tida indistintamente como o *governo da maioria*, poder ser considerada sob dois conspectos, quais o do povo e o da elite, Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 74) pontua que:

Para que o Ministério Público possa promover a defesa do regime democrático com a maior objetividade possível, deve considerar, inicialmente, que a democracia não é apenas o governo da maioria, e sim da maioria do povo. Isso significa que democracia não é o governo da maioria das elites, nem da maioria das corporações, nem da maioria dos grupos económicos, e nem mesmo da maioria de alguns grupos políticos, que muitas vezes são aqueles que efetivamente fazem a lei, mas nem sempre defendem os interesses da população; democracia quer significar o governo da maioria do povo.

Com supedâneo no princípio democrático, a atuação do Ministério Público através de ações civis coletivas, de reposição de recursos desviados ao erário (ressarcimento) ou de obrigações de fazer ou deixar de fazer algo, dentre outras, assim como a tomada de termos de ajustamento de conduta do administrador público às prescrições legais e constitucionais, também avultam de grande importância.

Os hipossuficientes são considerados como aqueles que dependem da implementação, pelo Estado, de direitos fundamentais sociais, mais precisamente o relacionado à saúde, a ser focado de forma ampla.

Regra geral, os que têm maiores condições económicas contratam planos de saúde privado e apenas em casos mais pontuais reclamam, individualmente, perante o Judiciário, esse direito (situações onde o tratamento afigura-se muito caro), havendo, nesse sentido, uma postulação individual, ao passo que a preocupação deste estudo cifra-se na saúde enquanto direito e preocupação social.

Por esta razão, a temática das políticas públicas volta-se inexoravelmente para os mais carentes, os hipossuficientes, cuja condição social inferior não deve impedir que de igual modo aos mais abastados acessem à justiça e obtenham o direito fundamental à saúde, como manifestação da democracia. É nesse campo que entra o Ministério Público Estadual, pois a essa instituição compete defender tal categoria de pessoas, na medida em que como personificador do interesse coletivo, representa a ação do poder social do Estado junto ao Poder Judiciário (EMETÉRIO NETO, 2007, p. 68).

6 PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PARA OS HIPOSSUFICIENTES

A democracia brasileira é semidireta²², portanto representativa, e os instrumentos do exercício direto do poder político por parte do cidadão, que fazem a democracia participativa, estão previstos no artigo 14 da Constituição, sendo eles o plebiscito, o referendo (BONAVIDES, 2004, p. 287-289) e a iniciativa popular²³. Oportuno ressaltar que referendo e plebiscito não podem ser confundidos, posto que em essência diversos (BONAVIDES, 2004, p. 296-298).

O acesso à justiça é um direito que deve encontrar no Estado seu consolidador primeiro. Discute-se, no entanto, sobre se há meios outros, a saber, alternativos, de acesso à justiça, sobretudo pelos mais carentes (hipossuficientes), como mecanismos igualmente aptos à garantia do direito fundamental à saúde.

Uma saída é a participação da sociedade, do povo, na escolha e elaboração das políticas públicas. De acordo com Paulo Bonavides (2008, pág. 2), ao versar sobre a Constituição e o povo enquanto depositário da legitimidade dos poderes, certo é que “a Constituição, por determinação principal do parágrafo único do art. 1º bem interpretado, faz do povo a sede inviolável da legitimidade de todos os poderes”.

Com a evolução destas ideias, chega-se a outras igualmente cruciais, que reconhecem que um dos papéis mais importantes da justiça social é o da participação coletiva na tomada de decisões de cunho político, avultando em importância a criação em todos os municípios do país de leis municipais que estabeleçam o chamado orçamento participativo²⁴, que ajudará na elaboração de políticas para garantir, por exemplo, o acesso à justiça no seara da saúde.

²² Segundo Paulo Bonavides, “de um ponto de vista meramente formal, distinguem-se, na história das instituições políticas, três modalidades básicas de democracia: a democracia direta, a democracia indireta e a democracia semidireta; ou, simplesmente, a democracia não representativa ou direta, e a democracia representativa – indireta ou semidireta -, que é a democracia dos tempos modernos” (*In: Ciência Política, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 288*).

²³ No Brasil, a iniciativa popular, assim como o plebiscito e o referendo, é regulamentada pela Lei Federal n.º 9.709/98. Caso emblemático de origem de lei em nosso País através da iniciativa popular é o da chamada “lei da ficha limpa” (LC n.º 135/2010), que nasceu na crista de um forte anseio popular por moralização na política nacional.

²⁴ O Orçamento Participativo (OP) é um mecanismo governamental de democracia participativa que permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre os orçamentos públicos, geralmente o orçamento de investimentos de prefeituras municipais, através de processos de participação da comunidade. Esses processos costumam contar com assembleias abertas e periódicas e etapas de negociação direta com o governo. No Orçamento Participativo retira-se poder de uma elite burocrática repassando-o diretamente para a sociedade. Com isso a sociedade civil passa a ocupar espaços que antes lhe eram furtados. A implementação do OP surgiu com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, quando foi estimulada a participação popular na definição de políticas governamentais, por intermédio da criação dos Conselhos Setoriais de Políticas Públicas como espaços de controle social (Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Or%C3%A7amento_participativo, acesso em: 12.11.2013).

Em Peter Häberle (2002, p. 22) fica muito clara a abertura da interpretação constitucional para a sociedade, o que revela o pluralismo democrático. Os influxos dessa participação social são sentidos positiva e diretamente no campo de estudo deste artigo, pois a abertura dos canais constitucionais garante a implementação de direitos, sobretudo o à saúde.

Segundo Häberle (2002, 23-24), ainda,

A interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política (...). A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo.

Esse caminho, ressalte-se, poderá resolver o problema da saúde sem a necessidade de socorro ao Judiciário, de modo que afigura-se possível uma justiça social assecuratória de direitos sociais básicos que dispense a intervenção judicial²⁵, fundada na interveniência da comunidade nas decisões político-administrativas quanto à alocação de recursos para as áreas mais carentes e importantes. No campo da saúde, a Lei Federal n.º 8.142/90 estabelece a participação da comunidade na gestão dos recursos destinados ao sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição de 1988, que é democrática, abriga diversos princípios no que diz respeito tanto à previsão da justiça (social), quanto aos meios possibilitadores de acesso a esta. Nesse sentido, conforme frisado, entende-se que deve haver uma participação social maior na construção deste que também é um direito fundamental como instrumento de efetivação de outros, sobretudo o direito fundamental à saúde.

Mauro Cappelletti (2002), em uma de suas obras, ao versar sobre a temática do acesso à justiça, fala das “casas de vizinhança”, que seriam modelos de participação dos membros da comunidade no processo de educação jurídica. Esse instrumento busca eliminar o desconhecimento das leis e do direito, possibilitando uma maior atuação da população frente aos órgãos do Estado. Busca, assim, conscientizar a todos da maneira correta de reivindicar seus direitos.

Já existe, no Brasil, uma forte tendência de implantar as ideias de Cappelletti, como sói perceber da Recomendação do CNJ de n.º 16/2009²⁶, onde se inicia o

²⁵ Impende acentuar que acesso à Justiça também é acesso, v.g., ao direito fundamental à saúde em sua plenitude por todos pela via administrativa.

²⁶ Disponível em sítio do CNJ <www.cnj.jus.br>. Acesso em 15.11.2013.

desenvolvimento das chamadas “Casas de Justiça e Cidadania”, cujas criações pelos tribunais devem servir para o desenvolvimento de ações destinadas a efetiva participação do cidadão e de sua comunidade na solução de seus problemas ou controvérsias de maneira efetiva, e sua aproximação com o Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 mostrou clara preocupação com o tema. Tanto que num de seus dispositivos ordena que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criará justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação (art. 98, inc. II). Trata-se de uma forma alternativa de se promover justiça, o que é bem vindo.

O termo “acesso à justiça”, conforme visto, para além de ser entendido como acesso ao Poder Judiciário, dever ser entendido como acesso a uma ordem jurídica socialmente justa, que representa o acesso a valores e direitos fundamentais para o ser humano (RODRIGUES, 1994, p. 28).

Com efeito, Mancuso esclarece que o acesso à justiça pode ocorrer através de outros meios que não o meio judicial. Cita como exemplo: composições extrajudiciais; fala da lei da arbitragem (n.º 9.307/1996); da composição civil de danos prevista pela lei dos juizados especiais estaduais (n.º 9.099/1995).

A arbitragem, a mediação e a conciliação são institutos que alternativamente têm o condão de fomentar o acesso à justiça. A conciliação e de certa forma a mediação podem servir para a resolução de problemas de implementação do direito fundamental à saúde, através de acordos e compromissos extrajudiciais celebrados entre o administrador público e a sociedade, esta intermediada pelo Ministério Público, dispensando-se o Poder Judiciário.

O amplo acesso à justiça, pois, quando materializado, traduz-se em: justiça social promovida pelo Estado; participação da sociedade e amplo exercício da cidadania; acesso desembaraçado ao Poder Judiciário, afigurando-se o Ministério Público como importante meio em favor dos hipossuficientes; e em promoção da justiça por meios alternativos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde, em toda a sua extensão, deve ser garantido para a parcela mais carente da população, composta pelos hipossuficiente, que são os pobres na forma da lei.

À administração pública impende o dever primeiro de garantir esse direito e é cediço que há várias formas de se garanti-lo, dentre elas a via do acesso à justiça, que não significa unicamente o acesso ao Poder Judiciário.

A democracia é princípio e também é direito fundamental e por ela a participação da sociedade na formulação de políticas públicas é garantida da várias maneiras, tais como o orçamento participativo e pelos meios previstos no artigo 14 da Constituição.

Percebe-se que o acesso ao Poder Judiciário tem sido dificultado em face de aspectos formais e materiais. Formais porque trata-se de um Poder ainda solene, que exige uma série de instrumentos e requisitos para a ele se chegar. Material porque o hipossuficiente não dispõe de recursos financeiros para contratar advogado.

Sendo assim, instituições como as Defensorias Públicas e o Ministério Público são fundamentais para se garantir aos hipossuficientes o acesso à justiça, mais precisamente ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. 1. ed., 2ª tir. São Paulo: Editora WMF, 2011.

_____, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**ciência do direito**” e o “**direito da ciência**”. Rev. El. de Dir. do Est. (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: < [http:// www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp)>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

_____, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Atualidades jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB: n. 4, jan.-fev, 2009.

_____, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, Paulo. **Teoria do estado**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CAPPELLETTI et al. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF, 2010.

FALCÃO, Joaquim. **Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento**. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (org.). *Justiça: promessa e realidade – O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1996.

FARENA, Duciran Van Marsen. **A Saúde na Constituição Federal**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HÄBERLE, Peter. **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 Editor, 2002.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF, 2009.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo**. In: Revista Estudos Históricos, n. 18, 1996. Disponível na internet: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/PB.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

LOUREIRO, João Carlos. **Direito à proteção da saúde**. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MACKINSON, Gladys; FARINATI, Alicia. **Salud, Derecho y Equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y Desarrollo**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do direito**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

_____, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora RT, 2011.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Fortaleza: Editora ABC, 2001.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política: teoria da democracia**. Belo horizonte: Del Rey, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

OLIVEIRA NETO, Emetério. **Ministério Público Brasileiro e sua Intervenção no Processo Civil moderno**. Fortaleza: DIN-CE Edições Técnicas, 2007.

RODRIGUES, Horácio. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Acesso à Justiça**. In: *Justiça: promessa e realidade*. Organização AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

_____, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____, Ingo Wolfgang Sarlet; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível na internet: < <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf> >. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

VON IHERING, Rudolf. **A Luta pelo Direito**. Trad. João Vasconcelos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.