

Direitos Humanos – Reconhecimento e Proteção

O tema referente aos direitos humanos é largamente debatido e estudado na atualidade, mas sabemos que sua construção, ou melhor, a percepção de sua existência e seu reconhecimento,¹ é fruto de árduas lutas que se travaram ao longo dos séculos na trajetória de diferentes povos.

Mas vivenciamos hoje uma expansão das suas múltiplas facetas, devidamente reconhecidas nas cartas constitucionais de inúmeros países², o que não significa sejam eles efetivamente respeitados e concretizados pelos Estados que os reconhecem e são signatários de convenções internacionais que os declaram.³ Entre as constituições que seguem essa linha está a nossa, que traz um elenco bastante extenso de direitos humanos⁴.

É conhecida a clássica distinção entre os direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações, embora hoje alguns autores prefiram falar em diferentes dimensões dos direitos humanos.⁵ Os primeiros direitos a serem reconhecidos foram os direitos individuais, de liberdade e cidadania, na passagem da sociedade feudal para a moderna. Na sua esteira, após a Revolução Industrial, vieram outros, que em realidade servem a que os primeiros possam ser exercidos em plenitude.⁶ São os direitos sociais, que encartam os direitos econômicos e culturais, entre variados outros, como o direito à saúde, educação, moradia, trabalho. José Afonso da Silva os define como aqueles direitos que “*possibilitam melhores condições de vida aos*

¹ Os direitos fundamentais, no dizer de Coelho, Inocêncio Mártires, “não surgiram todos de uma vez nem de uma vez por todas” e são “extrações temporais de um *núcleo essencial* de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana”, prefácio do livro *Direitos Sociais pelo Poder Judiciário e seus Reflexos em Políticas Públicas; uma Perspectiva através das Lides Estruturais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2019.

² Assim ocorre com a constituição portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, a colombiana de 1991, a venezuelana de 1999 e a equatoriana de 2008, como refere Santos, Ana Borges Coêlho, *Direitos Sociais pelo Poder Judiciário e seus Reflexos em Políticas Públicas; uma Perspectiva através das Lides Estruturais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2019, p. 28.

³ O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948 e do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU, de 1966, os quais serviram de inspiração para a inserção dos direitos humanos na atual Constituição.

⁴ CF, arts. 1º, II, III e IV, art. 3º, I, III e IV, 6º, 7º a 11, 193 a 232.

⁵ Silva, Flávia Resende, *A Implementação Judicial do Direito à Saúde*, Belo Horizonte, Edições Superiores, 2018, Nota 1, p. 17.

⁶ Bucci, Maria Paula Dallari, *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos*, Cadernos Pólis 2 – Direitos Humanos e Políticas Públicas, São Paulo, Pólis, 2001, p. 08.

*mais fracos e que tendem à realização da igualdade*⁷. Finalmente, hoje já se fala em direitos humanos de terceira geração, que envolvem o direito ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade, ao desenvolvimento. Esses foram concebidos numa perspectiva de garantia mais extensa dos direitos individuais e alcançam até mesmo aqueles indivíduos ainda não nascidos, chamados por isso de “direitos transgeracionais”⁸.

Os direitos de primeira dimensão, foram, em geral, declarados para o efeito de ver contido o arbítrio estatal, que, na sua atuação, deve respeitá-los. Exigem, assim, apenas que o Estado limite seu agir de forma a não os desrespeitar. Já os demais, para se verem efetivados, o mais das vezes, exigirão uma atuação positiva do Estado, vale dizer, são direitos que demandam uma prestação do Estado. São, por isso, conhecidos como direitos prestacionais, vinculados a um Estado Social de Direito.

São os direitos sociais (ao trabalho, à saúde, educação, moradia, entre outros), direitos humanos a merecerem o reconhecimento e proteção do Estado, passando ao *status* de direitos fundamentais no momento em que declarados como tal na Constituição⁹

Tais direitos, como direitos prestacionais que são, precisam da atenção e do agir do Poder Público para se efetivarem.

Tendo sido reconhecidos e declarados os direitos humanos (entre eles, os sociais), agora percorrem eles outro árduo caminho, que é o de se verem efetivados, isto é, garantidos e concretizados para todos.¹⁰

Ferrajoli lembra que *“as prestações para a satisfação dos direitos sociais tendem a ser custosas, exigem a retirada e a redistribuição de recursos, não se enquadram na lógica de mercado e comportam limites”, razão pela qual se não se fizerem acompanhar de técnicas de defesa tendem à inefetividade*¹¹.

Como se sabe, os direitos sociais se efetivam através das políticas públicas, que

⁷ Referido por Santos, Ana Borges Coêlho, *Direitos Sociais pelo Poder Judiciário e seus Reflexos em Políticas Públicas; uma perspectiva através das lides estruturais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2019, p. 32.

⁸ Bucci, Maria Paula Dallari, *ob. cit.*, p. 08.

⁹ Santos, Ana Borges Coêlho, *Direitos Sociais pelo Poder Judiciário e seus Reflexos em Políticas Públicas; uma Perspectiva através das Lides Estruturais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2019, p. 33.

¹⁰ Silva, Paulo Thadeu Gomes, atribui o abismo existente entre os direitos sociais consagrados na Carta Constitucional do Brasil e a sua efetiva realização, à herança escravocrata que persistiu regendo as relações sociais no País. *Direitos Fundamentais, Contribuição para uma Teoria Geral*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 20.

¹¹ Ferrajoli, Luigi, citado por Santos, Ana Borges Coelho, *ob. cit.*, p. 62.

podem ser definidas como “*programas de ação governamental voltados à concretização de direitos*”¹² que fixam mediante planejamento adequado, o objeto a ser alcançado, metas e diretrizes, estipulam os recursos a serem alocados e os processos de sua execução.

O problema é que aí os direitos humanos esbarram na escassez de recursos, especialmente nos países mais pobres e de grandes dimensões, caso do Brasil, como também encontram resistências na falta de vontade política, que não os coloca dentre as prioridades a serem atendidas. Mas se os direitos sociais, direitos humanos que são, foram expressos como direitos fundamentais na Constituição de 1988, todos os esforços devem ser despendidos para sua realização, de forma a alcançar-se uma contínua melhoria das condições de vida da população.¹³

Disso resulta nova discussão, felizmente já ultrapassada em grande medida no Brasil: quando o Poder Público não atua, ou atua de forma deficiente, sem garantir os direitos sociais, é possível a sua judicialização? Pode o cidadão valer-se do Judiciário para obter a prestação estatal?

A discussão se dá porque as constituições, criadas originalmente para funcionar como estatuto político dos países, especificando seus órgãos constitutivos e instituições, bem como regime de governo, forma de estado, entre outras regras de estruturação do Estado, paulatinamente se viram integradas por outras normas, entre as quais as que relacionam os direitos humanos. Essas vieram, sobretudo, na esteira do estabelecimento dos estados democráticos de direito e dos estados sociais de direito.¹⁴

Também serve a alimentar a discussão, o fato de que os direitos humanos se expressam mais em princípios do que em regras¹⁵; na verdade, constituem valores que permeiam e informam a Constituição e, por isso, devem ser considerados na interpretação das demais normas.

Durante algum tempo, estas normas, por assim dizer, suplementares das cartas fundamentais, foram tidas como meramente programáticas, sem força para sustentar demandas judiciais destinadas a condenar o Estado à adoção de providências concretas para efetivação do que nelas se contém.¹⁶

¹² Bucci, Maria Paula Dallari, ob. cit., p. 13.

¹³ Santos, Ana Borges Coêlho, ob. cit., p. 42.

¹⁴ Sobre esta evolução pode-se consultar Santos, Ana Borges Coêlho, ob. cit, p. 33.

¹⁵ Bucci, Maria Paula Dallari, ob. cit., p. 10.

¹⁶ Alguns autores ainda defendem tal ideia, conforme expõe Santos, Ana Borges Coêlho, ob. cit, p 88 e 90.

Felizmente, no Brasil o Poder Judiciário adotou, aos poucos, uma postura mais avançada na interpretação dessas normas constitucionais, em garantia da concretização dos direitos sociais pelo Estado. O próprio Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete por excelência da Constituição, assumiu papel mais relevante após a redemocratização do País, e tem avançado nas suas decisões em prol da efetiva concretização dos direitos sociais.¹⁷

Tal postura tem sido denominada de ativismo judicial, e se caracteriza pela participação mais ampla do Poder Judiciário na promoção dos direitos sociais, com maior interferência no espaço antes reservado aos Poderes Executivo e Legislativo¹⁸ e por isso mesmo, não deixa de receber contundentes críticas, algumas procedentes. Reclama-se que o Poder Judiciário tem invadido as competências constitucionais dos outros Poderes, e com sua atuação tem desorganizado políticas públicas, na medida em que dá ordens que demandam utilização de verbas não previstas no orçamento e faz o Estado despender grandes somas com aqueles que acorrem ao Judiciário, em detrimento do todo, que assim, muitas vezes, é privado de atendimento a necessidades mais básicas e recorrentes.^{19 20}

Por isso que a defesa dos entes estatais se funda, em grande medida, na reserva do possível. Esse conceito é originário do Tribunal Constitucional alemão e está relacionado àquilo que o indivíduo pode exigir da coletividade.²¹ Sob a doutrina alemã, a análise a ser feita é se num caso específico, a satisfação do direito vindicado pode comprometer outros bens igualmente relevantes. Há necessidade de ponderar-se os interesses em conflito para só então se reconhecer, ou não, a obrigação estatal.²²

¹⁷ Uma das primeiras, senão a primeira decisão a afirmar a possibilidade de se recorrer à Justiça em prol da efetivação do direito fundamental à saúde foi proferida no RE 271.276, Relator Min. Celso de Mello; outras decisões importantes do STF podem ser mencionadas: AgR no RE 367.342/PR, Relator Min. Eros Grau; AgR no RE 639.337/SP, Relator Min. Celso de Mello.

¹⁸ Barroso, Luis Roberto, que esclarece também que o ativismo judicial manifesta-se “*pela aplicação direta da Constituição em hipóteses não expressamente previstas na Constituição e sem regulamentação específica; pela declaração de inconstitucionalidade em hipóteses em que não se vislumbra ostensiva violação da Constituição; e pela interferência em políticas públicas...*”. Mencionado por Santos, Ana Borges Coêlho, ob. cit., p.125/126.

¹⁹ Silva, Paulo Thadeu Gomes, ob. cit., p. 56 e 57.

²⁰ Daniel Sarmiento também adverte sobre a necessidade da ponderação de interesses entre o direito social reclamado e os princípios concorrentes, considerando-se a democracia, a separação de poderes e os direitos de terceiros atingidos, bem assim sobre os riscos de um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos humanos. Referido por Santos, Ana Borges Coêlho, ob. cit., p. 66.

²¹ Silva, Flávia Resende, ob. cit., p. 58.

²² Olsen, Ana Carolina Lopes, mencionada por Silva, Flávia Resende, ob. cit., p.58

Ocorre que, no Brasil, essa concepção original parece ter sido abandonada; os Tribunais analisam a reserva do possível, como mera insuficiência de recursos, abstraindo-se de efetuar o juízo de proporcionalidade e da razoabilidade da postulação.²³

A reserva do possível pode ser arguida pela Administração e deve ser considerada pelos Tribunais, podendo ser aceita pontualmente e quando comprovada, mas não pode servir de panaceia a regularmente obstar a concretização dos direitos sociais, chancelando eventuais desorganização dos administradores, inércia do legislador ou falta de vontade política na implementação do direito.²⁴

Outra questão importante a considerar é o que deve ser realmente garantido quando se trata de outorgar a concretização de um direito fundamental. Deve ele ser garantido em toda a sua amplitude, ou deve-se garantir aquilo que tem sido denominado pela doutrina e pelos julgadores de “mínimo existencial”?

Esse é outro conceito cuja origem está na Alemanha, que, após a edição da Lei Fundamental de Bonn, passou a discutir a existência de condições materiais mínimas para garantir a existência do ser humano com dignidade.²⁵ A dignidade humana é, assim, o principal elemento constitutivo do mínimo existencial. Esse pode ser considerado como o núcleo essencial de cada direito humano, que expressa as necessidades mínimas do homem, as quais impedem-no de usufruir uma existência digna se não forem atendidas.

O mínimo existencial apresenta-se como um limite ao argumento da reserva do possível, devendo ser atendido ainda na escassez de recursos.²⁶

Grande tem sido a reclamação dos entes estatais com relação à outorga de direitos sociais pelo Poder Judiciário, especialmente no âmbito da saúde, devido ao fenômeno que hoje é conhecido por “judicialização da saúde”. A repetição das demandas por remédios ou tratamentos não disponibilizados pelo SUS motivou, inclusive, decisão do STJ em recurso especial julgado sob o rito dos recursos repetitivos, na qual foram definidos parâmetros para o reconhecimento do direito à prestação pelo Poder Público.²⁷

Esse é, sem dúvida, um setor sensível e complexo, dadas as competências

²³ Silva, Flávia Resende, ob. cit. pag. 58.

²⁴ Como adverte, Silva, Flávia Resende, ob. cit., p. 60/61

²⁵ Silva, Flávia Resende, ob. cit., p. 69.

²⁶ Silva, Flávia Resende, Ob. Cit., p. 71/72.

²⁷ Tema 106, tese definida no acórdão dos ED no REsp 1102457/PR, publicado no DJe de 21/09/18.

específicas de cada um dos entes da Federação no âmbito do SUS, e onde certamente, dada à multiplicidade de ações judiciais, que iniciaram no Brasil pleiteando medicamentos contra a AIDS,²⁸ de fato ocorre a desorganização da política pública de saúde. Isso porque, no caso, o Poder Judiciário não está decidindo questão motivada por um ato positivo, mas está suprindo uma omissão do Poder Público e sua decisão, ao tempo em que ampara o postulante, garantindo-lhe o fornecimento do remédio ou tratamento, implica direta intromissão no desenvolvimento da política pública.²⁹

Interessante referir que para corrigir tal problema, Ana Borges Coêlho Santos traz à reflexão recente estudo sobre lides estruturais e sentenças estruturantes.³⁰ O objetivo de tais lides é tentar corrigir as grandes falhas de uma política pública, observada no todo, e não com o olhar voltado apenas para as ocorrências pontuais, relativas a indivíduos determinados.

Há países, entre eles, a Colômbia e a África do Sul, que têm adotado eventualmente esse tipo de lide, que redundam em decisões que Ana Borges chama de estruturantes, porque visam à correção da estrutura da política pública falha. Importante dizer que o Poder Judiciário, nesses casos, não determina propriamente como o Estado deve proceder, de forma a preservar a independência dos demais Poderes. Fornece apenas o Norte na correção de rumos que deve ser feita, exigindo, porém, medidas concretas, a serem adotadas em tempo certo, fixados na sentença, cujo cumprimento é ao depois monitorado.

Já se intui, pelo que foi dito, que se trata de um tipo de ação especialmente trabalhoso e demorado, e que demanda esforços bem maiores do que aqueles necessários à solução de demandas pontuais, dirigidas a resolver o problema particular de um cidadão específico. Aliás, é bom esclarecer que a adoção da lide estrutural relativamente a uma política pública não impede a propositura e processamento das lides individuais.

Será que o Brasil poderia avançar para adotar esse modelo de ação? Será necessária a edição de lei para tanto?

²⁸ Santos, Ana Borges Coêlho, ob. cit., p. 135.

²⁹ Silva, Flávia Resende, ob. cit., pag. 110.

³⁰ Santos, Ana Borges Coêlho, ob. cit., Capítulo 3.