

**CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**LUCIANO SIQUEIRA SALIM**

**AS FUNÇÕES DO ESTADO E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS**  
**POLITICAS PUBLICAS DE SAÚDE**

MARÍLIA  
2014

LUCIANO SIQUEIRA SALIM

**AS FUNÇÕES DO ESTADO E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS  
POLITICAS PUBLICAS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília como requisito parcial da obtenção do grau de mestre em direito na área de concentração Teoria do Direito e do Estado.

**Orientador:** Professor Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA  
2014

SALIM, Luciano Siqueira. AS FUNÇÕES DO ESTADO E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLITICAS PUBLICAS DE SAÚDE / Luciano Siqueira Salim; orientador: Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2014. \_\_\_\_f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Direitos e garantias constitucionais; 2. Judiciário; Harmonia; Independência; 3. Três poderes

CDD:

LUCIANO SIQUEIRA SALIM

**AS FUNÇÕES DO ESTADO E A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS  
POLITICAS PUBLICAS DE SAÚDE**

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: \_\_\_\_\_

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

1º Examinador: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Marília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

## DEDICATÓRIA

À minha esposa Vivian e ao meu filho João Vitor.

Se houve sofrimento mútuo em razão do necessário distanciamento que o trabalho provocou, também reforçou o laço de compreensão e amor que sempre subsistirá em nossas relações familiares e afetivas.

Aos meus pais, Ana Maria e Osório Salim:

Pelo apoio incondicional e expressiva torcida; pelo meu progresso pessoal e profissional.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem me apego em todas as horas.

Ao professor e coordenador do curso de mestrado, Lafayette Pozzoli, pelo apoio e compreensão, nesta caminhada, nos momentos de desespero e fraqueza, aos que fui acometido neste período.

Ao Professor orientador, Dr. Edinilson Donisete Machado, por quem tive a felicidade de ser orientado na elaboração da presente pesquisa, mormente em razão da efetiva motivação;

Finalmente, aos colegas e amigos que participaram, de forma direta e indireta, dessa jornada, com simples gestos ou apoio mais incisivos, a caminhada não termina aqui, novas etapas virão, e estou certo, de que posso sempre contar com Deus e vocês.

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado”.

**Theodore Roosevelt**

SALIM, Luciano Siqueira. **As funções do Estado e a intervenção do judiciário nas políticas públicas de saúde**. 2014. 86f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 concretizou os direitos sociais, após vários anos de ditadura. Porém, ainda não se consegue garantir o cumprimento total desses direitos, pois isso requer um elevado custo, e em muitos casos, há também a falta de capacidade do Poder Executivo para gerir o dinheiro público. Dessa forma, a intervenção do Poder Judiciário, nos casos em que não há o cumprimento da lei, tornou-se uma constante, principalmente quanto à saúde. A principal discussão acerca desse tema é a sua constitucionalidade, em virtude do princípio da separação dos três poderes do Estado, e sua interferência na garantia dos direitos sociais, principalmente no que se refere à saúde. Assim, este trabalho teve como objetivo verificar a ocorrência do ativismo no controle judicial das políticas públicas de saúde; especificamente pretende-se explicar sobre o papel da Constituição de 1988 e do princípio da separação dos três poderes para o direito social à saúde. Verificou-se que os direitos fundamentais do cidadão foram sendo reconhecidos ao longo da história e atualmente ganharam importância, principalmente os que se referem à saúde. Mediante a literatura consultada, com a concepção de que a intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas de saúde não fere o princípio da separação dos três poderes do Estado, quando aplicada em casos específicos. Porém, deve-se tomar como exceção os casos de aplicação da teoria da “reserva do possível fática”, onde o Poder Executivo não tem condições reais de efetivação desse direito, por não possuir verba. Em função de tudo que foi visto, cabe a resposta de até onde o judiciário poderá intervir nas funções dos demais poderes do Estado sem que se perca o equilíbrio de suas funções. A busca do equilíbrio das decisões, com fundamento nos preceitos constitucionais, pode ser o melhor caminho para se evitar a usurpação de funções ou poderes do Estado.

**Palavras-chave:** Funções. Estado. Intervenção do Judiciário. Políticas Públicas. Saúde.



SALIM, Luciano Siqueira. **The functions of the State and the intervention of the judiciary in public health policies.** 2014.86f. Dissertation (Master in Law) - Postgraduate Course "strictly" in Law, Education Foundation "Eurípides Soares da Rocha," maintains the University Center Eurípides Marília - UNIVEM, Marília, 2014.

### **ABSTRACT**

The 1988 Federal Constitution materialized social rights, after several years of dictatorship. However it can not guarantee the full compliance with those rights because it requires a high cost, and in many cases, there is also the lack of ability of the Executive Branch to manage public money. Thus, the intervention of the judiciary in cases where there is no law enforcement, has become a constant, especially regarding health. The main discussion of this theme is its constitutionality, under the principle of separation of the three branches of State, and its interference with the guarantee of social rights, particularly with regard to health. So, this study aims to determine the occurrence of activism in the judicial control of public health policies; specifically it seeks to explain the role of the 1988 Constitution and the principle of separation of the three powers to the social right to health. It was found that the fundamental rights of the citizen were being recognized throughout history and currently have gained importance, especially those related to health. Through literature consulted, with the idea that the intervention of the judiciary in the control of public health policies does not hurt the principle of the separation of the three powers of the State, when applied in specific cases. However, one should take exception to cases involving the application of the theory of "reserve of possibility factual" where the Executive branch has no real conditions of enforcement of this right, has no budget. Because of everything that has been seen up to answer how far the judiciary may intervene in the functions of the other branches of government without losing the balance of their duties. The search for balance of decisions on the basis of constitutional principles may be the best way to prevent the usurpation of functions or powers of the State.

**Keyword:** Functions. State. Intervention of the judiciary. Public Policies. Health.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR. – Agravo Regimental

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

DNA – Ácido Desoxirribonucléico

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TJ – Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
CAPÍTULO 1 – O ESTADO E SUAS FUNÇÕES .....	13
1.1 A Tripartição dos Poderes do Estado .....	13
1.1.1 Poder Executivo .....	15
1.1.2 Poder Legislativo .....	19
1.1.3 O Poder Judiciário .....	21
1.2 O Constitucionalismo e o Estado Constitucional Brasileiro .....	24
1.2.1 O Constitucionalismo brasileiro .....	25
1.3 O Poder Legislativo e sua Limitação .....	33
1.4 Objetivos do Estado Democrático de Direito .....	34
1.5 A Importância dos Princípios Constitucionais no Estado Democrático de Direito .....	36
CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	38
2.1 Direitos e Garantias Fundamentais .....	38
2.2 Origens dos Direitos Fundamentais .....	39
2.3 Direitos Fundamentais e as Constituições .....	41
2.3.1 Características dos Direitos Fundamentais .....	44
2.3.2 Classificação dos Direitos Fundamentais .....	45
2.3.3 Direitos Fundamentais Sociais .....	47
2.3.4 Direito Fundamental à Saúde .....	50
2.3.4.1 Atendimento à Saúde e a Criação do SUS .....	53
2.3.4.2 A responsabilidade dos Entes Federados na Eficácia do Direito a Saúde ....	56
2.4 Direito Social à Saúde, Reserva do Possível e o Mínimo Existencial .....	58
2.5 Princípios Orçamentários e Acesso à Saúde .....	64
CAPÍTULO 3 – POLITICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO .....	66
3.1 Conceito de Políticas Públicas .....	66
3.2 Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde .....	70
3.3 Controle de Constitucionalidade .....	75
3.4 Judicialização e Ativismo Judicial .....	80
3.5 Algumas Críticas ao Controle Judicial de Políticas Públicas .....	87
CONCLUSÃO .....	90
REFERÊNCIAS .....	92

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 concretizou os direitos sociais, após vários anos de ditadura. Entretanto, a concretização real desses direitos requer um elevado custo, dessa forma, ainda não se consegue garantir o cumprimento total dos direitos sociais. Além disso, deve-se levar em conta, em muitos casos, a falta de capacidade do Poder Executivo para gerir o dinheiro público.

A própria Constituição separa os três poderes do Estado em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá independência a eles, garantindo, a cada um, autonomia para realização de suas funções.

O Poder Executivo tem a função administrativa, ou seja, de execução das leis; o Poder Legislativo tem o papel de criar as leis, e o Poder Judiciário tem como principal função a fiscalização do cumprimento das leis.

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário intervir nos casos em que não há o cumprimento da lei. Essa intervenção é denominada ativismo, e a principal discussão acerca desse tema é a sua constitucionalidade, em virtude do princípio da separação dos três poderes do Estado, e sua interferência na garantia dos direitos sociais, principalmente no que se refere à saúde.

A teoria do mínimo existencial garante ao cidadão o mínimo necessário para que se tenha uma vida humana digna, e o cumprimento desse conceito vai além do fornecimento de alimento, vestiário e moradia, e deve envolver os conceitos de qualidade de vida, incluindo a saúde e a dignidade social.

Porém, existem casos em que não há a possibilidade de cumprimento dos direitos sociais de saúde por motivos de inexistência de orçamento para tal finalidade, principalmente em localidades carentes de recursos financeiros, aplicando-se aí a teoria da reserva do possível.

Todo esse cenário remete-se a uma grande divergência entre doutrinadores sobre a concretização dos direitos sociais e o controle judicial das políticas públicas.

Assim, este estudo tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: as funções do Estado, calcadas no equilíbrio e harmonia tripartites podem ser alteradas em razão da intervenção do judiciário nas políticas públicas de saúde?

Tem-se, mediante os argumentos apresentados como objetivo deste estudo, analisar as funções do Estado no equilíbrio e harmonia tripartites e a intervenção do judiciário nas políticas públicas de saúde garantidas pela Constituição Federal de 1988.

Assim, este trabalho tem como objetivo verificar a ocorrência do ativismo no controle judicial das políticas públicas de saúde; especificamente pretende-se explanar sobre o papel da Constituição de 1988 e do princípio da separação dos três poderes para o direito social à saúde.

A pesquisa realizada em estudos sociais tem como mais apropriada metodologia, a bibliográfica que busca informações secundárias, por meio dos autores de livros, artigos, documentários, palestras em encontros, seminários, dentre outros; tanto virtual, via Internet, quanto tradicional em bibliotecas universitárias e particulares.

Com a divisão em três capítulos, o estudo seguirá seu traçado metodológico perseguindo o alcance do objetivo proposto.

No primeiro capítulo, pretende-se fazer uma abordagem com informações sobre o Estado e suas funções, com ênfase nas atribuições do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

No segundo capítulo, a meta é trazer a lume, os Direitos Fundamentais, com enfoque na Constituição Federal de 1988.

E no terceiro capítulo, será dada maior evidência às políticas públicas, na intervenção do judiciário com suas possibilidades e com especial destaque para as políticas de saúde, e os do judiciário no atual Estado Democrático de Direito

Cumprе ressaltar que este tema é demasiadamente abrangente, assim não há nenhuma pretensão de esgotá-lo, apenas trazer uma breve contribuição para mantê-lo sempre em discussão nos meios acadêmicos e instigar novas pesquisas sobre à intervenção do judiciário e política públicas de saúde.

## **CAPÍTULO 1 – O ESTADO E SUAS FUNÇÕES**

### **1.1 A Tripartição dos Poderes do Estado**

Ao iniciar o desenvolvimento deste estudo serão esclarecidos alguns pontos para a compreensão da origem dos três poderes que regem os Estados Contemporâneos democráticos e constitucionalmente organizados.

Assim, cumpre enfatizar que a evolução da humanidade não se deu na paz e harmonia entre o poder constituído e a aceitação popular, uma vez que ao longo de milênios todo o poder se firmou pelo medo e pela força de governos absolutistas e autoritários. A tripartição dos poderes foi o marco para as mudanças que ocorreram em meio a lutas e divisões de ideias e concepções contra o monopólio do poder nas mãos dos monarcas do passado.

Algumas revoluções foram consideradas como marcos de relevância para as transformações sociais do passado em que nasceram os ideais de liberdade, dentre elas merecem destaque a Revolução Gloriosa de 1688, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789.

Embora o derramamento de sangue na Inglaterra tenha sido limitado com a Revolução Gloriosa de 1688, como relata a história, a revolução só foi garantida na Irlanda e na Escócia pela força e com muita perda de vidas. A Inglaterra tornou-se apenas um estado satélite, sob o controle de um todo-poderoso monarca católico. Além disso, as causas britânicas da revolução eram tanto religiosa quanto política. De início, o impacto constitucional da revolução foi mínimo. No entanto, ao longo do reinado de Guilherme III (1689-1702) a sociedade passou por mudanças significativas e duradouras (VALLANCE, 2011).

Sob a influência da Revolução Gloriosa inglesa, outros países também buscaram mudanças de paradigmas para a organização social e política de seus povos massacrados pelo poder tirânico. Assim, ocorreu a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Ambas deixaram um legado que também influenciou a organização dos estados modernos e pós-modernos.

Vale ressaltar, no entanto, que a Revolução Francesa não foi fiel aos seus objetivos traçados, segundo Burke (1997), pois apenas revalidou as determinações de antigas constituições fundamentadas em concepções autoritárias e do poder da monarquia.

Os ideais de democracia e de divisão dos poderes com base na teoria idealizada por Charles de Montesquieu, no século XVIII, foram usados apenas para que outros poderosos galgassem o poder, deixando de lado os ideais pelos quais levaram o povo às lutas tão sangrentas que marcaram a Revolução Francesa.

Tem-se, porém, como representativas, as influências desses momentos históricos para a constitucionalização dos estados modernos e contemporâneos com a tripártilição de poderes que destituíram o poder de um único governante, no final do século XVIII, fundamentado nos ideais ingleses de liberdade das classes oprimidas.

De acordo com Macedo (2011), no princípio da separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, está a ideia de limitação da atuação do Estado. Ao separarem os poderes, dividem-se suas funções e cada um exercerá aquela que lhe é típica. Entretanto, nessa concepção de separação, cada um desses poderes vai exercer funções também atípicas, de modo que um poder fiscaliza as funções do outro, como é o caso do Legislativo ao exercer também funções administrativas; do Judiciário ao exercer funções normativas (regimento interno dos Tribunais, por exemplo), e do Executivo ao exercer funções normativas. Essa discussão está ganhando um pouco mais de força, pois o Executivo tem a Medida Provisória e lei delegada.

Embora a teoria da separação dos poderes tenha imaginado a existência de estruturas orgânicas distintas e separadas, no âmbito do Estado, para o exercício de cada uma dessas funções públicas, é preciso esclarecer que essa divisão dos poderes não implica uma distinção absoluta, já que é sabido que qualquer um dos poderes exerce, em certa medida, as funções legislativas, executivas ou judicantes (LOPES, 2013).

Cumprir destacar que no Brasil, as funções exercidas por cada poder estão divididas entre típicas (atividades frequentes) e atípicas (atividades não frequentes). É com o consentimento dos seus cidadãos que os líderes de governos democráticos governam. Esses líderes são poderosos, não porque controlam exércitos ou riqueza econômica, mas porque respeitam os limites que lhes são impostos pelo eleitorado numa eleição livre e justa.

“Os líderes democráticos não são, nem ditadores eleitos, nem "presidentes vitalícios", cumprem mandatos por um período fixo e aceitam os resultados de eleições livres, mesmo que isso signifique perder o controle do governo” (PRINCÍPIOS DA DEMOCRACIA, 2013, p.1).

Não se pode deixar de salientar também nessa separação de funções, o critério da preponderância na função que será exercida pelo poder. Se o poder executivo é chamado executivo, é porque preponderantemente ele executa a vontade da lei e assim a cada um dos poderes é dada a função que deve predominar, ou seja, sua função típica.

A teoria da separação de poderes também é calcada da noção de *checks and balances*, que justifica existência de interferências recíprocas entre os poderes, de forma a evitar o exercício desmedido e descontrolado por parte de cada um deles (LOPES, 2013).

As democracias modernas admitem a existência de três Poderes equilibrados e harmônicos e o controle de um sobre o outro não pode se traduzir em ingerência na função que cada um deve exercer.

### **1.1.1 Poder Executivo**

O Poder Executivo é definido por Rosa (2007, p.154) como “o conjunto de órgãos do Poder Público que tem por função típica administrar o Estado”.

Nesse mesmo sentido, de acordo com Bandeira de Mello (2002) o Poder Executivo é um dos poderes governamentais, segundo a teoria da separação dos poderes cuja responsabilidade é a de implementar, ou executar, as leis e a agenda diária do governo ou do Estado. Além disso, o poder executivo de uma



nação é regularmente relacionado ao próprio governo, podendo ser representado, em nível nacional, por apenas um órgão, sendo ele a presidência da república, no caso de um presidencialismo, ou dividido em parlamento e coroa real, no caso de monarquia constitucional.

O Poder Executivo é exercido, no sistema presidencialista, pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado. Sua tarefa é administrar, compreendendo não só a função do governo, relacionada às atribuições políticas e de decisão, mas também a função meramente administrativa, pela qual são desempenhadas as atividades de intervenção, fomento e serviço público (MOTA, 2012).

O Poder Executivo também é representado pelos Governadores e vice-governadores dos Estados e Prefeitos dos Municípios e seus secretários, respectivamente e verifica-se que tal função está vinculada às demandas da esfera pública, garantindo os meios certos para que as necessidades da coletividade sejam atendidas dentro do que a lei determina, pois os referidos representantes não podem ultrapassar o limite das leis estabelecidas.

A conversão da norma abstrata em ato concreto é função da administração efetuada pelo Poder Executivo com objetivo de atender ao interesse público. Nessa competência tem o poder de polícia, regulamentar, discricionário, hierárquico e disciplinar.

A Constituição Federal de 1988, no Título IV, Da Organização dos Poderes, Capítulo II, Do Poder Executivo, Seção II, Das Atribuições Do Presidente da República, estabelece:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

- I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;
- II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;
- III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
- IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

- V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;
- VI - dispor, mediante decreto, sobre:
  - a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
  - b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;(NR) (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, DOU 12.09.2001)
- VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
- VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;
- IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;
- X - decretar e executar a intervenção federal;
- XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;
- XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;
- XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos;
- XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei;
- XV - nomear, observado o disposto no artigo 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;
- XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;
- XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do artigo 89, VII;
- XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;
- XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;
- XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;
- XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;
- XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do artigo 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações (BRASIL, 1988).

A missão do Poder Executivo é a de exercer tipicamente função administrativa, gerindo os negócios do Estado, aplicando a lei e zelando pelo seu cumprimento. O Poder executivo é o primeiro entre os três de um Estado Democrático e a ideia de Estado remete à ideia de nação politicamente organizada.

Este perfil de organização é dotado de personalidade jurídica própria, ou seja, pessoa jurídica de direito público interno, conforme o Código Civil de 1916, art. 14, I e o Código Civil de 2002, art.41, I) (BRASIL, 1916; BRASIL, 2002).

Quatro elementos são básicos na formação do Estado: o povo, o território, o poder soberano e suas finalidades definidas. Ao governo corresponde à atividade que fixa objetivos do Estado ou conduz politicamente os negócios públicos. Ato de governo resultam da soberania ou autonomia política detidas pela União (soberania) Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios (autonomia) todos nominados por entidades estatais ou pessoas políticas (ROSA, 2007).

O Estado se vincula mais à ideia de Administração, mas o sentido se amplia e algumas diferenças importantes são observadas, quando o

pensamento volta-se para Governo e Administração em que cada um pratica atos de sua competência.

São atos praticados pelo governo: sanção, veto, decreto autônomo dentre outros, já os atos praticados pela administração são aqueles resultantes da atuação hierárquica própria da Administração Pública, no exercício da função estatal administrativa (ROSA, 2007).

### **1.1.2 Poder Legislativo**

Com importância semelhante ao Poder Executivo, o Poder Legislativo compõe-se por representantes políticos que estabelecem a criação das novas leis. São eles os representantes do povo que quando os elegem delegam-lhes o poder de concretizarem os desejos e interesses que melhor venham a atender a toda a sociedade.

O Poder Legislativo é o encarregado de exercer a função legislativa do estado, que consiste em regular as relações dos indivíduos entre si e com o próprio Estado, mediante a elaboração de leis. No Brasil, o Poder Legislativo é organizado em um sistema bicameral e exercido pelo Congresso Nacional que é composto pela Câmara dos Deputados, como representante do povo, e pelo Senado Federal, representante das Unidades da Federação. As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar (MOTA, 2012).

De acordo com Lenza (2011), o Congresso Nacional é base do Poder Legislativo, formado pela Câmara dos Deputados, que além de serem os responsáveis pela criação de nova legislação, ainda tem como auxiliar os Tribunais de Contas que fiscalizam as contas do Executivo e as Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs) que tem como finalidade investigar autoridades públicas. Cabe também ao senado Federal processar e julgar o presidente, o vice-presidente da República e os ministros de Estado nas questões de prática de crimes de responsabilidade, o que irá ocorrer mediante a autorização da Câmara dos Deputados.

A própria Carta Constitucional de 1988, em seu Título IV, Organização dos Poderes; Capítulo I, Do Poder Legislativo; Seção II, Das Atribuições do Congresso Nacional dispostos na Constituição Federal de 1988, assim prevê:

Art.48 - Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

- I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;
- II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;
- III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;
- IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
- V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
- VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;
- VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;
- VIII - concessão de anistia;
- IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal;
- X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;
- XI - criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública; XII - telecomunicações e radiodifusão;
- XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;
- XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.
- XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (BRASIL, 1988).

É de se destacar que os representantes eleitos diretamente em uma democracia, sejam eles membros de um Parlamento, de uma Assembleia ou

de um Congresso, tem como dever servir ao povo. O papel a ser desempenhado não pode fugir da proposta democrática de “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

São eles os componentes dos órgãos legislativos eleitos, o principal fórum para deliberar, debater e aprovar leis em uma democracia representativa. Não são Parlamentos que se limitam a por o carimbo, simplesmente aprovando as decisões de um líder autoritário, como ocorreu nos governos autoritários e ditatoriais do Brasil de décadas passadas.

Devem-se aos legisladores os poderes de supervisão e investigação para que possam questionar publicamente os membros do governo por seus atos e decisões e ainda de servir de controle ao poder dos vários ministérios, especialmente no sistema presidencialista de governo em que o Legislativo é independente do Executivo. Os legisladores podem aprovar orçamentos nacionais, interrogar testemunhas sobre questões prementes e confirmar os nomeados pelo Poder Executivo para os tribunais e ministérios. Em algumas democracias, as comissões parlamentares fornecem aos legisladores um fórum para esses exames públicos de questões de interesse nacional (PRINCÍPIOS..., 2013).

Ressalte-se que na Carta Magna de 1988, estão claras as atribuições do Poder Legislativo para atender, através de legislação pertinente às necessidades da população, cumprindo, assim, as determinações de sistema democrático, onde os representantes do povo são eleitos pelo sufrágio universal direto, bem como aqueles que são chamados também através do sistema eletivo a gerir os bens comuns de toda a coletividade.

### **1.1.3 O Poder Judiciário**

Da mesma forma que os dois poderes, Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário tem também sua atribuição prescrita constitucionalmente, sendo o

conjunto dos órgãos públicos aos quais a CF de 1988 atribui a função jurisdicional nos seus artigos 92 a 126.

O Poder Judiciário atua, no âmbito do Estado democrático, aplicando a lei a casos concretos, para assegurar a soberania da justiça e a realização dos direitos individuais nas relações sociais (MOTA, 2012).

Em geral, os órgãos judiciários brasileiros exercem a função jurisdicional, quando soluciona conflitos de interesses em cada caso concreto, através de um processo judicial, com a aplicação de normas gerais e abstratas, noutro aspecto tem a função de controle de constitucionalidade, tema que será tratado à frente.

Como bem demonstrado na Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário é movimentado pelos juízes, promotores e advogados e possui a capacidade e a prerrogativa de julgar, de acordo com as regras constitucionais e leis criadas pelo poder legislativo. Sua função é garantir e defender os direitos individuais, ou seja, promover a justiça assegurando que as questões concretas do dia-a-dia sejam resolvidas na forma da lei (FERNANDES, 2010).

Nas democracias, a independência das pressões políticas dos eleitos e do poder legislativo garante a imparcialidade dos juízes. As decisões judiciais devem ser imparciais, baseadas nos fatos de um caso, no mérito individual, em argumentos legais e nas leis relevantes, sem quaisquer restrições ou influência imprópria pelas partes interessadas. Estes princípios asseguram proteção legal igual para todos. O poder dos juízes de rever as leis públicas e de declarar que violam a constituição do país atua como um controle potencial do abuso do poder por parte do governo — mesmo que o governo seja eleito por uma maioria popular. Este poder, contudo, exige que os tribunais sejam considerados independentes e capazes de basear as suas decisões na lei e não em considerações de caráter político (PRINCÍPIOS..., 2013).

A justiça de um tribunal depende da independência dos magistrados e dos demais profissionais que constituem a base de um sistema também. A imparcialidade é o fundamento e garantia constitucional, reconhecida no Poder Judiciário. Essa independência não significa que os juízes venham a tomar decisões com base em preferências pessoais, mas sim em ter liberdade para

que suas decisões sejam fundamentadas nas leis, mesmo que desfavoráveis a governos ou grupos poderosos, envolvidos nos casos concretos analisados e decididos.

Cumprе evidenciar que, no Brasil, temos um Poder Judiciário independente, porém, grande parte da população o considera muito moroso e pouco eficiente para garantir às pessoas celeridade no caminho trilhado pelos processos.

A distribuição do Poder Judiciário é composta da seguinte forma, segundo Fernandes (2010, p.4 ):

STF - Composição: 11 Ministros - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ART. 101 (Constituição. Federal).

Competência para julgar: Presidente da República; Vice-Presidente da República; Congresso Nacional; Ministros do STF; Procurador-Geral da República. (crimes comuns).  
Ministros de Estado; Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica; Membros dos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST, TSE, STM); Tribunal de Contas da União; Chefes de missão diplomática permanente. (crimes comuns e de responsabilidade).

STJ – 33 Ministros (no mínimo) - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ART. 104 (Const. Federal).

Competência para julgar: Governadores dos Estados e do Distrito Federal (crimes comuns).

Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;  
Tribunal de Contas dos Estados e do Distrito Federal;  
Tribunal Regional Federal; Tribunal Regional Eleitoral;  
Tribunal Regional do Trabalho; Tribunal de Contas do Município; Ministério Público da União (membros que trabalhem perante tribunais). (crimes comuns e de responsabilidade).

TRF – 7 Juizes (no mínimo) - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – ART. 106 (Const. Federal).

Competência para julgar: Juizes federais em sua jurisdição (inclusive juiz militar e da Justiça do Trabalho); Prefeito (quando for matéria de interesse federal); Dep. Estadual (quando for matéria de interesse federal);

TJ – regulado pela constituição de cada estado. -  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Competência para julgar: Prefeito (quando não for matéria de interesse federal); Dep. Estadual (crime comum)



A contribuição dos três poderes para um Estado Democrático de Direito é a de tarefas a serem executadas para o bem das populações democráticas e cada poder com suas atribuições tem na atualidade a meta principal de privilegiar a dignidade humana, visando uma vida melhor para todos os cidadãos e cidadãs brasileiros.

## **1.2 O Constitucionalismo e o Estado Constitucional Brasileiro**

À medida que as sociedades foram se organizando e aumentando o número de indivíduos, uma nova norma tornou-se imprescindível estabelecer para rever as questões referentes à convivência e à conduta dessas pessoas a fim de evitar que os conflitos se resolvessem com a força física.

Nesse contexto, noticiam-se as primeiras constituições de origem costumeira com fundamento nas tradições, hábitos e costumes para equilibrar as relações sociais e entre governantes e governados, em períodos em que prevaleceu o poder maior do Estado em detrimento de direitos e garantias dos cidadãos; período em que imperava o autoritarismo, o despotismo e a crueldade de muitos monarcas, gerando o desejo de liberdade e igualdade entre aqueles que já enxergavam a predominância de direitos iguais entre os homens.

Durante a Idade Média, prevaleceu o conceito amplo de vínculo da lei com a divindade e o poder de um monarca que poderia fazer valer sua tirania sem nenhuma controvérsia, período este considerado das trevas, onde os direitos de uns prevalecia sobre os direitos da maioria das populações.

Porém, os nobres ingleses, senhores feudais tinham poder suficiente para insurgir contra monarcas despóticos e injustos. Assim, ficou marcado o surgimento da Magna Carta inglesa, de João Sem Terra, em 1215, que consubstanciou o acordo entre o Rei e os nobres revoltados com os poderes ilimitados do Monarca sobre tudo e sobre todos, em nome da divindade (MAGALHÃES, 2004).

Segundo Magalhães (2004), a Carta Magna Inglesa é considerada uma Constituição em razão de ter colocado limite no poder do rei e ainda por

garantindo o direito que, embora sem o caráter absoluto do passado, principalmente para a burguesia, é hoje um direito reservado a todos os cidadãos. O *Petition of right*, *bill of rights* são exemplos de direitos formalizados nos escritos que marcaram o constitucionalismo inglês, limitando gradativamente o poder dos governantes e da burguesia.

Com o passar de alguns séculos surgiram as ideias de liberdade dos cidadãos, do tribunal do júri, do *habeas corpus*, da liberdade religiosa, do acesso à justiça, e o do devido processo legal.

Pode-se dizer resumidamente que o constitucionalismo foi um movimento jurídico e político, em que vários países no passado, buscaram editar Constituições para limitar o poder do Estado (e dos governantes). Suas origens podem ser vistas na Independência dos E.U.A (04.07.1776), na Constituição Americana de 1787, e na Revolução Francesa, em 14.07.1789, além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), e no “*Bill of Right*”, em 1791, fatos esses que se espalharam pelo mundo afora, semeando as ideias de normatização legislativa para um país.

Foi com fundamento no novo paradigma de Montesquieu inspirado na “teoria dos três poderes”, ou seja, da divisão tripartite dos poderes que ocorreu a adoção pelos estados modernos da democracia onde se inclui o sistema brasileiro de constitucionalismo.

### **1.2.1 O Constitucionalismo brasileiro**

No Brasil, a evolução constitucional remete o pensamento a questões particulares de ordem histórica e doutrinária. Conforme Bonavides (2000, p. 1), foi nesse contexto que foram acompanhadas e caracterizadas as instituições e examinadas, “designadamente com respeito à concretização formal e material da estrutura de poder e da tábua de direitos cujo conjunto faz a ordenação normativa básica de um Estado de poderes limitados”.

De tal sorte que a reflexão há de ocorrer ao redor de temas-chave como poder constituinte e Constituição, separação de poderes, organização unitária e organização federativa do Estado e direitos do homem, cuja universalidade e fundamentalidade, por exprimir

parte essencial de todo pensamento político concretizado em termos constitucionais, não pode deixar de ser assinalado com todo o destaque devido. O Brasil desta análise histórica corresponde assim a um modelo de país constitucional que até aos nossos dias se busca construir, numa longa travessia de obstáculos (BONAVIDES, 2000, p. 1).

Verifica-se que a Magna Carta, escrita pelos nobres ingleses, em 1215, ao Rei João sem Terra, para limitar os poderes do monarca e estabelecer parâmetros para o seu exercício, no Brasil, ainda enfrentava muitas dificuldades para que fosse nomeado como um Estado constitucional logo no início da colônia. A Carta Magna inglesa foi marcante e influenciou várias revoluções que se seguiram com esse mesmo propósito, como a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789.

Para Bonavides (2000), o modelo constitucional brasileiro foi inúmeras vezes interceptado pelos ideais absolutistas, mantendo-se assim em razão das oscilações de ideias que privilegiam o continuísmo e a perpetuidade governista e o interesse de classes dominantes.

É interessante ressaltar que a norma básica, com fundamento na democracia, procura organizar de forma a se privilegiar a condição humana. Observe-se que a palavra “constituição” aparece na literatura jurídica com diversos significados: No Direito romano, foi adotada para designar as decisões dos imperadores expedidas sob os nomes de “edictas”, de “decreta”, de “rescripta”; para Rui Barbosa, a Constituição “é a caracterização, nitidamente contornada, de um sistema político, indicado nas suas linhas capitais, entregue, na evolução da sua vida orgânica, à ação da consciência popular, confiada, na interpretação de suas consequências, à intuição dos homens de estado.” Aristóteles dizia que “as palavras constituição e governo tem o mesmo sentido” (SANTOS; DIAS, 1947).

Na definição de Silva (2004, p.41) Constituição é:

Sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o

estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.

Um agrupamento humano se organiza mediante as boas relações estabelecidas entre seus indivíduos, sendo possível coibir os conflitos através de uma norma comum e obedecida por todos.

Dom Pedro I, após dissolver a Constituinte, embora o preâmbulo da Carta Imperial afirma-se outra titularidade do poder, outorgou a referida constituição que assim determina em seu Art. 1º: O Império do Brasil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Eles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha á sua Independência.

Já se percebe que na primeira Constituição do Império aparece a expressão “cidadãos brasileiros” e mais adiante, no artigo art. 9º se lê: “A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece, também há referência sobre os direitos desses cidadãos” (BRASIL, 1824).

O Brasil do século XIX assinalou o advento da primeira Constituição Brasileira, em 25 de março de 1824, com o esboço escrito por Antônio Carlos de Andrada sob forte influência das Constituições francesa e norueguesa e ficou marcada na história, em razão de um conflito entre radicais e conservadores na assembleia constituinte, levando-a, como já mencionado à extinção por D. Pedro I (LENZA, 2011).

Aos moldes da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o preceito da separação dos poderes fora introjetado na Constituição do Império, contudo, na fórmula quadripartida de Benjamin Constant que, além do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, concebia o Poder Moderador.

Também na Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, embora teoricamente, aparece a ideia da soberania popular ao se ler:

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 1891).

Com a mudança de sistema de governo no Brasil, em 1891, houve a necessidade de uma nova constituição, com a leitura de uma nova conjuntura política que necessitava também de um novo ordenamento legal para conduzir os rumos da república. Tem-se, todavia, um paradoxo nesse momento político de tamanha importância para a vida do cidadão, pois Deodoro da Fonseca, ocupante provisório da presidência atrasou a formação de uma Assembleia Constituinte com o objetivo de dar continuidade a sua estada no poder por mais tempo. O país encontrava-se, nessa época, em situação econômica lastimável e a pressão dos cafeicultores, especialmente dos paulistas fez com que se convocassem a Assembleia para se estabelecer uma nova Constituição e melhorar as condições econômicas do país. Foi graças a essa pressão que a Constituição republicana se tornou realidade.

Cumprir destacar, conforme Bonavides e Andrade (2008), que a Constituição da República foi inspirada na Constituição dos Estados Unidos que se fundamenta na descentralização do poder que era dividido entre os Estados. O Brasil assim também estabeleceu a federação de seus Estados, bem como o sistema presidencial, o casamento civil, a separação do poder criando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e ainda a autonomia dos estados e municípios.

Nesse período de mudança, o Brasil deixava no passado a monarquia e ingressava numa nova era em que países europeus já haviam adotado há algumas décadas. Ribeiro (2001, p. 25) ressalta que:

A república não é apenas um regime oposto à monarquia, porque o poder é atribuído pelo povo, mas possui também um sentido mais amplo, em que ela não é um regime específico, mas um modo de exercer o poder, favorável à coisa pública.

Segundo Bonavides (2000, p.1), na transição entre a primeira e a segunda constituição houve somente uma mudança do foco do constitucionalismo brasileiro para o sistema norte-americano, de onde foi copiada a forma de estado federal, em substituição ao antigo unitarismo do Império e ainda, a forma de governo republicano substituindo a monarquia e o sistema presidencial de governo, em substituição ao parlamentarismo que prevaleceu durante o Império. Foi também uma imitação do sistema americano ao adotar o controle de constitucionalidade.

Em 1934 revogou-se a terceira Constituição, conhecida como a Constituição da segunda república, que resultou de ideologias frustradas, e que, segundo Bonavides (2000), não resistiram às crises da época, e à instabilidade política que em muitos Estados ocorreram com a queda dos regimes democráticos, embora em seu preâmbulo lê-se que foi redigida para “organizar um regime democrático que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”.

Para Fausto (2000, p. 110), no entanto, com essa constituição finalizou-se a “hegemonia da burguesia do café, desenlace inscrito na própria forma de inserção do Brasil, no sistema capitalista internacional”. E ainda segundo esse historiador, a inspiração da Constituição de 1934 foi nas constituições alemã de Weimar e na mexicana, seguindo tendências do período após a Primeira Guerra Mundial como o *welfare state*.<sup>1</sup>

A Constituição de 1934 ficou marcada pelas ideias getulistas que determinaram quais as diretrizes sociais que seriam adotadas, das quais destacam-se:

...maior poder ao governo federal; voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos, com direito de voto às mulheres, mas mantendo proibição do voto aos mendigos e analfabetos; criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho; criação de leis trabalhistas, instituindo jornada de trabalho de oito horas diárias, repouso semanal e

---

<sup>1</sup>Estado de bem-estar social, Estado-providência ou Estado social é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com o país em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população (MEDEIROS, 2001).

férias remuneradas; mandado de segurança e ação popular. Essa Constituição sofreu três emendas em dezembro de 1935, destinadas a reforçar a segurança do Estado e as atribuições do Poder Executivo, para coibir, segundo o texto, "movimento subversivo das instituições políticas e sociais" (FAUSTO, 2000, p.110).

Foi revogada em 10 de novembro de 1937, por Getúlio Vargas a Constituição de 1934, quando este dissolveu o Congresso e a outorgou. Sem qualquer consulta prévia, foi instituído o Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo do Executivo (BRASIL, 1937).

Percebe-se que foi breve a duração da Carta Constitucional de 1934, em razão de ter sido substituída inusitadamente por outra, a de 1937. De acordo com Silva (2004, p.83), a Carta Constitucional dos Estados Unidos do Brasil, de 1937 teve como principais preocupações: fortalecer o Poder Executivo, como já ocorria em quase todos os outros países, atribuindo-lhe uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração das leis (em certos casos, podendo expedir decretos-leis); reduzindo o papel do parlamento nacional (função legislativa); conferindo ao Estado a função de orientador e coordenador da economia nacional, declarando, entretanto, ser predominante o papel da iniciativa individual e reconhecendo o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo; reconhecendo e assegurando os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, acentuando, porém, que devem ser exercidos nos limites do bem público, dentre outras determinações quanto à nacionalização de certas atividades e fontes de riqueza, proteção ao trabalho nacional, defesa dos interesses nacionais, lembrando aqui do direito elemento alienígena.

Em 18 de setembro de 1946, foi instituída a quinta constituição. Depois do período governamental brasileiro chamado de Estado Novo, com influência da vitória, na Segunda Guerra Mundial dos países aliados, que com a redemocratização e reconstitucionalização desses países, o constitucionalismo histórico e ideológico com origem na França ganhou força. Este foi consagrado no art. 16 da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão.

Para Fausto (2000), essa constituição foi copiada da Constituição totalitária polonesa de 1935, do Marechal Pilsudski, conhecida como Polaca. Essa denominação se deve com seu teor altamente autoritário. Foi redigida pelo ministro da Justiça do novo regime, Francisco Campos, com aprovação prévia de Vargas e do ministro da Guerra, general Eurico Gaspar Dutra.

Foi em decorrência desse fato que a Constituição Federal Brasileira de 1946 concretizou a separação dos três poderes como um meio de garantir a limitação do poder, e assegurar, os direitos e garantias dos cidadãos brasileiros.

Porém, para Silva (2004), a nova Carta Política fundamentou-se nas Constituições anteriores que nem sempre estiveram conforme à história real, o que constituiu seu maior erro ao ir de encontro às propostas futuras. Assim, não obteve o êxito que se esperava, mas, mesmo assim, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.

Em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a sexta constituição. A época em comento foi historicamente assinalada por um regime autoritário fundamentado nos ideais políticos da chamada segurança nacional, com vistas a combater inimigos internos ao regime, nomeadamente considerados subversivos. A Constituição Federal de 1967 sacramentou o regime militar conservando o Congresso Nacional, mas com total domínio do Legislativo (BRASIL, 1967).

É interessante ressaltar que vários Atos Institucionais (AIs) marcaram o regime militar, os quais foram os meios para legitimar e legalizar as ações políticas dos militares, tendo com ápice a segurança nacional. Foram decretados 17 atos institucionais, no período de 1964 a 1969, com a regulamentação através de 104 atos complementares.

Conforme Ferreira Filho (2000), a Constituição de 1967, reconheceu como básicos quatro direitos: o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Todos os outros, que enunciam os vários parágrafos deste artigo, não passam de desdobramentos destes quatro que são, na verdade, os direitos fundamentais.



Nos mesmos moldes das Constituições anteriores, a Carta de 1967 manteve a exploração dos serviços de telecomunicações. No âmbito do estado, mais especificamente entre as competências da União. Assim, nos termos do artigo 8º, XV, a, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, “os serviços de telecomunicações”; é igualmente da União, mais especificamente do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, a competência legislativa sobre o assunto, conforme determinam os artigos 8º, inciso XVII, I, e 43 da CF de 1967 (BRASIL, 1967).

Chega-se finalmente à sétima Constituição Federal Brasileira, conhecida como a “Constituição Cidadã”, promulgada em 05 (cinco) de outubro de 1988, durante o governo do presidente José Sarney, pela primeira vez, com fundamentos em oferecer maior liberdade e direitos ao povo brasileiro, com um novo processo de redemocratização.

Um novo arcabouço jurídico-institucional foi adotado para o país com a ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais.

A nova Carta consagrou cláusulas transformadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais, concedendo direito de voto aos analfabetos e aos jovens de 16 a 17 anos. Estabeleceu também novos direitos trabalhistas, como redução da jornada semanal de 48 para 44 horas, seguro-desemprego e férias remuneradas acrescidas de um terço do salário. Outras medidas da Constituição de 88 foram: instituição de eleições majoritárias em dois turnos; direito à greve e liberdade sindical; aumento da licença-maternidade de três para quatro meses; licença-paternidade de cinco dias; criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em substituição ao Tribunal Federal de Recursos; criação dos mandados de injunção, de segurança coletivo e restabelecimento do *habeas corpus*. Foi também criado o *habeas data* (instrumento que garante o direito de informações relativas à pessoa do interessado, mantidas em registros de entidades governamentais ou banco de dados particulares que tenham caráter público) (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 possui 245 artigos, dividida em nove títulos, sendo considerada a mais completa, principalmente, no sentido de garantir os direitos à cidadania para o povo brasileiro.

Pode-se observar que o país já teve sete constituições, sendo quatro delas promulgadas por assembleias constituintes; duas, a do Império e do Estado Novo impostas, uma por D. Pedro I e outra por Getúlio Vargas; além da Constituição de 1967 do Regime Militar, aprovada pelo Congresso por exigência do referido regime.

O constitucionalismo brasileiro oscilou ora com regimes fechados e ora com regimes mais democráticos, havendo efeitos positivos ou negativos para a população que foi obrigada a se adaptar a cada um desses regimes.

### **1.3 O Poder Legislativo e sua Limitação**

A leitura da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º dispõe que os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, sendo este dispositivo interpretado como o ideário de uma democracia plena onde os três poderes estatais devam atuar sem que haja conflitos entre eles ou subordinação para que possam promover o bem comum (BRASIL, 1988).

O que se percebe é que não há uma limitação no seu verdadeiro sentido, de um poder e de outro, cláusula pétrea fundada no Princípio da Separação dos Poderes, mas nota-se que há preponderância tanto do legislativo quanto do executivo e judiciário, pois cada um pode exercer funções secundárias, desde que haja independência e harmonia entre eles.

Segundo Temer (2008, p. 120), existe um equívoco os que utilizam a expressão “tripartição dos poderes”, já que o poder é uno e atributo do Estado, como forma de emanção da soberania. E nesse mesmo sentido, Freire Júnior (2009) salienta que o melhor entendimento é sobre um só Poder Estatal materializado na Constituição, de onde se extrai que a separação das funções deve funcionar como forma de viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais.

Assim, não há de se falar em limitação de poderes ou mesmo de separação absoluta, mas segundo a Constituição Federal de 1988, de união desses mesmos poderes tendo em vista sua supremacia e verdadeiro cerne

que sustenta o Estado Democrático de Direito diante da unicidade e indivisibilidade do Poder Estatal.

O Poder Legislativo, não por acaso, é colocado em primeiro lugar na enumeração dos poderes. Ainda assim, não se deve esquecer o que significa:

é criatura da Constituição; deve à Constituição sua existência; recebe seus poderes da Constituição; e, pois, se os atos dele não conformam com ela, são nulos (BARBOSA, citado por SIQUEIRA, 2008).

#### **1.4 Objetivos do Estado Democrático de Direito**

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 quando prevê a República Federativa do Brasil assinala sua base com sendo em um Estado Democrático de Direito, conforme dispõe artigo 1º com seus fundamentos (soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; pluralismo político) (BRASIL, 1988).

O aludido texto constitucional traz também em seu artigo 3º os objetivos que se procuram alcançar num estado onde se contemplam os ideais democráticos, os quais a nação brasileira deve perseguir:

- construir uma sociedade livre, justa e solidária; - garantir o desenvolvimento nacional; - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O Estado Moderno remete à ideia de Estado Democrático que no século XVIII teve seu fundamento com seus valores voltados para a pessoa humana, em contradição ao estado absolutista, onde um soberano ditava o poder do estado sobre o cidadão. Exigiu ainda a nova concepção de Estado Moderno, a organização e funcionamento do Estado enquanto órgão protetivo daqueles valores (DALLARI, 1998).

Nesse mesmo sentido, complementa o autor:

Existem três teorias básicas a respeito da época do aparecimento do Estado. Pela primeira, o Estado, assim como a sociedade, sempre teria existido, considerando que o Estado seria uma organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. Pela segunda, a sociedade humana teria inicialmente existido sem o Estado, tendo este sido constituído gradual e local mente para atender as necessidades ou as conveniências dos grupos sociais. E, finalmente, pela terceira teoria, somente se pode falar em Estado como uma sociedade política dotada de certas características bem definidas, como conceito histórico concreto, com a idéia e a prática da soberania, o que somente ocorreu no século XVII, existindo autores que apontam o ano de 1648, como a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados com os princípios que passaram a sustentá-lo democraticamente: 1) a supremacia da vontade popular (a participação popular no governo); 2) a preservação da liberdade (o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem interferência do Estado; 3) a igualdade de direitos (a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais (DALLARI, 1998, p. 128).

O Estado Democrático de Direito tem objetivos que se fundamentam na pessoa humana; um estado presente e atuante que proporcione condições dignas de existência para o povo e atenda aos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988; um moderno Estado Constitucional que tem seu norte num ordenamento jurídico maior.

Mais uma vez alicerçado no pensamento de Dallari (1998, p. 128), reafirma-se que os objetivos do Estado são “a ordem e a defesa social, em suma, o bem estar social, o bem público; sendo os seus três elementos precípuos o povo, o território e o poder político”.

Para que se materialize a concepção de Estado Democrático de Direito e seus objetivos sejam atingidos, muito ainda deverá ser feito nos três âmbitos dos poderes constituídos e mesmo nos níveis que compreendem a união, estados municípios e distrito federal.

## **1.5 A Importância dos Princípios Constitucionais no Estado Democrático de Direito**

Uma “Constituição”, conforme Bastos (2001, p.201) “é o conjunto de normas e princípios de maior força hierárquica dentro do ordenamento jurídico, com o intuito de organizar e estruturar o poder político, além de definir seus limites, inclusive pela concessão de direitos fundamentais ao cidadão”.

Os direitos fundamentais são protegidos pelos princípios constitucionais, daí a importância dos mesmos. É facilmente perceptível que o desrespeito aos princípios positivados explícita ou implicitamente no texto constitucional, coloca em xeque a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

O texto constitucional assegura os direitos e garantias fundamentais, dividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, que correspondem aos direitos ligados ao conceito de pessoa humana e de sua personalidade, tais como: vida, dignidade, honra e liberdade; os direitos sociais que são as liberdades positivas, onde um Estado Social de Direito intervencionista presta serviços ao indivíduo com o intuito de melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, visando à igualdade social; nacionalidade que é o vínculo que liga um indivíduo a um determinado Estado; direitos políticos que são os direitos públicos subjetivos, permitindo ao indivíduo o exercício concreto da liberdade de participação na política do Estado e partidos políticos, como instrumento imprescindível para preservar o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

Tal apresentação leva a concluir que direitos fundamentais, princípios constitucionais e Estado Democrático de Direito são expressões que se complementam para garantir também a democracia. O pensamento de defesa dos direitos e garantias fundamentais vem sendo ventilado nos sistemas de governos democráticos desde o início do século passado e ganhou força maior após a Segunda Guerra Mundial em decorrência das atrocidades cometidas durante essa fase, abalando a opinião pública em todo o mundo.

De acordo com Bastos (2001), com a violação explícita dos direitos humanos houve a conscientização de que eles deveriam ser protegidos pelo

direito internacional e assim com a Carta das Nações Unidas, tendo Hans Kelsen como um de seus mentores, relatava a preocupação com o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Na leitura de seu preâmbulo está escrito:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações futuras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço de nossas vidas, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi assinada solenemente em Paris em 10.12.1948 (BASTOS, 2001, p. 201).

Miranda (2000, p. 81) também afirma que: “A escolha da dignidade da pessoa humana é atualmente o principal fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º Da Constituição Federal de 1988”.

Segundo o aludido parágrafo não pode haver exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configurando uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico.

## **CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2.1 Direitos e Garantias Fundamentais**

Sempre houve por parte do ser humano a busca pelo reconhecimento de sua dignidade, a exemplo da Constituição de 1988. Essa busca pode ser confirmada pelas histórias de lutas que vêm acompanhando a evolução dessa conquista que hoje se tornou realidade em vários países de ideologia democrática. Nessa longa história, o pano de fundo sempre foi o ideal pautado pela liberdade, um dos principais motivos para a felicidade terrena e que caminha junto com a dignidade da pessoa humana, com a igualdade e com a fraternidade entre os homens.

A leitura que se faz dos direitos e garantias fundamentais, nas atuais constituições democráticas, foi marcada por um passado de crueldades e violação da dignidade da pessoa humana em momentos quando o ser humano era de pouca valia diante do poder do estado absolutista e totalitário e, somente depois de passar por várias dimensões, os direitos humanos deram um novo contorno à visão dos Estados democráticos modernos que se firmaram e ainda continuam a construir direitos e garantias embasados nos direitos do homem.

Em síntese, pode-se relatar que a luta pelos direitos humanos, que vinha se estendendo por séculos, teve seu auge após serem conhecidas as atrocidades cometidas nas duas grandes guerras, no início e meados do século passado.

Desde a Revolução Francesa em 1789, bem como em outras batalhas em busca da liberdade do ser humano, a positivação dos direitos fundamenta-se na dignidade de ser, como pessoa, e ainda não pararam, pois onde há violação de direitos, em todo o mundo, ainda são marcantes as guerras e a procura pela tão sonhada liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens, mesmo que em meio a conflitos.

Miranda (2000) assevera a cerca dos direitos e garantias fundamentais:

A função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis

ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, em primeiro lugar, em funcionarem com critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema (MIRANDA, 2000, p. 120).

Kant citado por Reale (1998, p.217) descreve que: "o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade".

Descreve ainda que: "o valor último, o valor supremo da democracia, o que a dimensiona e humaniza" está fundamentado a dignidade da pessoa humana, sendo assim, este é considerado um direito fundamental humano como é o direito à própria vida.

## **2.2 Origens dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais têm uma história ligada aos direitos humanos numa caminhada evolutiva que se firmou na atualidade ao ter passado por algumas gerações ou dimensões. Os direitos de liberdade são constantes desde as concepções naturalistas até as concepções positivistas e as pós-positivistas com advento do constitucionalismo.

A Magna Carta Inglesa, em 1215, para Canotilho (2003), pode ser considerada o ponto de partida para os direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados Modernos ocidentais, consolidando o rumo trilhado pelas vertentes do direito.

Mais tarde, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, todo homem passou a ser visto como um ser livre. O art. 1º. da Declaração de Direitos de Virgínia estabelece:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir



propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

É de se notar o reconhecimento de que todo homem é, por natureza livre, e que tem direitos inatos dos quais não pode despojar ao passa a viver em sociedade, sendo o objetivo maior a busca pela felicidade.

Nesse mesmo sentido, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) afirma “[...] que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão: a vida, a liberdade e a procura da felicidade”. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece em seu art. 2º que “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão” (SORTO, 2008).

O contexto dos direitos e garantias fundamentais está embasado na busca pela felicidade que se concretiza no momento em que o cidadão recebe do Estado esse reconhecimento e os meios necessários para obtê-la.

Ainda com fundamento em Sorto (2008) pode-se afirmar que só se efetivou a universalização da proteção dos Direitos Humanos com a da Carta da ONU em 1945, cujo apogeu foi a Declaração de 1948, documento representativo que devolveu o ser humano ao seu merecido lugar, no ponto central do processo normativo e protetor, conferindo-lhe a titularidade e a subjetividade principalmente no plano internacional.

Conforme aponta Rezek (2000), citado por Sorto (2008, p. 21): “a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Resolução 217-A, na 3.ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948”.

Assim, os Direitos Humanos se traduziram em direitos fundamentais nas constituições que os recepcionaram em todo o mundo civilizado, como na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Segundo Silva (2004), direitos fundamentais são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Com isso, pode-se observar que a dignidade, a liberdade e a igualdade que deve existir para todas as pessoas na convivência cotidiana da existência terrena caminham conjuntamente. Sem esses direitos torna-se árdua a existência de um ser humano.

### **2.3 Direitos Fundamentais e as Constituições**

A progressiva presença dos direitos fundamentais foi reconhecida ao longo da história, e gradativamente esses direitos foram se incorporando nos textos constitucionais e ganharam a devida relevância, principalmente na Constituição de 1988.

Com a cruel realidade das atrocidades cometidas, durante a Segunda Guerra Mundial, como já mencionado, as constituições ao longo do tempo assumiram importante papel para a concretização dos direitos fundamentais e tornaram verdadeiros vetores para orientar a atuação do Estado e combater e as graves violações dos direitos humanos.

Pereira (2014, p.1) afirma que:

A doutrina nacional e a estrangeira utilizam uma série de expressões ao fazer referência aos direitos fundamentais, não sendo pacífica a questão da terminologia empregada sendo, portanto, ausente o consenso nessa esfera terminológica. Tanto na doutrina, quanto no direito positivado são empregadas expressões diversas tais como direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais, direitos da pessoa humana, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos subjetivos públicos, direitos individuais, além de outras variações.

Todavia, mesmo com inúmeros termos usados para nominar os direitos fundamentais, existe algo em comum entre eles que é a presença do ser humano como o centro principal tanto da doutrina que o aborda, quanto da

norma jurídica que o protege.

O conceito de igualdade entre os homens já era pregado nas sociedades passadas, e esse conceito foi evoluindo juntamente com a sociedade, influenciando diretamente os direitos fundamentais.

As primeiras constituições contemporâneas que efetivaram os direitos fundamentais o fizeram em um momento em que o Estado Liberal sofria mudança para o Estado Social de Direito, embora não se possa deixar de destacar que já no século XVIII, momentos e movimentos históricos ensejaram o chamado aos direitos fundamentais à positivação, fato observado também em algumas constituições pretéritas (CANOTILHO, 2008).

Assim, na atualidade, o legado das constituições democráticas mais atuais é a dignidade da pessoa humana, dos direitos e liberdades fundamentais, balizadores de um estado bastante diferenciado do estado absolutista e totalitário. O paradigma de Estado Democrático de Direito permite a participação e realização do cidadão nas determinações e decisões estatais.

O processo evolutivo dos direitos fundamentais, com o constante reconhecimento e agregação de novos direitos, constitui hoje um patrimônio de toda a humanidade e esse patrimônio não pode ser ameaçado, reduzido ou erradicado senão ampliado mediante o reconhecimento de novos direitos fundamentais. Daí dizer-se que diante da evolução histórica dos direitos fundamentais há a necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações, uma vez que a sociedade e suas relações evoluem, novas ameaças surgem e como decorrência também a necessidade de se proteger e assegurar os direitos já existentes, consagrando-se também novos direitos capazes de assegurar a preservação da vida humana e sua dignidade (PEREIRA, 2014, p.10).

As primeiras constituições também desempenharam um importante papel para a positivação e consagração normativa dos direitos fundamentais e sua evolução.

O fato das sociedades do passado terem lutado pelos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens deu origem a vários documentos para que se firmassem esses direitos dos quais Comparato (2005)

evidencia: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), as Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos (1949), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Convenção Relativa Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972) e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998), dentre tantos outros.

Tais documentos passaram a ter validade jurídica tanto no âmbito internacional, quanto na órbita constitucional dos países signatários de tratados e convenções internacionais que acolheram as determinações dos referidos documentos.

A existência do Estado democrático pós-moderno com suas constituições de cunho democrático só se justifica pela sua presença como protetor da dignidade humana, ao contrário, estaria retrocedendo ao passado das grandes violações de direitos humanos como tem mostrado a história.

Fiuza (1991, p. 48) mostra que “a finalidade primeira de uma Constituição é a garantia dos direitos individuais, pois são os indivíduos que, unidos em soberania nacional, formam um Estado, cujos órgãos de poder, então, são estruturados.”

A Constituição Federal de 1988, logo no artigo 1º dispõe sobre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil que consistem em pontos de partida para todas as outras normas constitucionais e, devem, sobretudo, se relacionar com as normas infraconstitucionais. Ficou estabelecida, no seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do Estado Brasileiro (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana é valor fundante do sistema jurídico brasileiro, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. No Brasil, esse princípio significa que ele existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que lhe permitam atingir os seus fins, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas (SILVA, 2011, p. 82).

Percebe-se que os direitos fundamentais são dinâmicos e buscam, cada vez mais a proteção, e mais garantias para o homem, em particular, o objetivo principal é o de alcançar uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna. As normas criadas culminam em verdadeiros recursos colocados ao dispor do homem para tutelar suas aspirações legítimas e justas sempre aspirando sua felicidade.

### **2.3.1 Características dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais apresentam algumas características indispensáveis ao seu entendimento como direitos que se estendem a todos os povos civilizados e são inerentes à natureza humana.

Segundo Silva (2005), essas características podem ser descritas da seguinte forma: a Historicidade quer dizer que os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais; a Imprescritibilidade aponta que os Direitos Fundamentais são permanentes e por isso não prescrevem; a Irrenunciabilidade mostra que os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados. Outra característica dos direitos fundamentais é a Inviolabilidade, onde os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa; a Universalidade diz que os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano sem restrições e sem discriminações. A característica de Concorrência determina que os vários Direitos Fundamentais podem ser exercidos ao mesmo tempo. Com a Efetividade, o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário, meios coercitivos. A Interdependência diz que os Direitos Fundamentais não podem se chocar com as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos. Além disso, os Direitos Fundamentais

devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta, é o que diz a característica de complementariedade.

### **2.3.2 Classificação dos Direitos Fundamentais**

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais não é estática e vem evoluindo. Para parte da doutrina são descritos da seguinte forma:

direitos fundamentais de primeira dimensão, que são os direitos individuais à liberdade e à vida; direitos fundamentais de segunda dimensão, que são os direitos sociais, econômicos e culturais; direitos de terceira dimensão, ou seja, direitos de fraternidade e solidariedade; e direitos de quarta geração ou dimensão, que corresponde ao direito à democracia, à informação e ao comércio eletrônico entre os estados (BONAVIDES, 2002).

Os direitos de primeira dimensão são aqueles que inauguram o movimento constitucionalista, feito pela revolução burguesa. Surgidos no século XVII, eles cuidam da proteção das liberdades públicas e dos direitos políticos. Atualmente, quase todas as constituições existentes os consagram, mesmo aquelas de Estados onde impera a sua escancarada violação, como por exemplo, os ditatoriais. Os titulares são os indivíduos, que os exercem contra os poderes constituídos dos Estados. Nesta fase, o Estado tem um dever de prestação negativa, isto é, um dever de nada fazer, a não ser respeitar as liberdades do homem. São exemplos: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, ao devido processo legal (SILVA, 2005).

Os direitos de segunda dimensão são os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, onde ao Estado não mais se exige uma abstenção, mas, ao contrário, impõe-se a sua intervenção, visto que a liberdade do homem sem a sua participação não é protegida integralmente. Por isso se afirma que

do Estado se exige uma prestação positiva. São exemplos: o direito à saúde, ao trabalho, à assistência social, à educação, o direito de greve (SILVA, 2005).

Os direitos de terceira geração ou dimensão englobam os direitos chamados de solidariedade ou fraternidade, e voltados para a proteção da coletividade e, portanto, possuem caráter difuso. São marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional. As constituições passam a incorporar em seus textos a preocupação com o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica e à conservação do patrimônio histórico e cultural (SILVA, 2005).

Os direitos de quarta dimensão têm como defensor maior o professor Paulo Bonavides, para quem tais direitos seriam o resultado da globalização dos direitos fundamentais, de forma a universalizá-los institucionalmente. São exemplos: direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados. Para a professora Eliana Calmon, são direitos da quarta dimensão os da manipulação do patrimônio genético (SILVA, 2005).

Silva (2005) ainda concluiu que, sob o prisma de sua evolução no tempo, os direitos fundamentais são uma categoria aberta e potencialmente ilimitada, não são estanques, imutáveis, pois seu conteúdo é entendido de formas diferentes dependendo do período histórico em que houve sua evolução. Portanto, podem sofrer transformações quantitativas e qualitativas no decorrer da história.

A principal crítica que se faz à teoria das gerações é a de que o termo gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, havendo uma relação de exclusão entre as gerações, o que não ocorre. O uso da expressão gerações também induz à ideia de que o reconhecimento de uma nova geração somente poderia ocorrer quando a geração anterior já estivesse madura o suficiente, o que dificulta o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países em desenvolvimento, onde sequer se conseguiu alcançar níveis mínimos de maturidade dos direitos de primeira geração. Outra crítica que se faz é no sentido de que o termo geração não é cronologicamente exato, sendo que a evolução dos direitos fundamentais não segue necessariamente a linha descrita: liberdade → igualdade → fraternidade. Dimitri Dimoulis e Leonardo

Martins afirmam que “já havia direitos sociais (prestações do Estado) garantidos nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX” (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 35).

### **2.3.3 Direitos Fundamentais Sociais**

Os direitos fundamentais sociais foram recepcionados pela Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 6º. Assim, aqueles direitos elencados no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II: Dos direitos sociais são os seguintes: “Art. 6º 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”.

Além disso, são regulados por leis infraconstitucionais como a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – (PIDESC), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pelo Estatuto do Idoso.

Os direitos fundamentais sociais são direitos que dependem da efetividade do poder público para atender às necessidades da população uma vez que são direitos materiais, pois fazem parte da vida cotidiana nas relações sociais da pessoa para uma existência satisfatória. O cidadão é o titular desses direitos que não efetivados passam a se traduzir em direito processual, sendo este o único meio para satisfazê-los e cumprir a norma constitucional.

Claramente é um direito de todos, porém, as classes menos privilegiadas são as que mais necessitam do cumprimento desse dever pelo estado, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde que requer, em muitos casos, uso de exames, internações, cirurgias e medicamentos dispendiosos com os quais esses indivíduos não pode arcar com seus recursos próprios.

Vale salientar, segundo Barroso (2009), que os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal estão acima do sentido do próprio dispositivo legal, em razão da dignidade da pessoa humana, uma vez que é



inerente ao ser e existe antes da criação da norma, portanto acima dela deve prevalecer. Assim, entende-se seu caráter absoluto, inviolável, intransferível, irrenunciável, imprescritível e indispensável para assegurar uma existência digna.

Pozzoli (2000, p. 67) complementa que:

A Constituição Federal vigente é garantista, ou seja, é um instrumento que visa garantir tudo o que é importante para a nação brasileira. Nela se consagra a dignidade da pessoa humana, em forma de princípio constitucional, que é um elevado postulado constitucional, por meio do qual há a efetividade, ou deveria haver, do princípio da dignidade da pessoa humana.

A supremacia da Constituição Federal a coloca no ápice do ordenamento jurídico, tornando de caráter obrigatório a qualquer outra regra a obediência a essa determinação maior.

Conforme Silva (2005, p. 82), “a Constituição Federal é a Lei fundamental e suprema da sociedade, sendo regras codificadas em único documento para reger a reestruturação do Estado, direitos, garantias e deveres dos cidadãos”.

A autora complementa que:

A denominação de um Estado *como* sendo democrático de Direito, determina *por* parte deste a estrita observância dos direitos e garantias fundamentais, como forma de proteção do cidadão. Impõe-se ao Estado de um lado, o dever de não interferência na esfera íntima do indivíduo (não fazer, obrigações negativas do Estado) e, de outro, o dever de agir, quer na proteção dos bens jurídicos contra ações e omissões de terceiros, quer para permitir a plena fruição desses direitos, como forma de desenvolvimento da personalidade humana e a harmonia social.

Em síntese, pode-se dizer que os direitos sociais são preceitos fundamentais que não podem ser violados, sendo o Estado o prestador desses serviços, portanto, através de políticas públicas, deverá garantir sua concretização.

A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela<sup>2</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirma que os direitos fundamentais decorrem da dignidade inerente a toda pessoa humana. Esses direitos são iguais e inalienáveis, sendo os fundamentos da liberdade da justiça e da paz (UNESCO, 2001 citado por SILVA, 2005. p. 87).

Conforme Hans Kelsen citado por Borges Netto (2005, p. 2):

O Direito possui a particularidade de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda -- em certa medida -- o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior; a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior (BORGES NETTO, 2005, p. 2).

Desta forma, qualquer ameaça ou lesão a direito constitucionalmente estabelecido, cabe ao cidadão buscar a reparação de tal dano causado ou evitar que ele aconteça. Afinal, o Estado Democrático de Direito tem como escopo fundamentar-se em valores voltados para o bem-estar de uma sociedade, em primeiro plano.

Este novo Estado tem por finalidade assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, donde se destacam: a liberdade, a segurança, o bem-

---

<sup>2</sup> A coordenação e o inter-relacionamento das normas constitucionais sempre deverá ser buscado pela via da interpretação sistemática, em razão deste método da hermenêutica jurídica permitir uma visão grandiosa do Direito, pois não se deve atentar unicamente para regras jurídicas isoladas, mas sim voltar-se os olhos para o sistema constitucional, compreendido como um todo uno, harmônico e coerente. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA Vital.. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1ª ed., 1991.p.45.

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, visualizados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 1988).

#### **2.3.4 Direito Fundamental á Saúde**

A saúde, no Brasil, tem uma história de descaso e exclusão de grande parte de inúmeros segmentos sociais, em especial das comunidades mais carentes.

Foi a partir do surgimento do SUS (Sistema Único de Saúde), com influência da 8ª. Conferência Nacional de Saúde (CNS), realizada em 1986, que se confirmou uma nova era para o atendimento à saúde do cidadão brasileiro e assim, no ano de 1988, o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS-1987) veio representar a vontade política de se antecipar à Constituição Federal de 1988, que se baseou em metas ousadas de inovações profundas para efetivar os direitos dos cidadãos. Foi a representação de um modelo de transição da saúde previdenciária, onde se restringiam direitos, para a concretização de um sistema único de saúde extensivo a todos, sem exclusão (BRASIL, 2014).

A saúde havia sido reconsiderada num novo cenário político brasileiro, através do SUDS, depois SUS, com caráter irrestrito para atender com a efetividade que se esperava às necessidades da população brasileira, em especial, a mais carente, até então relegada a um plano inferior, numa total exclusão social.

Logo veio a Constituição Federal de 1988, que, pela primeira vez na história do País, contemplou um capítulo exclusivamente dedicado à saúde (Título VIII, capítulo II, seção II da saúde), além do artigo 6º, de onde se extrai o direito social à saúde, estabelecendo em seu artigo 196 que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem redução do risco doença e de outros agravos e ao

acesso universal, igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

O Princípio da Universalidade no direito à saúde determina que os serviços sociais estejam direcionados para assegurar a saúde da população e devem ser acessíveis a toda a comunidade. Significa, também, que o serviço de saúde deverá envidar esforços para abarcar o número máximo de situações possíveis (BRASIL, 2002).

Com essa meta de atender irrestritamente a todos os brasileiros e resgatar a dignidade da população, a Constituição Federal de 1988 dispôs também sobre a organização dos serviços de saúde, no artigo 21 onde se lê:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I. Descentralização, com direção única em cada esfera do governo;
- II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III. Participação da comunidade

Parágrafo único: O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Atualmente, pode-se afirmar que o Sistema Único de Saúde, garantido pela Constituição Federal Brasileira de 1988 e regulado pelas Leis Orgânicas de Saúde (LOS), encontra-se legalmente preparado para o atendimento às necessidades da população no que diz respeito a exames, cirurgias, internações, medicamentos e equipes de profissionais. Existe uma legislação atualizada e dinâmica, restando ao Poder Público, através de Políticas Públicas, efetivar tal direito nos moldes das determinações legais.

Têm-se como exemplos, a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos correspondentes e a Lei nº 8.142

de 28 de dezembro de 1990 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e ainda prevê um sistema com princípios doutrinários e organizativos.

O SUS constitui um marco histórico para a consolidação do direito à saúde, pois teve a proposta de mudança na concepção de saúde para um direito civil, pois as políticas públicas brasileiras precisavam de mudanças radicais no sentido de eliminar o descaso e a exclusão dos cidadãos que não contribuíam com a Previdência Social. Além disso, foi a certeza de uma nova era para o povo brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 foi denominada de “Constituição cidadã” pelas suas conquistas sociais, que foram consideradas avançadas para aquele momento. Esses avanços proporcionaram a todos os brasileiros, indistintamente, um resgate da dignidade no setor da saúde ao garantir a todos o direito a serviços de saúde.

É clara a participação popular para que ocorressem essas mudanças, permitindo que o surgimento do SUS e da nova Constituição Federal de 1988 marcassem favoravelmente o direito social à saúde e dessem um novo rumo a ser seguido em busca da efetivação universalizada à saúde, sendo esse um dos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde no Brasil.

Estão previstos nos incisos II e III do artigo 1º da CF de 1988, os princípios da cidadania e da dignidade humana, sem eles é impossível a presença de um Estado Democrático de Direito na vida do cidadão, uma vez que este não terá reconhecidos seus direitos fundamentais, como ocorreu em tantos locais e momentos da história humana.

Os direitos sociais para doutrinadores como Sarlet (2009), Canotilho (2008), dentre outros são direitos fundamentais, porque promovem a dignidade humana, a redução das desigualdades sociais, a construção da justiça, a liberdade e a solidariedade que dependem da efetividade desses direitos sociais, um entendimento que se abstrai da interpretação dos enunciados do artigo 3º, caput c/c inciso III, e artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

De acordo com Lenza (2011), o direito à saúde é classificado como direito fundamental social ou prestacional, além de configurar a passagem do constitucionalismo liberal para o social; deixando o Estado de exercer ações de natureza negativa, de abstenção, para exercer ações de natureza positiva, com medidas e prestações que garantam a máxima efetividade do direito fundamental à saúde.

É certo que para promover a garantia dos direitos fundamentais sociais, bem como proporcionar uma vida digna a todos os cidadãos é necessário gasto de dinheiro público, sendo que os recursos públicos são escassos e não suportam todos os gastos necessários com os cidadãos.

Por essa razão às vezes é necessário fazer escolhas, deixando de atender pedidos daqueles que fogem dos padrões essenciais e básicos, já que as verbas são destinadas para atender à coletividade e não cada caso individual.

A falta de efetividade dos direitos à saúde pode se comparar com a violação de outros direitos, em especial, do direito à vida, uma vez que sem saúde a vida se torna breve e sem qualidade.

#### **2.3.4.1 Atendimento à Saúde e a Criação do SUS**

A Constituição de 1988 contemplou a saúde como um direito social e um dever do Estado. COHN (1996) destaca que a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS) prevê o igualitário atendimento assistencial.

Por meio do SUS, tem-se como equânime a distribuição dos recursos e a participação da comunidade, exercício de um controle social, através dos Conselhos de Saúde. A criação do SUS, disposto na Constituição Federal de 1988, possibilitou a população brasileira, o acesso ao atendimento público de saúde em todo o país com uma nova perspectiva.

Dispõe o artigo 198 (BRASIL, 1988), a que se segue:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II- atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III- participação da comunidade.

A intenção, através do SUS, era promover qualidade de vida e bem estar individual e coletivo por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.

O artigo 200 da Constituição orienta que ao SUS, além de outras atribuições, a de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesses para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunológicos, hemo-derivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalho; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde, participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle de fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A saúde foi finalmente visualizada como um direito de todos e a qualidade de vida superou a ideia de ausência de doenças, passando a se considerar a importância da educação, habitação, saneamento, transporte, agricultura, dentre outros valores para que a saúde tenha novos conceitos e seja reconhecida como direito de todos.

A constituição legitima o direito de todos sem qualquer discriminação às ações de saúde em todos os níveis, assim como explicita que o dever de prover o pleno gozo desse direito é responsabilidade do Poder Público, sendo certo que a partir de 1988 a única condição para se ter direito e acesso aos serviços de saúde é precisar.

A reestruturação do atendimento à saúde segundo Paim (2000, p.32), se deu com o surgimento do SUS e a orientação da Constituição de 1988, fundamentada nos seguintes princípios:

- a) **Universalidade** - A Saúde é reconhecida como um direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado garantir as condições indispensáveis ao seu pleno exercício e o acesso a atenção e assistência à saúde em todos os níveis de complexidade.
- b) **Equidade** - É um princípio de justiça social porque busca diminuir desigualdades. Isto significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.
- c) **Integralidade** - Significa a garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos em cada caso para todos os níveis de complexidade de assistência. Engloba ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.
- d) **Descentralização e comando único** - Um único gestor responde por toda a rede assistencial na sua área de abrangência, conduzindo a negociação com os prestadores e assumindo o comando das políticas de saúde.
- e) **Resolutividade** - É a capacidade de dar uma solução aos problemas do usuário do serviço de saúde de forma adequada, no local mais próximo de sua residência ou encaminhando-o onde suas necessidades possam ser atendidas conforme o nível de complexidade.
- f) **Regionalização e Hierarquização** - A regionalização é a aplicação do princípio da territorialidade, com foco na busca de uma lógica sistêmica, evitando a atomização dos sistemas locais de saúde. A hierarquização é expressão desta lógica, buscando entre outros objetivos, a economia de escala.
- g) **Participação popular** - Como forma de garantir a efetividade das políticas públicas de saúde e como via de exercício do controle social, é preciso criar canais de participação popular na gestão do SUS, em todas as esferas: municipal, estadual e federal.

Frente ao exposto, pode-se afirmar certamente que é dever do Estado efetivar o Direito à Saúde da população por meio de políticas públicas em todos os meios de representatividade para que sejam cumpridas as determinações Constitucionais.



#### **2.3.4.2 A responsabilidade dos Entes Federados na Eficácia do Direito a Saúde**

A estrutura da saúde no Brasil, como se tem hoje, se deu com a criação do Sistema Único de Saúde. Essa estruturação, também inclusa na Constituição de 1988, foi regulamentada posteriormente pelas Leis 8.080 e 8142, de 1990.

Assim, a saúde passou a ser orientada por Políticas Públicas de saúde sem nenhuma exclusão de setores da população. Muitas têm sido as tentativas de ampliação de mecanismos que levem à otimização dos serviços públicos de saúde e no acesso dos usuários a todos os níveis de atenção do sistema, entretanto a questão assume uma forte complexidade ao se considerarem as enormes desigualdades geográficas, culturais e sócio econômicas que, há tempos, permeiam o país, desafios a serem vencidos ou minimizados para que a saúde se torne um direito real para todos os usuários dos serviços públicos de saúde brasileiro.

O Direito fundamental à Saúde, contido no artigo 196 da Carta Magna dispõe, em caráter programático, que é dever do Estado à prestação de meios que assegurem a saúde.

Nos casos de aplicação do preceito fundamental, revela-se que os entes da Federação, vêm guerreando entre si no sentido de se desobrigarem de suas obrigações constitucionais.

A Lei do Sistema Único de Saúde estabelece na Seção II, nos artigos 16 ao 19 sobre a “competência, tratando, entre outras questões, da identificação dos serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde (art. 16, XI); da promoção da descentralização dos seus planos para Estados e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde respectivamente, de abrangência estadual e municipal (artigo 16, XV); e, da descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde (artigo 17, I).

As reiteradas decisões judiciais têm afirmado a solidariedade dos entes federados na prestação do direito à saúde, afastando a previsão da lei ordinária que estabelece critérios de funcionamento do SUS.

Mesmo na contramão do entendimento de que os entes da federação são solidários e não se aplica a lei ordinária em detrimento da CF, alguns desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem se posicionado no sentido de que cada ente da federação tem responsabilidades específicas quanto ao fornecimento de medicamentos, valendo-se dos princípios da seletividade e distributividade.

Rel. Des. Albergaria Costa: Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não está o Poder Público obrigado a fornecer qualquer medicamento indicado pela parte se esse não está incluído na lista de medicamentos obrigatórios. Recurso conhecido e provido. (AC 1.0024.05.695904-2/002, DJMG 27.11.2009) (MINAS GERAIS, 2009).

Rel. Des. Manuel Saramago: Para a concretização do direito à saúde, o Poder Público deve agir seletiva e distributivamente, não sendo possível ao magistrado determinar que o ente estatal suporte os custos de medicamentos que não foram previamente selecionados mediante critérios técnicos que indicam as necessidades mais prementes da população, sob pena de o Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos, priorizando o direito de uns em detrimento do de muitos. (AC 1.0309.08.023666-9/001, DJMG 20.11.2009) (MINAS GERAIS, 2009).

Ora, se é entendimento da maioria esmagadora da Doutrina, do Judiciário e inclusive do STF que a responsabilidade na efetivação do direito à saúde é de responsabilidade solidária entre os entes do Estado, à luz dos dispositivos da Carta Magna, então a Lei do SUS é de aparente

inconstitucionalidade material, por expressar contrariedade ao texto constitucional.

O Ministro Gilmar Mendes, em decisão no Agravo Regimental n.3.335-RN, assim decidiu:

O fato do Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros aos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério de subsidiariedade, e constituem um sistema único. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade. O sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos. (...) O artigo 200 da Constituição, que estabeleceu as Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestadas por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.335/RN, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 30/4/2010. (RIO GRANDE DO NORTE, 2010)

Assim, a Lei do SUS deverá ser interpretada como forma de garantir a efetividade ao sistema de prestação de saúde pública no Brasil e não como regra de exclusão de responsabilidade.

#### **2.4 Direito Social à Saúde, Reserva do Possível e o Mínimo Existencial**

Após se ter verificado que foram inúmeros os momentos e muitas as lutas empreendidas para o reconhecimento da dignidade, da liberdade, da igualdade entre os homens, e sobretudo, da limitação do Poder do Estado para que o cidadão possa ter seus direitos de pessoa humana garantidos, porém, ainda existem alguns percalços nessa trajetória.

No art. 6º, caput está garantido a todos os brasileiros o direito à vida que depende do Estado para efetivá-lo, facilitando ao cidadão, usuário do serviço de saúde, o acesso à aquisição de intervenção médica, medicamentos, exames, cirurgias, enfim dos meios necessários para o atendimento às exigências das relações de saúde e doença.

De acordo com Alonso (2012, p. 41):

Pode-se afirmar, da análise da prescrição normativa constitucional que a implementação do direito social dar-se-á por intermédio de políticas públicas que, ao menos em princípio, estarão sob a ação do legislador e de sua função própria a ser exercida a partir de ações fixadas materialmente no texto da Constituição. Com apego ao direito social à saúde e a título de ilustração, vale a menção à disciplina detalhada do Sistema Único de Saúde no artigo 198, com indicação, inclusive, do mínimo de gastos a serem aplicados nesses programas pelas entidades públicas que integram a Federação e as diretrizes básicas a serem seguidas na implementação desses direitos, como a descentralização das atividades por todos os níveis de governo, com direção única em cada um; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

Conforme Barroso (2008), o Direito à Saúde é entendido como direito fundamental o qual é inerente a todas as pessoas indiscriminadamente e cuja representação, encontra-se na Constitucional indissociável do direito à vida, e a uma vida digna.

Sarlet (2011, p. 368-369), coloca sobre o tema em análise seu pensamento ao explicar:

Se a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência do Estado social de

Direito consagrado constitucionalmente, é de perguntar-se até onde vai a obrigação dos Poderes Públicos, com respeito à realização da justiça social, e ao quantum em prestações sociais assegurado pelas normas de direitos fundamentais, que pode ser judicialmente reclamado pelos particulares. Segundo ele, permanecem em aberto, questões de crucial importância, tais como: a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo?; b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais? e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade dos recursos para sua satisfação? E conclui: “negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência, pode significar, em última análise, condená-lo à morte, por inanição, por falta de atendimento médico, etc”.

Se atualmente, por um lado tem-se nitidamente como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo art. 1º, inc. III da CF de 1988, a Dignidade da Pessoa Humana, do outro está o Estado, representado pelo Poder executivo, resistindo em efetivar o direito à saúde, em muitos casos, com fundamento na reserva do possível (BRASIL, 1988).

A reserva do possível pode ser entendida como a efetivação dos direitos sociais, limitada às possibilidades orçamentárias do Estado. Muitos criticam a aplicação dessa teoria sem restrições, defendendo a possibilidade de intervenção das prioridades orçamentárias.

O condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos recebe a denominação de reserva do possível. A reserva do possível se divide em duas espécies: a reserva do possível fática, que é a inexistência de recursos, é o vazio dos cofres públicos; e a reserva do possível jurídica, que se caracteriza pela ausência de autorização orçamentária para determinado gasto (SALAZAR; GROU, 2011, p.93).

Infelizmente, mesmo diante da tardia constitucionalização social do direito à saúde e as determinações legais, a efetivação desse direito ainda

enfrenta inúmeros desafios, pois o Estado ainda tem sido omissivo e vem causando lesões aos cidadãos que precisam de atendimento médico ou hospitalar, além de medicamentos que não podem faltar no tratamento de inúmeras doenças.

Ao reconhecer a dignidade humana e o valor dos direitos e liberdades fundamentais, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 evidenciou a universalidade dos direitos humanos.

Isto é, os direitos fundamentais têm alcance universal e são atributos essenciais de toda e qualquer pessoa. Fica assim consagrado o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais a toda e qualquer pessoa, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, orientação sexual, idade, idioma, religião, opiniões políticas, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Se de um lado a Declaração assegura o livre e pleno exercício dos direitos humanos, de outro lado busca garantir a efetividade desses direitos através de proteção judicial. Desse modo, qualquer ameaça ou violação a direito fundamental deve ser reparada pelo Poder Judiciário (SILVA 2007, p.83).

Todavia, cumpre remeter ao caráter atípico e não absoluto da separação entre os poderes, pois o poder estatal é poder uno e indivisível, principalmente em se tratando de direitos constitucionalmente garantidos.

Têm-se, dessa forma, o conceito de ativismo judicial, tema a ser tratado, que está relacionado à legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais. Para alguns autores, o Poder Judiciário não detém tal legitimidade, que é exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo, que foram eleitos pela sociedade para administrar as políticas públicas.

Com fundamento em Fernandes (2010), insta ressaltar que o Poder Judiciário é exercido pelos juizes, que possuem a capacidade e a prerrogativa de julgar, de acordo com as regras constitucionais e leis criadas pelo Poder Legislativo. Sua função é garantir e defender os direitos individuais, ou seja, promover a Justiça assegurando que as questões concretas do dia-a-dia sejam resolvidas na forma da lei.

Desta forma, diante da inação dos poderes Legislativo e Executivo, o judiciário ocupa lugar no hiato que se forma e é chamado a novas competências de caráter atípico para que sejam solucionados os problemas que atingem a dignidade da pessoa humana.

Ressalta ainda Fernandes (2010) que a função típica do Poder Judiciário é a de julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses, mediante provocação e sua função atípica relaciona-se às de natureza administrativa e legislativa.

O controle judicial externo do judiciário é legítimo e sem o comprometimento do princípio constitucional da separação e harmonia entre os poderes da república, expressamente previsto no art. 2º da CF, elevado à categoria de cláusula pétrea, na forma do art. 60, § 4º, inc. III, também da Constituição Federal.

Justifica-se essa intervenção em razão do Estado ser responsável civilmente pelas ações ou omissões que causam lesões e omissões concernentes à saúde com a alegação do princípio da discricionariedade e da reserva do possível que não priorizam o princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da vida.

Vale lembrar que algumas atribuições constitucionalmente instituídas não podem ser excluídas em razão de legitimarem um determinado poder a exercer as funções próprias a outra esfera de poder, e acrescenta-se que em caso de omissão do Legislativo ou do Executivo, cabe ao Judiciário suprir o direito violado.

Nesse sentido, as palavras de Silva (2003, p.113) advertem que “o Princípio da Separação dos Poderes não apresenta a mesma rigidez do passado, pois hoje o Estado contemporâneo e o surgimento de novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário mudaram seus contornos”.

Assim, diante dessa resistência em implementar as políticas públicas de saúde, tendo como fundamento a reserva do possível, demonstra-se a posição positivista em detrimento dos direitos fundamentais sociais à saúde preconizados pela Constituição “Cidadã” de 1988.

Entra nesse cenário um impasse entre as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível quando se trata do direito à saúde e surge um hiato entre essas questões, ficando com os prejuízos o cidadão carente de atendimento ao seu problema de saúde.

O mínimo existencial é considerado como o mínimo necessário para uma vida humana digna, não se limitando à comida e à saúde.

Para Barcelos (2002, p.42):

os direitos sociais são aqueles que tratam dos direitos fundamentais sociais, em sentido estrito, econômicos e culturais, nos quais se insere a subcategoria denominada mínimo existencial, que consiste em um conjunto de direitos fundamentais selecionados segundo os critérios da essencialidade e outros.

Para Barroso citado por Sarlet (2011, p. 368), a noção de mínimo existencial é compreendida, como o “conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos”. E Barcellos (2002, p.14) complementa o pensamento e esclarece que “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”.

Barroso (2008) ressalta que o art. 196 da Constituição da República é garantidor do direito à saúde, constituindo-se de norma definidora de direito subjetivo, ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado: o dever jurídico a ser cumprido consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse que tem como exemplo, a Constituição de 1988, com os direitos de proteção à saúde da população.

É bastante discutível a invocação do executivo ao alegar nas ações em que é levado a adimplir seus compromissos com a população, a falta de recursos, trazendo a justificativa da reserva do possível em detrimento do mínimo existencial. Além do mais, são levadas à colação o poder de decidir com vistas na conveniência e na oportunidade de concretizar determinadas



políticas, sendo neste caso considerada a problemática separação dos poderes.

Em decisão a respeito da Reserva do possível e do mínimo existencial, o STF entendeu que o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser utilizado com o intuito de impedir a implementação de políticas públicas e encontra limitações no “mínimo existencial”, conforme se verifica no julgamento do ARE 639337 AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello:

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

A reserva do possível deve ser analisada com base na real situação, com vistas ao caso concreto, devendo ser acatada somente naqueles casos onde haja uma real inexistência de recursos financeiros, “reserva do possível fática”, não se prestando o simples argumento de que as verbas já foram distribuídas de maneira a adequar o orçamento, “reserva do possível jurídica”.

## **2.5 Princípios Orçamentários e Acesso à Saúde**

Atualmente, com a judicialização da saúde, o poder público tem deixado de atender alguns princípios orçamentários, a fim de cumprir as inúmeras determinações judiciais quanto ao fornecimento de medicamentos.

Na acepção de Lúcia Valle Figueiredo, citada por Salazar e Grou:

O orçamento não é uma peça livre para o administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que foi

constitucionalmente fixada. (SALAZAR; GROU, 2011, p. 91-92).

Além disso, “os princípios orçamentários e as demais regras aplicáveis à elaboração do orçamento público servem para nortear a atuação do Poder Executivo, da Administração Pública”. (SALAZAR; GROU, 2011, p. 92).

Assim, entende-se que a Administração Pública deve observar os princípios orçamentários, mas quando houver conflito entre estes e o acesso à saúde, o último deve prevalecer, a fim de promover a dignidade da pessoa humana, que é o princípio basilar da Constituição Federal.

Não há dúvida quanto à prevalência do princípio da sujeição da Administração Pública às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública, quando há existência de conflitos entre eles, conforme Salazar e Grou (2011).

Nesse sentido, verifica-se que o administrador deve observar os princípios orçamentários, que são de observância obrigatória, tendo em vista a Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual está submetido, mas quando a Administração estiver sujeita às decisões do poder Judiciário, estas devem prevalecer.

## CAPÍTULO 3 – POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

### 3.1 Conceito de Políticas Públicas

O conceito de políticas públicas é assunto discutido em várias áreas do conhecimento, e encontra-se direcionado para o âmbito da Ciência Política que ganha um grande destaque nas discussões teóricas no momento atual. Porém, para o direito, ganha grande importância sua discussão acadêmica e doutrinária por estar vinculada a direitos dispostos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, como o direito à saúde.

Na concepção de Barcellos (2010), políticas públicas são ações e programas dos diferentes tipos implementados pela Administração Pública, com o fim de garantir a prestação de determinados serviços, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Conforme Souza (2006, p. 23), o entendimento de política pública extrapola as fronteiras brasileiras em vista de ter sua origem nos Estados Unidos e explica:

A política pública enquanto área de conhecimento é uma disciplina acadêmica que nasceu nos Estados Unidos da América, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição européia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos. Assim, na Europa, a área de política pública surgiu como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado - o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas. Nos EUA, ao contrário, a área surgiu no mundo acadêmico sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos.

Ainda segundo Souza (2006), são considerados como os primeiros estudiosos das políticas públicas: H. Laswell, que, em 1936, introduziu a expressão *policy analysis* (análise de política pública); H. Simon, em 1957 introduziu o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos

(*policymakers*); Lindblom, em 1959, questionou o racionalismo de Laswell e Simon ao propor a incorporação de outras variáveis à formulação e à análise de políticas públicas, tais como as relações de poder e a integração entre as diferentes fases do processo decisório, o que não teria necessariamente um fim ou um princípio, incorporando outros elementos à sua formulação e à sua análise além das questões de racionalidade, tais como o papel das eleições, das burocracias, dos partidos e dos grupos de interesse.

E finalmente, Easton, em 1965, que contribuiu para a área ao definir a “política pública como um sistema, ou seja, como uma relação entre formulação, resultados e o ambiente”. Para Easton, “políticas públicas recebem *inputs* dos partidos, da mídia e dos grupos de interesse, que influenciam seus resultados e efeitos” (SOUZA, 2006, p 23, 24).

O Estado brasileiro, desde sua origem, no período do Brasil colonial, foi relegado a último plano pela metrópole. Não havia nenhuma preocupação com o bem estar da sociedade, mas sim em explorar as riquezas do território para suprir a Metrópole. Dessa forma, Meksenas (2002) não concorda com a ideia de que as políticas públicas tenham “fins sociais”, pois na verdade existem relações de poder com intuito de influenciar na dinâmica da vida cultural como enfatiza:

É preciso, portanto, não compartimentalizar o saber produzido acerca das políticas públicas como fins sociais para percebemos os seus contornos com os contextos da sociedade brasileira. Assim, o estudo das políticas públicas como fins é o estudo das relações de poder, como também de estrutura e conjuntura da vida social, dos padrões de sociabilidade e da dinâmica da cultura (MEKSENAS, 2002, p.106).

Para Souza (2006), sob um ponto de vista amplo, política pública é vista, em primeiro lugar, como um equilíbrio no orçamento entre receita e despesa, em segundo, uma nova visão do estado onde deixa de ser de uma política keynesiana, para ser uma política restrita aos gastos, e a terceira refere-se à relação que existe entre os países desenvolvidos e os que iniciaram recentemente sua trajetória democrática recentemente, especialmente os

países da América Latina que apresentam dificuldade na boa administração dos seus recursos públicos e na equação dos bens em benefício do cidadão, para extinguir exclusão social.

Fernandes (2007) defende a ideia de que as políticas públicas se manifestam através de duas dimensões que se complementam que é o administrativo técnico e o aspecto político.

Num contexto mais genérico, a ideia de políticas públicas está associada a um conjunto de ações articuladas com recursos próprios (financeiros e humanos), envolvendo uma dimensão temporal (duração) e alguma capacidade de impacto. Ela não se reduz à implantação de serviços, pois engloba projetos de natureza ético-política e compreende níveis diversos de relações entre o Estado e a sociedade civil na sua constituição (SPÓSITO, 2003).

Segundo Souza (2006), as políticas públicas, na sua essência, estão ligadas fortemente ao Estado, pois é este que determina como os recursos são usados para o benefício de seus cidadãos, onde faz uma síntese dos principais teóricos que trabalham o tema das políticas públicas relacionadas às instituições que dão a última ordem, de como o dinheiro sob forma de impostos deve ser acumulado e de como este deve ser investido, e no final fazer prestação de conta pública do dinheiro gasto em favor da sociedade.

Spósito (2003) afirma que situa-se também no campo de conflitos entre atores que disputam orientações na esfera pública e os recursos destinados à sua implantação. Não se pode confundir políticas públicas com políticas governamentais. Órgãos legislativos e judiciários também são responsáveis por desenhar políticas públicas. De toda a forma, um traço definidor característico é a presença do aparelho público-estatal na definição de políticas, no acompanhamento e na avaliação, assegurando seu caráter público, mesmo que em sua realização ocorram algumas parcerias.

Segundo Scaff (2011), há casos submetidos a julgamentos nos tribunais em que o Executivo tem invocado a falta de recursos públicos para atender a pretensão de quem interpôs ação contra o Estado. Todavia, o STJ já decidiu que “o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se

examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”, reconhecendo a legitimidade do MP para exigir do Executivo “a execução de política específica, incluindo a tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas”.

Barroso (2008, p.1) faz um comentário pertinente ao tema em debate ao se expressar:

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. O ano de 2008 não foi diferente. A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões que privilegiam a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, como já foi citado, também não tem sido diferente, em inúmeros casos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se obrigado a intervir nas questões de políticas públicas para a saúde para dar provimento a um direito constitucional e fundamental.

Uma análise da teoria da reserva do possível demonstra sua justificativa para limitar a implementação das políticas públicas, principalmente no caso da saúde, colocando em posição de inferioridade a dignidade da pessoa humana, as necessidades de suprimento de uma saúde pública de qualidade, abalando o próprio direito à vida, pois vida saúde e são indissociáveis.

Pelas palavras de Sarlet (2011) cumpre destacar que os direitos fundamentais sociais não constituem um simples capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim uma necessidade valiosa, pois a sua desconsideração ou supressão fere os mais elementares valores da vida, liberdade e igualdade e, sobretudo, a eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais sociais deve ser objeto de permanente otimização, devendo, pois esses direitos fundamentais ter como objetivo permanente a otimização do princípio da

dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça.

### **3.2 Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde**

O que se verifica na questão do controle judicial é que onde o legislador falha, ignora o interesse público, o Judiciário interfere para decidir segundo a Constituição Federal, pois ela é norma fundamental, a fonte de busca para a validade das determinações constantes do ordenamento jurídico. Sua posição é o topo, é o ápice da pirâmide que Kelsen criou em sua Teoria do Direito. Discussões jurídicas que ficam por conta do STF só têm sentido quando as questões jurídicas estão em desacordo com a Lei Maior e cujas relações se tornam incompatíveis, assim o chamamento é por nulidade.

Sob o ponto de vista normativo, a Constituição é um complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, capaz de traçar as linhas mestras do mesmo ordenamento, é a ela que se dá a denominação de Lei Fundamental, porque nela é que estão exarados os pressupostos jurídicos básicos e necessários à organização do Estado, além da previsão das regras asseguradoras de inúmeros direitos aos cidadãos, colocando-se ela, em razão disso, como base, como ponto de partida e como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico (BERNARDES, 2000).

É importante lembrar que os três poderes da federação são solidariamente responsáveis pela efetivação do direito fundamental à saúde, mesmo tendo algumas decisões isoladas em sentido contrário, atuando o poder judiciário de forma subsidiária e não como principal responsável pela gestão desse direito, o que, na verdade, configuraria ingerência de um poder sobre o outro.

Como já mencionado, o art. 2º da Constituição Brasileira de 1988 assim determina: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Porém, o controle judicial externo sobre os outros não compromete o princípio constitucional da separação e harmonia entre os poderes da República, elevado à categoria de cláusula pétrea, na

forma do art. 60, § 4º, inc. III, também da CF, onde se lê: Art. 60 (BRASIL, 1988).

O Estado responde civilmente pelas ações ou omissões que praticar, sobretudo aquela que gera lesões e omissões relacionadas à saúde e, assim, o princípio da discricionariedade e da reserva do possível não podem ser priorizados em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana que é a coluna vertebral dos direitos fundamentais.

De acordo com Scaff (2011), a judicialização ou controle judicial de assuntos de repercussão política ou social deve-se à redemocratização do país, e destaca como seu ponto de maior relevância a promulgação da Constituição de 1988. Na concepção de Luís Roberto Barroso, a magistratura recuperou-se no que diz respeito às garantias deixando seu caráter técnico e especializado para se tornar um verdadeiro poder que faz prevalecer determinações da Constituição, mesmo se for necessário um confronto com os demais Poderes: Executivo e Legislativo. E sintetiza seu pensamento:

No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. A redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (BARROSO, 2008, p.1).

A importância da saúde no contexto constitucional dos direitos fundamentais sociais está também vinculada à proteção do Judiciário, pois todo aquele que bate à porta de Justiça tem que receber o provimento da pretensão requerida, no termo de ordenamento jurídico.

Entende-se que a interferência do judiciário não pode chegar ao ponto de lesar direitos de outros, já que quando é imposta uma obrigação ao poder



público de fornecer determinado medicamento a uma pessoa e tal medicamento não compõem suas listas, o poder público terá que deixar de comprar medicamentos de uso comum, para atender a determinação judicial e satisfazer interesses individuais.

Os casos concretos trazem a questão constitucional onde se garante o direito, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, os ilustres magistrados, têm determinado que o Poder Público forneça os medicamentos pleiteados, sob pena de aplicação de multa diária, em caso de eventual descumprimento, conforme verifica em algumas decisões interlocutórias proferidas nesta comarca de Lavras:

[...] concedo a tutela pleiteada pelo autor, para determinar que lhe seja fornecido o medicamento "Aclasta", nas quantidades descritas no relatório médico anexo, no prazo máximo de dez dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, por eventual descumprimento, limitada ao valor de R\$ 4.000,00.( Proc. 0079351-57.2010.8.13.0382 ACP).

[...] concedo a tutela pleiteada pelo autor, para determinar que lhe seja fornecido os medicamentos Tizanidina 2mg, Baclofeno 10mg, Oxibutinina 5mg, Doxazosina 1mg e Clonazepan 2,5mg, nas quantidades descritas no relatório médico anexo, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, por eventual descumprimento, limitada ao valor de 10.000,00.(Proc. 0138819-49.2010.8.13.0382 ACP).

Nesses casos, há de ressaltar que o Município foi compelido a fornecer medicamentos não constantes nas listas básicas e caso não adquirisse os referidos medicamentos seria aplicada uma multa, a qual na maioria das vezes é revertida a favor do autor da ação, ou do beneficiário, quando é caso de Ação Civil Pública, para que os mesmos possam adquirir os medicamentos que necessitam, fato este que acarretaria prejuízo aos outros munícipes, já que o poder público teria que dispor de parte dos recursos para atendimento de interesse individual.

Nos exemplos abaixo, o Município de Lavras - MG foi compelido a fornecer vários medicamentos a determinadas pessoas, inclusive medicamentos não constantes nas listas básicas. Em Agravo de Instrumento interposto junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, este concedeu efeito suspensivo ao mesmo, para afastar a responsabilidade do Município de Lavras em fornecer os medicamentos não constantes nas listas básicas:

[...] os autos tratam de agravo de instrumento interposto em face de decisão (fls. 42-43/TJ; fls. 22-23 dos originais) que, nos autos de ação civil pública, concedeu a antecipação da tutela requerida pelo autor, ora agravado, compelindo o Município de Lavras, ora agravante, a fornecer os medicamentos LOSARTAN 50MG, CAVEDIOL 6,2MG, FUROSEMIDE 40MG, ALDECTONE 25MG, PURAN T4 50MG, SINVASTATINA 20MG, ISORDIL ou SUSTRATE, PAROXETINE ou similares, em quantidade suficiente ao seu tratamento, conforme prescrição médica, no prazo de vinte dias, até posterior decisão judicial... quanto aos medicamentos PURAN e PAROXETINE, eis que os mesmo não se incluem no Componente Básico da Assistência Farmacêutica (Portaria MS n. 2.982/2009). O fornecimento desses remédios foge então à responsabilidade municipal. O Município, ente federativo de recursos mais escassos, não pode ser compelido assumir atribuições do Estado ou da União, sob pena de ter a prestação de serviços ordinários, a favor da coletividade municipal, prejudicada. (AI 1.0382.10.014491-6/001 – ACP).

[...] trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Lavras, contra decisão oriunda do digno juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Lavras, em autos de Ação Civil Pública, que consistiu em deferir a liminar, determinando que o agravante forneça em favor dos interessados os medicamentos descritos na inicial, ou similares, no prazo de 20 dias, em quantidade suficiente para o tratamento, conforme prescrição médica, até posterior decisão judicial [...] com essas considerações e razões de decidir, dou provimento parcial ao recurso, para determinar ao Município que forneça os medicamentos pleiteados com exceção daqueles de competência do Estado de Minas Gerais, devendo haver a retenção da receita médica, e sempre que possível ser

observado o princípio ativo em detrimento do medicamento de marca (AI 1.0382.10.014494-0/001 – ACP).

Ainda, é necessário ressaltar a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, impetrado em face do Município de Lavras e do Estado de Minas Gerais, em que a impetrante requer o fornecimento de determinado medicamento, considerado excepcional. Nesse caso, o juiz “*a quo*”, concedeu a segurança e determinou que os impetrados disponibilizassem o medicamento à impetrante.

Ocorre que, a sentença foi reformada, sob o fundamento de que o particular deve reclamar do Município aqueles medicamentos incluídos na sua esfera de atribuição e do Estado os medicamentos excepcionais. O relator do caso, Desembargador Eduardo Andrade, acrescenta ainda que se os recursos públicos são escassos, principalmente os municipais, estes devem ser harmonizados para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais.

Segue abaixo a ementa do referido caso:

MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO FORNECIDO PELA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE – AUSÊNCIA DE PROVA DA REAL EFICÁCIA DO MEDICAMENTO – SENTENÇA REFORMADA. Se os recursos públicos são escassos, principalmente os municipais, devem ser harmonizados para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais. Portanto, o particular deverá reclamar do Município aqueles medicamentos incluídos na Farmácia Básica e do Estado os medicamentos excepcionais, assim definidos através de Portaria expedida pelo Ministério da Saúde, não se afigurando razoável que um ente responda pelas atribuições do outro, sem qualquer previsão orçamentária para tanto. Na hipótese, não houve prova quanto a real eficácia e indispensabilidade do medicamento pleiteado em relação aos medicamentos oferecidos pelo SUS, o que inviabiliza a concessão da segurança ( RN – 1.0382.09.108882-5-002 -MS).

Verifica-se que a maioria esmagadora do Judiciário principalmente de primeira instância, não tem analisado a questão de competências dos entes da

federação, prevista no art. 23, da Constituição Federal e têm determinado que os Municípios forneçam qualquer tipo de medicamento pleiteado.

Ao contrário da maioria das decisões, algumas Câmaras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, vem analisando a competência material de cada um dos entes da federação e tem dividido a obrigação quanto ao fornecimento de medicamentos, deixando a cargo do Município os medicamentos constantes nas listas básicas e do Estado o fornecimento de medicamentos excepcionais.

### **3.3 Controle de Constitucionalidade**

O controle de Constitucionalidade, como o próprio termo diz, é o controle que se tem sobre a aplicação da Constituição. Dessa forma, a definição de Constituição, segundo Moraes (2012, p.6) é:

Constituição, lato sensu, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

A constituição deve ser respeitada e acatada por todos os componentes do Estado, diante da força normativa que dela decorre, conforme salienta Tavares (1998, p.6-7):

A partir do momento em que a comunidade fixa seus princípios, seus fundamentos basilares, numa Lei Maior, ganha grande importância a forma pela qual será esta compreendida e aplicada. A Constituição, além de pairar acima de qualquer outra norma jurídica escrita, que não poderá com ela conflitar ou contrapor-se validamente, exerce uma outra sorte de influência, já que igualmente se encontra ela acima de todos os poderes do Estado, posto tratar-se sempre de poderes que foram por ela mesma

constituídos e, nessa medida, que a ela devem obediência.

Por sua vez, a Constituição não é um documento de disposições rígidas, determinadas com precisão e rigorismo absolutos. Trata-se de uma entidade viva, que interage com a situação histórica, com o desenvolvimento da sociedade, e só assim é que cumpre seu papel regulador.

Como a constituição é uma norma hierarquicamente superior as demais do ordenamento jurídico estatal, pelo que devem-se buscar meios para garantir que as leis e demais normas estejam em harmonia com ela, retirando do sistema normativo as leis inconstitucionais.

De onde, surge o controle de constitucionalidade, mecanismo este que visa garantir a segurança jurídica dentro do sistema normativo e, por conseguinte, a supremacia constitucional.

Nas palavras de Temer (2008, p. 40-41):

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão. Pressupõe, necessariamente, a supremacia da Constituição; a existência de escalonamento normativo, ocupando a Constituição o ponto mais alto do sistema normativo.

(...)

Por isso, tais atos são presumidamente constitucionais até que, por meio de fórmulas previstas constitucionalmente, se obtenha a declaração de inconstitucionalidade e a retirada de eficácia daquele ato ou a concessão de eficácia plena (no caso de inconstitucionalidade por omissão).

A idéia de controle está ligada, também, à de rigidez constitucional.

De fato, é nas Constituições rígidas que se verifica a superioridade da norma magna em relação àquela produzida pelo órgão constituído. O fundamento do controle, nestas, é o de que nenhum ato normativo - que necessariamente dela decorre - pode modificá-la.

Da rigidez constitucional resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder

inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

Machado (2012, p.67-68) traz à tona o controle de constitucionalidade no sistema democrático:

Assim, encontram-se os chamados controles de constitucionalidade, que promovem preventivamente a eficácia do princípio da presunção de constitucionalidade, por meio da função legislativa e da função executiva. Preponderantemente, o legislativo, por conta da Comissão de constituição e Justiça, que promove a análise da adequação vertical das normas em face da Constituição, quer formal, quer matéria; o Executivo, por conta do veto jurídico, que se manifesta pela inconstitucionalidade havida no processo legislativo.

Verifica-se que os processos de escolhas políticas dependem de um mover procedimental que as instituições devem obedecer, no exercício das competências atribuídas a cada uma das funções, legitimando suas atividades com a conseqüente presunção de constitucionalidade que decorre da própria supremacia da Constituição.

O processo legislativo possui presunção de constitucionalidade, que poderá ser constatada, e também exigido o teste de validade no controle de constitucionalidade, quer na ação, quer na omissão, ou seja, por todas as variantes de iniciativas.

Foi adotado pela constituição de 1988, um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis, quais são, o “difuso” e o “concentrado”. O sistema difuso, que recebeu este nome porque toda instância judiciária pode decidir acerca da constitucionalidade, no caso concreto, tem origem americana na Suprema Corte dos Estados Unidos, com o caso “Willian Marbury versus James Madron”, julgado em 1803, pelo presidente da Corte, John Marshall. (BARROSO, 2004, p.4)

O sistema concentrado de controle, de origem Austríaca, também chamado de abstrato ou via de ação, trás em sua essência a possibilidade de analisar a inconstitucionalidade, somente determinado órgão, designado por Tribunal ou Corte Constitucional; tendo como precursor Kelsen (2009, p.303), em teoria pura do Direito:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como 'inconstitucional' não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

O Brasil, em sua Constituição de 1988 aplicou a utilização do sistema misto de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado, com maior ênfase ao concentrado com a ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade, via de ação, a fim de torná-lo mais efetivo, conforme Barroso (2011, p.286):

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato ou concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, com a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Com isso, percebe-se que o controle de constitucionalidade, pelo sistema difuso, é atribuído aos diversos órgãos do Poder Judiciário, onde cada magistrado pode deixar de aplicar, ao caso concreto que lhe for submetido, ao qual somente a este dará efeito, uma determinada norma jurídica, quando a repute viciada de inconstitucionalidade. Nesse caso, o STF tem como função decidir a respeito da inconstitucionalidade enquanto última instância.

Ao passo que, no que se refere ao sistema concentrado, cabe ao Supremo Tribunal Federal à guarda da Constituição (Brasil 1988), via:

- 1) A ação direta de inconstitucionalidade - Controle abstrato de normas, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, a, c/c o art. 103). O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade bem como ao Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.
- 2) Ação declaratória de constitucionalidade - A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto da ação declaratória de constitucionalidade, firmando competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, corrigiu em parte o modelo restritivo da EC 3/1993, estabelecendo que estariam legitimados para ADC os mesmos legitimados para a ADI.
- 3) Arguição de descumprimento preceito fundamental - “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma lei” (art. 102, § 1º). (Ministro Sepúlveda Pertence, voto ADPF – QO, DJ 07.11.2003)
- 4) Incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento - Lei nº 9.882, de 1999, regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental.
- 5) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – A ação direta por omissão tem aplicação restrita.



6) A reclamação para assegurar o cumprimento de decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade - O Supremo Tribunal Federal considerava, inicialmente, inadmissível a reclamação em sede de controle abstrato de normas. Com o advento da Emenda Constitucional nº 3/1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, admitiu-se, expressamente, a reclamação para preservar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal no julgamento de mérito na ação declaratória.

### **3.4 Judicialização e Ativismo Judicial**

A Judicialização é fruto do Estado Democrático de Direito onde o acesso ao Judiciário é um direito constitucional, envolvendo uma transferência de poder aos juízes e tribunais. O ativismo, por sua vez, é uma escolha, uma atitude pró-ativa do Judiciário em interpretar a Constituição alargando seu alcance e tendo maior amplitude em seu julgamento.

Judicialização e ativismo judicial se referem a um processo de expansão decisório do poder judiciário em direção à esfera de competência tradicionalmente exercida pelos demais poderes. Todavia, não possuem a mesma origem, tampouco “são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas” (BARROSO, 2009, p.6).

Ativismo judicial e judicialização são apontados por Bandeira de Mello (2008, p.101) como duas situações diferenciadas em que a judicialização representa, em grande parte, a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal. No seu entendimento “a judicialização é fato”. E complementa ao explicar que “A judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário; é a circunstância do modelo constitucional que nós temos” E ainda explica que ao contrário da judicialização, “o ativismo não é fato, mas atitude”. Ocorre quando há um *déficit* de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis.

Evidencia o exemplo da fidelidade partidária, quando o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu, e o Supremo Tribunal Federal confirmou norma não prevista na Constituição em nome do princípio democrático. Para ele, a demanda para acabar com o troca-troca de partido não foi atendida pelas instâncias políticas competentes.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Barroso (2009, p. 4) afirma que:

O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

A inércia do legislativo ou a influência do Executivo propicia maior campo de atuação do Judiciário, conforme o entendimento jusfilosófico, há falta de democratização nas decisões do judiciário em razão de seus membros não terem sido eleitos pelo povo.

Já no pensamento de Favetti (2003, p.34), quanto à judicialização da Política, para ele constitui “fenômeno no qual há uma transferência do conflito político de sua arena própria (arena política) para uma arena jurídica”.

Quanto aos tipos de Ativismo, Gomes (2013, p.1) afirma que há duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado).

Neste último caso, o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, e sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

Acerca da concretização do ativismo judicial, Barroso (2009, p. 6) delimita:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nunes (2011) salienta que “quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária”.

Depreende-se desse pensamento que se torna mais relevante a efetivação do direito à saúde do que a discussão em torno de equilíbrio e harmonia dos três poderes constituídos em razão da existência dos mesmos serem para que a Constituição seja obedecida e direitos não sejam violados, mas concomitantemente a democracia exige obediências às funções de cada poder sem que o exagero desequilibre a harmonia entre eles.

Cumprir lembrar que ao Executivo cabe o papel de administrar o bem público com vistas ao interesse público e assim dar respostas favoráveis à sociedade que confiou no ente estatal, a administração da saúde, educação, moradia, dentre outras necessidades como reza o art. 6º da Constituição Federal de 1988, dos direitos sociais.

O cidadão é o único destinatário das ações e da gestão dos recursos públicos para atender-lhes as necessidades básicas de que necessita para sua sobrevivência digna, por isso, a administração além de deter influências políticas, precisa também estar preparada para administrar com conhecimento e competência o bem público, visando o interesse do cidadão.

As políticas públicas são o caminho para a efetivação dos direitos sociais e para isso o Poder Executivo deve pautar-se pela efetividade na

administração pública, que segundo Meirelles (2007, p.189), “se afere a que medida os resultados de uma ação trazem benefícios à população”.

Atualmente a interferência do poder Judiciário no controle das políticas públicas tem se manifestado principalmente no que tange ao direito fundamental à saúde.

“A judicialização da saúde, é o uso da via judicial para solicitar atendimento médico, medicamento ou insumo terapêutico” (DOMINGUEZ, 2010, p.08).

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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Diante da ineficácia e ineficiência do Executivo em efetivar políticas públicas para a saúde, o Judiciário acaba por ter que intervir nos casos de urgência com vistas na teoria do mínimo existencial.

O Ministro Barroso (2009, p. 6) explica que o ativismo judicial é “primo” da “judicialização da vida”, a qual, em sua concepção, significa:

que algumas 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 – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Os referidos fenômenos são comuns aos Estados com uma divisão de funções de forma expressa na legislação. Para Barroso (2009, p.3 e 4), alguns dos acontecimentos expressam uma tendência mundial, e alguns são inerentes

ao modelo institucional brasileiro, sistematizando três grupos de causas da judicialização:

Redemocratização, que teve como ponto culminante a Constituição de 1988, expandiu muito a participação política do judiciário. Recuperou as garantias da magistratura e com a nova tendência do STF, após o fim do governo militar, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”. No mais, a redemocratização aumentou a demanda judicial na sociedade no Brasil, em busca de seus interesses perante Juízes e Tribunais (BARROSO, 2009, p.3).

Ainda no que se refere às causas dos fenômenos de Judicialização e Ativismo, Vieira (2008, p.446) cita que a consequência da expansão da Judicialização foi à ampliação do volume de matérias trazidas para o corpo da Constituição de 1998, matérias que até então eram delegadas ao processo político majoritário e à leis ordinárias ganharam evidência na Constituição, detalhando assuntos como família, idoso, saúde, meio ambiente, criança e adolescente, educação, consumo, dentre outros.

A Constituição Federal transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais econômicas e públicas, em uma espécie de compromissos maximizados. Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liberado pelo texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme área de tensão constitucional e conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional (VIEIRA, 2008).

É de se evidenciar que as instâncias superiores do Poder Judiciário vêm decidindo de forma favorável aos pedidos em ações interpostas mediante o não cumprimento pelo Estado das políticas públicas para a saúde onde a Constituição e as leis regulamentares asseguram esse direito, comprovando assim, a total obediência às determinações constitucionais de um Estado constitucionalizado.

Ainda segundo Vieira (2008, p.447) pode-se afirmar que:

existe uma crítica a respeito do modelo brasileiro quando se refere à competência superlativa do Supremo Tribunal Federal, afirmando a atribuição da corte às funções que poderiam estar divididas em ao menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de últimas instâncias.

Em 23 de abril de 2008, época da posse do Ministro Celso de Mello, então presidente da Corte, o ministro Gilmar Mendes, chamou a atenção para o trabalho do Supremo Tribunal Federal como guardião incondicional da Constituição Federal, evidenciando que não se pode censurar eventual ativismo judicial e declarou:

Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro. Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos. Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (BANDEIRA DE MELO, 2008).

Para melhor visualização do ativismo, se faz necessária mencionar o autocontenção do judiciário, que segundo o ministro Barroso (2009, p7), o oposto ao ativismo é a autocontenção, comportamento do judiciário pelo qual se restringe voluntariamente o espaço de incidência da Constituição em favor das instancias tipicamente políticas, assim os juízes e tribunais:

Evitam aplicar diretamente a constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (2) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (3) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

O juiz, dentro do contexto da judicialização, nunca poder agir a não ser em nome de uma vontade política preexistente, que não é a dele; é a que está na Constituição ou na lei”. E as políticas públicas são “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados (OLIVEIRA, 2006, p. 251).

Vem daí a judicialização da saúde diante da omissão em implantar políticas públicas para a saúde e, em algumas situações mais gravosas, o ativismo judicial, ou melhor, o controle que um poder pode ter sobre o outro, em suas funções atípicas, em via de desobediência e violação de direitos fundamentais.

A tutela da saúde da população é dever do estado tanto para cura de doenças quanto para a prevenção de doenças em razão de ser indissociável o direito à vida, vindo dessa interpretação que ambos os direitos são fundamentais.

Com embasamento em Ordacgy (2011, *on line*) é pertinente ressaltar que “a Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida”.

Entretanto, Machado (2012, p.113) atenta para um importante ponto:

Enquanto instituição política, a principal competência da função jurisdicional é controlar a constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos produzidos pelo Legislativo ou pelo Executivo. Como guardião da Constituição espera-se que controle o exercício do poder pelas demais instâncias do Estado, de forma a assegurar a vontade do Poder Constituinte. Como realizar sua missão, sem que o Judiciário se torne o único detentor do poder?

Scaff (2011, p. 93) assevera: “o próprio STF tem sustentado a tese de que cabe ao Poder Judiciário, a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e a efetivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos”.

Porém, não se pode deixar de olvidar que é necessário observar que o corolário de uma democracia sólida ainda se sustenta na tripartição dos três poderes, pois nenhum poder pode conter mais de uma função, ao contrário, o passado monárquico e despótico poderá estar retornando em forma de Poder Judiciário ao causar o desequilíbrio tão necessário à democracia participativa.

Por esse motivo, muitos doutrinadores veem com cautela o ativismo judicial e atentam para os excessos que podem abalar a democracia, assim cada caso deve ser cuidadosamente analisado para aplicar o que for mais adequado.

### **3.5 Algumas Críticas ao Controle Judicial de Políticas Públicas**

O primeiro aspecto de críticas ao controle judicial de políticas públicas consiste no fato de seus membros não serem escolhidos através de processo eleitoral, com isso não seriam legítimos para rever as escolhas dos membros do Legislativo (sistema majoritário), sendo estes eleitos pelo povo para representá-lo, de acordo com APPIO (2005, p.151 e 157-158):

A substituição do legislador-administrador público pela figura do Juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas.  
(...)



O conteúdo das decisões políticas não pode ser objeto de revisão judicial, pois sua legitimidade decorre do sistema representativo.(...)

O controle judicial da formulação de políticas públicas pressupõe a substituição da vontade dos membros dos demais Poderes pela vontade dos Juizes, ou seja, a substituição de um ato de vontade de agentes estatais eleitos pela vontade dos não eleitos.

É questionado, dessa forma a invasão do judiciário ao espaço próprio da política majoritária. Os críticos insistem que as políticas públicas, objeto constitucionalmente estabelecido, mesmo possuindo os princípios constitucionais, conferem espaço discricionários para estabelecimento das políticas públicas no qual não cabe ao judiciário, sob pena de quebra da independência das funções do Estado.

Outra crítica refere-se à ilegitimidade do Juiz para sobrepor as suas escolhas àquelas feitas pelos representantes do povo (Executivo), também pelo fato de apenas os últimos serem eleitos por voto direto.

A política pública, em sua maioria, segue os preceitos constitucionais, de modo a constituir bem considerados essenciais à dignidade da pessoa humana e para o regular o funcionamento do Estado Constitucional Democrático.

A Administração Pública, ao formular as políticas públicas, age em cumprimento estabelecido pela Lei. Nesse aspecto, cabe ao judiciário fiscalizar a adequação, pautado em fundamentos jurídicos, morais ou técnico-científicos. No caso de inadequação caberá ao judiciário controlar a política formulada (CAMBI 2009, p.270).

De acordo com Barcellos (2010, p.115):

Inexiste qualquer desses três fundamentos - jurídico, moral ou técnico-científico – incide perfeitamente a crítica examinada neste ponto.

Não haverá fundamento algum, legítimo, com base no qual o Juiz possa fazer a sua opinião prevalecer sobre a dos agentes públicos democraticamente eleitos.

Se o Juiz não pode recorrer a um fundamento normativo claro, o que traz em si a legitimidade democrática própria associada a sua elaboração e se sua decisão não se reconduz a um imperativo moral ou técnico, sua opinião, na realidade, é apenas isso. Uma opinião, sem qualquer

valor intrínseco especial. E entre opiniões equivalentes, terá maior valor aquela que conta com o apoio da maioria, ainda que indiretamente.

No mesmo sentido APPIO, (2005, p.137) afirma que:

A formulação das políticas públicas não previstas expressamente na Constituição está ancorada num sistema de democracia procedimental, não sendo possível a formulação de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário.

Com base no estudo, pode-se afirmar que só não é legítimo o controle judicial, quando a política pública formulada não for diretamente decorrente dos preceitos constitucionais e legais.

A última crítica trazida decorre do fato de que o Poder Judiciário não teria capacidade em compreender e lidar com o contexto global de tais políticas, o que distorceria a efetivação dos direitos, decorrente do fato de o julgador estar preocupado com solução de casos concretos, e não possuir elementos para avaliar a ação estatal no todo, conforme APPIO (2005, p151), o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública.

Assim, o controle judicial das políticas públicas deveria recair sobre o contexto de seu planejamento, por meio do controle jurídico de suas metas e objetivos.

## CONCLUSÃO

Verificou-se que, durante séculos, a saúde no Brasil, um direito fundamental social, não esteve na pauta de políticas públicas para toda a população, mas sim apenas para os segmentos que contribuíam e recebiam atendimento, sendo mudado este cenário com o surgimento do Sistema Único de Saúde que só logrou êxito, após iniciativas populares e de profissionais da saúde.

Atualmente, ainda são enfrentadas dificuldades para a prestação de um serviço que venha realmente suprir as necessidades da população mais carente e dependente do SUS. Em respeito à Teoria do Mínimo Existencial cumpre ao Estado a garantia da necessidade do reconhecimento de certos direitos subjetivos com prestações que se concretizem mediante os recursos materiais mínimos para a existência do indivíduo, dos quais pode-se evidenciar os recursos que possibilitem a prevenção de doenças e a cura daquelas já instaladas, pois sem saúde, compromete-se a existência humana.

Os direitos fundamentais do cidadão foram sendo reconhecidos ao longo da história e atualmente ganharam importância, principalmente os que se referem à saúde.

Assim, o Poder Judiciário vem intervindo de forma significativa no controle das políticas públicas de saúde. Essa intervenção não fere o princípio da separação dos três poderes do Estado, quando aplicada em casos específicos, tomando-se como base a teoria do mínimo existencial. O Princípio da Separação dos Poderes não deve ser encarado como uma forma estanque devendo ser flexibilizado, adequando-se às necessidades atuais, sem que haja uma ruptura do sistema de “pesos e contrapesos” historicamente conquistados.

Porém, deve-se tomar como exceção os casos de aplicação da teoria da “reserva do possível fática”, onde o Poder Executivo não tem condições reais de efetivação desse direito, por não possuir verba suficiente para prover cada caso específico.

Para o estudo da intervenção do judiciário no controle das políticas públicas, é necessário que se lance um novo olhar para a Constituição no que

se refere e essas políticas, para que se sobreponha a conjuntura político-econômica, e que se faça aplicar na proteção dos direitos fundamentais.

Em função de tudo que foi visto, e se questiona, cabe a resposta de até onde o judiciário poderá intervir nas funções dos demais poderes do Estado, em especial nas políticas públicas de saúde, sem que se perca o equilíbrio das funções do Estado. A busca do equilíbrio das decisões com fundamento no cumprimento da legislação e nos preceitos constitucionais pode ser o melhor caminho para se evitar a usurpação de funções ou poderes do Estado.

No momento, a melhor posição encontrada seria a análise pelo judiciário de casos concretos relacionados à saúde, onde se perceba a omissão do Estado, até que os poderes: executivo e legislativo se estruturarem melhor no sentido de atender aos interesses dos cidadãos em relação aos direitos sociais, mais especificamente no que se refere à saúde, por se tratar de garantia constitucional.

Esta seria a melhor maneira de evitar discussões polêmicas e desnecessárias e partir para a resolução efetiva dos problemas que tanto afetam a população como é o caso do atendimento a saúde, e manter o equilíbrio e harmonia entre os três poderes, abalados pela intervenção nas políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Ricardo Pinha. **Os Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas**. Tese doutoramento PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP, 2012.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. **Da liberdade religiosa como direito fundamental: Limites, proteção e efetividade**. Revista Argumenta. n. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101-132.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo:Malheiros. 2002.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In. TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acessado em 05 de dezembro de 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo/SP, Ed. Saraiva, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, n. 08, jan. 2000. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev\\_08/arg\\_descump\\_Juliano.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm). Acesso em: 10 de jan. 2014.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, p.512-525, 2002.

\_\_\_\_\_. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v.14, n.40, p.155-176, set./dez. 2000.

\_\_\_\_\_. ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2008.

BORGES NETTO, André L. **A Razoabilidade Constitucional** (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). 2005. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_12/razoab\\_const.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_12/razoab_const.htm) Acesso em: 12 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **Departamento de Atenção Básica**. Brasília. Ministério da Saúde, 2002.

\_\_\_\_\_. Ministério da saúde. Sistema único de saúde (**SUS**). **Atendimento**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/atendimento>. Acesso em: 20 de jan. 2014.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**. Brasília: UnB, 1997.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

COHN, Amélia. A Reforma sanitária brasileira: a vitória sobre o modelo neoliberal. **Medicina social**, v.3, n.2, maio, p. 33-48, 2008.

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

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Ilton Garcia. **Direito Educacional e a Formação no Ensino Jurídico.** Revista de Direito e Política, v. VIII, p. 109-122, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOMINGUEZ, Bruno. Um freio na judicialização: associação entre saúde e justiça aponta caminhos para o bom uso da lei. **Radis comunicação em saúde.** Rio de Janeiro, n. 92, p. 8-9, abr. 2010.

FAUSTO, Boris. **A Revolução de 1930:** historiografia e história. São Paulo: Brasiliense, 2000.

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de constitucionalidade e política fiscal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

FERNANDES, V. **A Teoria dos Três Poderes.** 2010. Disponível em: <http://www.sohistoria.com.br/ef1/trespoderes/>. Acesso em: 22 de jan. 2014.

FERNANDES. Antonio Sergio Araújo. Políticas Públicas: Definição evolução e o caso brasileiro na política social. In: DANTAS, Humberto e JUNIOR, José Paulo M. (orgs). **Introdução à política brasileira,** São Paulo. Paulus. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** Volume I-artigos 1º. a 103. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Lições de direito constitucional e teoria geral do Estado.** Belo Horizonte: Lê, 1991.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. 2009.** Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/americo\\_freire.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/americo_freire.htm). Acesso em 16 de fev. 2014.

GOMES, Luís Flávio. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** 2013. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/mobile/mig\\_materia.aspx?cod=87133](http://www.migalhas.com.br/mobile/mig_materia.aspx?cod=87133). Acesso em: 12 fev. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, J.D.R. **As funções do Estado, o princípio da legalidade e a separação de poderes no Estado Democrático de Direito**. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25053/as-funcoes-do-estado-o-principio-da-legalidade-e-a-separacao-de-poderes-no-estado-democratico-de-direito> Acesso em: 10 jun. 2014.

MACEDO, L. **Origem do Direito Administrativo**. 2011. Disponível em: [www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Discente/05](http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Discente/05)>. Acesso em: 23 set. 2014.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo inglês. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 452, 2out.2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5768>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

MEDEIROS, Marcelo. **A trajetória do Welfare State no Brasil: papel redistributivo das Políticas Sociais dos anos 1930 aos anos 1990**. Brasília: IPEA, 27p. dez. 2001.

MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEKSENAS, Paulo. **Cidadania, Poder e Comunicação**. São Paulo: Cortez, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível**. Processo nº 1.0024.05.695904-2/002. Relator: Desembargador Albergaria Costa. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 08 set. 2011.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOTA, P.A.S.N. O Estado: O Papel de suas funções e de seus três poderes. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-estado-o-papel-de-suas-funcoes-e-de-seus-tres-poderes,40093.html> Acesso em: 11 jun. 2014.



NUNES, António José Avelãs. **Os Tribunais e o Direito a saúde**. 2011. Disponível em: <[http://www.uc.pt/fduc/corpo\\_docente/anunes](http://www.uc.pt/fduc/corpo_docente/anunes)>. Acesso em: 05 mai. 2014.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 251.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2011. Disponível em: < [http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo\\_saude\\_andre.pdf](http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf) >. Acesso em: 17 jan. 2014.

PAIM, Jairnilson Silva. **Organização em serviços de saúde: modelos assistenciais e práticas de saúde**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/10%20PAIM%20decimo%20arquivo.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2014.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **As dimensões de Direitos Fundamentais e necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações**. Disponível em: <<http://www.aems.com.br/publicacao/educacaoatual/sumario/downloads/2013>>. Acesso em: 2 jan. 2014.

POZZOLI, I. **Direito como função promocional da pessoa humana**. Em Tempo (Marília), Marília, Sp, v. 2, n.1, p. 62-67, ago. 2000.

**PRINCÍPIOS DA DEMOCRACIA**. Disponível em: <http://www.embaixada-Americana.org.br/democracia/executive.htm>. Acesso em: 12 dez. 2013.

REALE, M. **Filosofia do direito**. São Paulo, Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2001.

RIO GRANDE DO NORTE Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.335/RN, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 30/4/2010. Disponível em: Disponível em <http://www.tjrn.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2011.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SALAZAR, Andrea Lazzarini/ GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SANTOS, J.M. de C.; DIAS, J. de A. **Repertório enciclopédico do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v.7, 1947.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 192p.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAFF, F. **Tribunais e o Direito à Saúde, os Estados e Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Ângela Cristina Lourenço. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Boreal, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.83.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação**. Curitiba PR: Juruá Editora, 2007.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Estado Democrático de Direito. Separação de poderes esúmula vinculante. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2009, 31dez.2008. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/12155>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. **Verba Juris**, ano 7, n. 7, jan./dez. 2008.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, n.16, p.20-45, jun./dez. 2006.

SPÓSITO, Marília Pontes, et al. Juventudes e políticas públicas no Brasil. **Revista Brasileira de Educação**. São Paulo, set/out./nov./dez, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 15ª ed., 2008.

VALLANCE, Edward. **The Glorious Revolution**. 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/history/british/civil\\_war\\_revolution/glorious\\_revolution\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/british/civil_war_revolution/glorious_revolution_01.shtml)> Acesso em: 16 dez. 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v.4, n.2, p.441-464, jul.-dez. 2008.

## REFERÊNCIAS / LEGISLAÇÃO - JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 18 de jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil.** Riode Janeiro, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 22 de jan.2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em 22 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição Brasileira de 1937.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em 22 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Riode Janeiro, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em 22 de jan.2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 22 jan. de 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] 20 set 1990; Seção I, Pt. 1, p. 18055-59.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. [citado 2006 Nov 18]. Disponível em: <http://www.soleis.adv.br/suscomunidade/recursos.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível**. Processo nº 1.0309.08.023666-9/001. Relator: Desembargador Manuel Saramago. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudência>. Acesso em: 08 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível**. Processo nº 0079351-57.2010.8.13.0382. Relator: Desembargador Armando Freire. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudência>. Acesso em: 08 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Decisão Interlocutória**. Processo nº 0138819-49.2010.8.13.0382. 2ª Vara Cível. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento**. Processo nº. 1.0382.10.014491-6/001. Relator: Desembargador Brandão Teixeira. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudência>. Acesso em 08 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento**. Processo nº.. 1.0382.10.014494-0/001 Relator: Desembargador Armando Freire. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudência>. Acesso em 08 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento**. Processo nº.. 0249315-30.2010.8.13.0000. Relator: Desembargador Albergaria Costa. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudência>. Acesso em 08 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento**. Processo nº 1.0024.05.699022-9/001. Relator: Desembargador Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudência>. Acesso em 08 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança**. Processo nº . 1.0382.09.108882-5-002 Relator: Desembargador Eduardo Andrade. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/jurisprudência>. Acesso em 08 set. 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.044, de 05 de maio de 2010**, que aprovou a 7ª edição da Relação Nacional de Medicamentos Básicos e Essenciais – RENAME. Disponível em: <http://www.saude.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1254/GM, de 29 de julho de 2005**, que constituiu a comissão que aprovou a RENAME. Disponível em: <http://www.saude.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2011.