

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

MANOEL CARLOS FERREIRA DA SILVA

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

MANOEL CARLOS FERREIRA DA SILVA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí-SC

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente à Universidade do Vale do Itajaí pela importante oportunidade de qualificação profissional proporcionada à comunidade do Município de Guarapuava, em convênio com a Faculdade Guarapuava. Aos Professores Doutores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica fica minha gratidão, pois muito do que evolui foi por causa de seus ensinamentos. Agradeço ao Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão, pela disponibilidade e orientações que contribuíram sobremaneira para a conclusão desta pesquisa. Sem esse conjunto de esforços, este trabalho não se concretizaria.

DEDICATÓRIA

Dedico essa Dissertação à minha amada Alinne Marcondes Pavelski da Silva, esposa presente a qual superou todas as dificuldades, com seu apoio incondicional durante meus dois anos neste curso de Mestrado.

João Carlos Ferreira da Silva e Noeli Ribas Hey Moletta, Pai e Mãe, vocês me convenceram de que meu potencial é maior do que imagino.

Neide Hiroko Takata, você me fez acreditar que, por maiores e desesperadores que sejam os desafios do trabalho, a qualificação profissional é sempre possível.

Daniel Tille Gaertner, amigo, sua mágica insistência contribuiu incomensuravelmente para eu ingressar neste curso, concluí-lo e gerar este trabalho.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 2014.

Manoel Carlos Ferreira da Silva
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
AMPASA	Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CECA	Comunidade Econômica do Carvão e Aço
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPG	Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
DPOC	Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica
GM	Gabinete do Ministro
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
ITCMD	Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação
IPVA	Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
ISS	Imposto sobre Serviços de qualquer natureza
MS	Ministério da Saúde
TJAL	Tribunal de Justiça de Alagoas
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
 INTRODUÇÃO	 12
 1 PROCESSO HISTÓRICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	 14
1.1 PRINCIPAIS TESES DE JUSTIFICAÇÃO DA ORIGEM DO ESTADO.....	14
1.2 FORMAS DE ORGANIZAÇÃO POLÍTICA ANTERIORES AO ESTADO	16
1.3 ESTADO MODERNO.....	20
1.3.1 Estado Absolutista.....	22
1.3.2 Estado Liberal.....	23
1.3.3 O Estado de bem-estar ou <i>Welfare State</i>	24
1.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	26
 2 AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DEVER DE O ESTADO GARANTIR O DIREITO À SAÚDE POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	 29
2.1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
2.1.1 Direitos fundamentais de primeira geração.....	30
2.1.2 Direitos fundamentais de segunda geração.....	31
2.1.3 Direitos fundamentais de terceira geração.....	32
2.1.4 Direitos fundamentais de quarta geração.....	33
2.2 CRISE DE SOBERANIA, ESTADO DE POLÍCIA E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	34
2.3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E GARANTIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	38
2.4 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO ESTADO NO SENTIDO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE.....	40
 3 O PODER JUDICIÁRIO, AS DEMANDAS DOS CIDADÃOS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	 49
3.1 DOUTRINA FUNDAMENTADORA NAS DEMANDAS JUDICIAIS.....	49

3.1.1 A Reserva do Possível.....	49
3.1.2 O Mínimo Existencial.....	51
3.1.3 Princípio da Separação de Poderes.....	54
3.1.3.1 Construção da separação dos poderes no Brasil.....	55
3.1.3.2 Poder Político.....	57
3.1.3.3 Governo e distinção de funções do poder.....	58
3.1.3.4 Separação dos Poderes.....	59
3.1.3.5 Independência e harmonia entre os poderes.....	60
3.2 JURISPRUDÊNCIA RELATIVA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	61
3.3 AUDIÊNCIA PÚBLICA SAÚDE COMO MARCO IMPORTANTE PARA AS DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	74
3.4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ATIVISMO JUDICIAL.....	81
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 89
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	92

RESUMO

O Estado Democrático de Direito não tem tornado efetivo a todos o direito à saúde, o qual, conforme a Constituição da República, é direito fundamental que deve ser garantido na sua integralidade a todos os cidadãos. Em função disto, o Poder Judiciário acaba sendo o recurso mais buscado, considerando a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo. Com muita dificuldade, por causa do grande número de demandas dos cidadãos, que são inclusive repetitivas, o Poder Judiciário as tem julgado no sentido de efetivar o direito à saúde e fazer cumprir, dentro de sua competência, a função social do Estado. Considerando que este tende cada vez mais a deixar em segundo plano a efetivação dos direitos fundamentais, dentre estes o direito à saúde, para seguir o que o mercado globalizado determina, a finalidade da presente Dissertação foi buscar, por meio de pesquisa bibliográfica os conceitos operacionais propostos, legais e jurisprudenciais, que estruturam o Estado e averiguem se este, dentro da competência de cada um de seus Poderes, está ou não cumprindo efetivamente com sua função social na garantia do direito à saúde, por meio das políticas públicas e da política jurídica; se é legítimo ou não ao Estado deixar em segundo plano a garantia do direito à saúde aos cidadãos e seguir os ditames da economia globalizada; até que ponto cabe ao Poder Judiciário intervir, tendo em vista o inchaço das demandas da população; e, por fim, se o Poder Judiciário discute e implementa ações no sentido de decidir, corrigindo parcialmente a omissão das esferas Executiva e Legislativa, nos casos concretos. Para a formação dos conceitos operacionais, serão considerados o processo histórico do Estado, a construção dos direitos fundamentais no transcorrer do tempo e a análise da jurisprudência brasileira relativa à efetivação do direito à saúde. A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição e área de concentração Fundamentos do Direito Positivo.

Palavras-chave: Estado; Judiciário, Efetivação, Direito, Saúde.

ABSTRACT

The Democratic State of Law has not made effective all the rights to health that, according to the Brazilian Constitution, are fundamental rights that should be fully guaranteed for all citizens. As a result, the Judiciary Power ends up being the most sought after resource, in view of the failure of the Executive and Legislative Power. Because of the high number of repetitive demands from citizens, the Judiciary Power has great difficulty in judging them in the sense of effecting the right to health and enforcing, within its competence, the social function of the State. Considering that the State tends increasingly to relegate the enforcement of fundamental rights, including the right to health, to second place, in order to follow what the globalized market determines, the purpose of this Dissertation was to pursue, through bibliographic research, the proposed, legal and jurisprudential operational concepts that structure the State, and to determine whether the State is effectively fulfilling its social function in ensuring the right to health through public policy and legal policy, within the jurisdiction of each of its Powers; whether it is legitimate for the State to relegate the enforcement of the right to health for citizens to second place and follow the dictates of the global economy; to what extent it is up to the Judiciary Power to intervene, considering the high number of citizens' demands; and finally, whether the Judiciary Power discusses and implements actions to decide, partially correcting the omission of the Executive Legislative spheres, in concrete cases. For the formation of operational concepts, the historical process of the State, the construction of fundamental rights over time, and the analysis of Brazilian case law relating to the enforcement of the right to health will be considered. This Dissertation is part of the line of research Law and Jurisdiction, of the area of concentration Fundamentals of Positive Law.

Keywords: State; Judiciary Power, Effectuation, Law, Health.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. Os seus objetivos científicos são perquirir sobre a legitimidade ou não de o Estado deixar em segundo plano, nas políticas públicas, a garantia do direito à saúde e pesquisar sobre até que ponto o Poder Judiciário pode intervir para que o direito à saúde seja garantido em função das demandas dos cidadãos.

Foram levantadas para a pesquisa as hipóteses seguintes:

a) Hipótese 1: Há políticas públicas a respeito, mesmo assim o direito à saúde não é plenamente efetivado pelo Estado Democrático de Direito;

b) Hipótese 2: Não há legitimidade de o Estado deixar em segundo plano a efetivação do direito à saúde para atender prioritariamente às determinações de uma economia globalizada;

c) Hipótese 3: Efetivação plena do direito à saúde, pelo Poder Judiciário, decorrente das demandas repetitivas dos cidadãos;

d) Hipótese 4: Há limite de atuação do Poder Judiciário pelo fato de este estar sobrecarregado de demandas;

e) Hipótese 5: O Poder Judiciário discute e implementa ações no sentido de decidir, corrigindo parcialmente a omissão das esferas Executiva e Legislativa, nos casos concretos.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, conforme segue.

A compreensão de qualquer instituto jurídico é possível por meio da investigação sobre as razões que determinaram sua instituição e sobre o motivo que levou o Poder Político a enunciá-lo e garanti-lo¹. Assim, no Capítulo 1, para

¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “Novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 30.

compreender o direito à saúde e sua efetivação, é necessário um estudo sobre o processo histórico do Estado, captando cada modalidade deste e as circunstâncias que deram origem aos direitos fundamentais, dentro dos quais está contido o direito à saúde.

O Capítulo 2 trata da construção dos direitos fundamentais e a efetivação destes, considerando a crise de soberania decorrente do processo de globalização. Contextualiza-se no mesmo capítulo o direito à saúde como direito fundamental e são apontadas as principais políticas públicas no sentido de se efetivá-lo no território brasileiro.

O Capítulo 3 dedica-se a apresentar a doutrina majoritária que fundamenta, de certa forma, as decisões judiciais. É realizada, depois, a análise jurisprudencial no que concerne à efetivação do direito à saúde, assim como um marco histórico para as decisões dos tribunais, a Audiência Pública Saúde. Por fim, são apontadas as principais bases teóricas sobre a judicialização da saúde e o ativismo judicial.

Encerra-se, o presente Relatório de Pesquisa, com as Considerações Finais, dentro das quais estão sintetizadas as contribuições sobre a efetivação do direito à saúde no Brasil.

O método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo e utilizou-se o fichamento como técnica de investigação.

CAPÍTULO 1

PROCESSO HISTÓRICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 PRINCIPAIS TESES DE JUSTIFICAÇÃO DA ORIGEM DO ESTADO

As duas principais teses de justificação da origem do Estado são a tese positiva ou contratualista, defendida sob diferentes enfoques por Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau, e a tese marxista negativa.

A tese ou visão positiva da origem do Estado diz respeito ao modelo contratualista, sendo que sua construção moderna está situada entre os séculos XVI e XVIII. O contrato clássico surge como instrumento de legitimação do Estado, que na prática já existia, e embasamento para o sistema jurídico. Este modelo pretende explicar a origem do Estado, ao mesmo tempo em que estabelece o fundamento do poder político ou da Soberania². Demonstra-se assim o Contrato Social como mediador entre o Estado de Natureza e o Estado Civil. Este é artifício da razão humana para dar conta dos problemas decorrentes do Estado de Natureza.

A Sociedade/Estado, segundo a visão positiva, é vista como resultado da criação artificial consensual da razão humana, em que tácita ou expressamente por maioria ou unanimidade de indivíduos acorda-se sobre demandas que a Sociedade deseja que sejam atendidas. Os autores podem ter concepções diferentes quanto ao conteúdo desse acordo, porém convergem na ideia do Contrato Social como fundamento de legitimação do “Estado de Sociedade”³.

A concepção do contrato de Hobbes está centralizada no pacto formado em favor de terceiro, que é firmado entre os indivíduos com o fito de preservarem suas vidas, transferindo todos os seus poderes àquele terceiro⁴. Para se pôr fim à

² BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 44.

³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 31.

⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 45.

guerra, desapossam-se do que têm em troca da segurança do chamado Leviatã.

Montesquieu demonstrou uma acepção diferente da guerra como condição humana. Afirmou que o homem, consciente de sua fraqueza, acabou se aproximando dos outros, surgindo a vida em sociedade, tendente à desagregação. Esta resulta na guerra e a única maneira de evitar a desagregação da sociedade é por meio das leis, impostas pelo Estado e de caráter cogente⁵.

Para Locke o conteúdo do contrato é convencionar que um terceiro assegure aos indivíduos os direitos naturais do homem, vida e propriedade, considerando que o homem é naturalmente sociável e que o estado de natureza consiste no regime de total liberdade e igualdade⁶. Aqui o povo é o centro da legitimidade e o terceiro, ou seja, o Estado, tem atuação limitada, na medida em que não pode afetar os direitos naturais e assegura que estes sejam mantidos.

Rousseau não vê o contrato como convenção em troca de segurança nem como pacto para que terceiro assegure direitos naturais, mas sim como uma convenção para que torne os homens efetivamente iguais. Verifica-se, aqui, a presença da sociedade no centro do raciocínio político⁷.

A tese negativa explica que o Estado se origina da luta de classes, surgindo e existindo em função das classes dominantes e como instrumento de opressão das classes subjugadas em favor do capitalismo. A visão é negativa na medida em que prevê a extinção paulatina do Estado⁸, quando se verificar que não há mais lutas de classes por causa da revolução proletária⁹.

As principais teses acima expostas são as recentes justificações do que se chama de Estado e são também teses que se tornaram a essência para a construção da noção atual da estrutura organizacional de Estado. Existiram

⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 51.

⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 47.

⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 50.

⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146.

⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 42.

estruturas organizacionais diferentes no passado, as quais serão demonstradas adiante.

1.2 FORMAS DE ORGANIZAÇÃO POLÍTICA ANTERIORES AO ESTADO

Dentro do processo histórico das sociedades primitivas existiram formas de organização política que não se enquadraram na estrutura hodierna de “Estado” como poder institucionalizado¹⁰. Foram estruturas primitivas como a Antiga, as Cidades-Estado gregas, o Estado-Cidade romano e a Sociedade Feudal.

A estrutura antiga se definiu nas antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, especificamente no Egito, na Pérsia, na Assíria e na Babilônia. Dentro desta estrutura a família, a religião e a organização econômica formavam um conjunto sem diferenciação aparente. Consequentemente, não havia distinção do pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou de doutrinas econômicas. A natureza era unitária, tendo como forma de governo a monarquia absolutista, não havendo divisão territorial nem de funções. Havia estreita relação com divindade, pois a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino. A maioria das monarquias desse período eram de cunho teocrático, tendo o monarca como representante das divindades, descendendo, dessa forma, dos deuses. Assim, o poder era ilimitado e os povos eram em geral politeístas¹¹.

Os impérios desse período, que duraram até dar lugar à Idade Média, apresentavam características em comum¹². A estrutura heterogênea era o primeiro desses traços e era identificada por meio dos povos que viviam em guerra constantemente. Anexava mais territórios o imperador que triunfasse em maior número de batalhas e em função dessa característica os impérios eram instáveis.

¹⁰ CRUZ, Paulo Marcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 65.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 20.

¹² MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101.

A segunda característica comum dos impérios da estrutura antiga era a diferenciação de classes. Gozavam de regalias as classes privilegiadas, quais sejam, os nobres, os chefes militares e os sacerdotes, todavia os párias e escravos viviam à margem de todas essas regalias.

A concentração de poderes em apenas uma pessoa era o terceiro traço em comum e com isto o imperador acumulava as funções militar, judicial, sacerdotal e de coleta de impostos.

Israel era a exceção à parte das características centrais e comuns dentro da estrutura antiga, tendo traços de cunho democrático, pois os indivíduos tinham a proteção da lei e também contra o poder público. Apesar de o povo não ter participação nas negociações, havia proteção dos fracos e desamparados, escravos ou cidadãos. A legitimação do poder também estava ligada à religião e o rei era o intérprete e executava na terra a vontade de Deus. Está em Israel a contribuição para formação do pensamento político na Idade Média¹³.

A estrutura grega era caracterizada pelas Cidades-Estado, que tinham a *Polis* como sociedade política de maior expressão, objetivando o ideal da autossuficiência¹⁴. Eram estruturas helênicas, formadas por uma parte da coletividade, integrada por um grupo de cidades, distribuídas nas colinas e vales da Grécia, nas encostas e ilhas vizinhas¹⁵. Existia também uma classe política com intensa participação nas decisões nos assuntos públicos. A autonomia da vontade individual, no entanto, era restrita nas relações de caráter privado.

Inicialmente as Cidades-Estado gregas eram monárquicas e patriarcais, mas tanto na monarquia como na república manteve-se no poder a classe aristocrática e as características básicas da democracia dentro do direito público moderno não estavam lá contidas, pois mais da metade da população era escrava e a soberania era exercida pela minoria dos chamados “cidadãos”.

¹³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 20.

¹⁵ MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 109-110.

Platão contribuiu nas Cidades-Estado gregas com o ideal nuclear de que incumbe aos sábios reinar, aos guerreiros proteger e às classes obreiras obedecer. Ele via nessa estrutura a revelação da virtude humana, atingindo-se a perfeição e a realização da plena satisfação do destino humano¹⁶.

Aristóteles, por sua vez, defendia a família e a propriedade privada e enxergava o Poder político como natural, necessário e decorrente da própria natureza humana. A finalidade precípua do Poder político era a segurança da vida social, regulamentação da convivência entre os homens e promoção do bem-estar coletivo¹⁷.

É importante salientar que a força religiosa que mantinha as Cidades-Estado da Grécia permite a afirmação de que seus membros não conheceram efetivamente a liberdade individual. Esta é uma das características principais do que se denomina contemporaneamente Estado e é esse um dos fundamentos para a doutrina tratar com cautela a denominação de “Estado” às cidades da Grécia e de Roma¹⁸.

A estrutura Rromana era formada pelo Estado-Cidade, denominado *Civitas*, o qual teve características semelhantes à *Polis* grega. Inicialmente era monárquico e patriarcal, mas em seu processo histórico passou da realeza hereditária para a república, também de maneira semelhante à Cidade-Estado grega.

A origem do Estado-Cidade romano se deu na ampliação da família, sendo que o *pater familia* era absoluto e detinha o poder de vida e morte sobre todos os componentes do grupo. Mais tarde aquela se dividiu em família propriamente dita, gentes ou *gens* (poder público), as quais formaram o núcleo inicial do Estado-Cidade romano. Os patrícios formavam a famílias e os servidores destas eram os clientes, os quais detinham a posse, mas não o domínio, das terras que cultivavam¹⁹.

¹⁶ PLATÃO. **A república**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁷ ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

¹⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 37.

¹⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110.

A reunião das gentes formavam a *Curia*, várias *Curias* constituíam a *Tribu*, várias *Tribus* formavam a *Civitas* ou Estado-Cidade. A *Civitas* possuía um Senado formado pelos *pater familias*. Com o tempo houve mais subdivisão e à margem de toda essa estrutura ficavam os plebeus, que viviam sem lei, sem Deus e sem pátria²⁰. Com o tempo as *gens* se desmembraram, os clientes se libertaram e os plebeus foram conquistando direitos de cidadania.

Os traços característicos do Estado-Cidade romano e distintivos em relação às Cidades-Estado gregas foram a distinção entre direito e moral, a propriedade era garantida, o homem tinha relativa liberdade e a estrutura era vista como nação organizada e a vontade nacional era a fonte legítima do Direito²¹.

A queda de Roma permitiu a instauração, principalmente na Europa, da Idade Média e o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o regime feudal foram os novos elementos da então denominada Sociedade Medieval²². Nesta, o cristianismo tinha o ideal de que toda a humanidade se tornasse cristã, mas havia multiplicidade de centros de poder e a recusa do Imperador em submeter-se à autoridade da Igreja. Os centros de poder estavam alicerçados na estrutura do feudalismo, em que o sistema administrativo e organização militar tinham estreito liame à situação patrimonial²³.

Os institutos jurídicos centrais eram a vassalagem, o benefício e a imunidade. Na vassalagem os proprietários menos poderosos estavam a serviço do senhor feudal e este os protegia. O benefício era um contrato entre o senhor feudal e o chefe de família o qual não tivesse patrimônio, em que o servo recebia uma porção de terras para cultivo e era tratado como parte inseparável da gleba. A imunidade consistia na isenção de tributos às terras sujeitas ao benefício²⁴.

O senhor feudal detinha o poder econômico, político, militar, jurídico e

²⁰ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110.

²¹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

²² MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 114.

²³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 21.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

ideológico sobre os servos que estivessem em seu território. Denomina-se assim porque uma aristocracia originalmente militar se autodesignava um território e sua população. Para aumentar as riquezas apelava-se para as guerras de conquista e os matrimônios, os quais ganharam foros de sofisticação, por meio do incremento de dotes e heranças comuns, proporcionando um título jurídico que podia ser reivindicado pelas armas²⁵.

O que contribuiu para enfraquecer a Sociedade Medieval foram as invasões bárbaras, as quais transformaram a ordem estabelecida, pois os povos invasores estimularam as regiões invadidas a se afirmarem como unidades políticas independentes²⁶. A ordem era precária, porquanto eram abandonados os padrões tradicionais, havia constante situação de guerra e as fronteiras políticas eram indefinidas. Não existiu, portanto, estrutura centralizada no período medieval, justamente pela fragmentação dos poderes²⁷, como a Igreja, os senhores feudais, os cavaleiros e as cidades. Em função do novo modo de produção, o capitalismo, é que se formou o Estado como poder institucionalizado, com o surgimento paulatino do Estado Moderno, na sua versão inicial absolutista²⁸.

1.3 ESTADO MODERNO

Dentro do Estado Moderno surge a autonomia, a plena soberania do Estado, que não permite que sua autoridade dependa de outra autoridade. Há a diferença entre o Estado e a sociedade civil e o monarca representa a soberania estatal, na primeira versão do Estado Moderno²⁹.

Começou a se formar mesmo dentro da estrutura medieval o Estado Moderno, moldando-se na versão inicial absolutista. Nesta modalidade, assim, a

²⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 44.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

²⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 38.

²⁸ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 117.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 24.

concentração do poder de comando sobre um território vasto, por meio da monopolização de serviços essenciais para a manutenção da ordem externa, emana da vontade do soberano³⁰. É importante salientar o cerne do que foi delimitado primeiramente por Maquiavel como “poder central soberano”³¹, porque ao se chegar no Estado Contemporâneo, verifica-se o enfraquecimento da soberania, o que refletirá sobremaneira na efetivação dos direitos fundamentais que serão tratados no segundo capítulo e no terceiro, mais especificamente no que diz respeito à efetivação do direito fundamental classificado como de segunda geração, o direito à saúde.

A dominação muda de enfoque no Estado Moderno, passando a ser legal-racional,

decorrente de estatuto, sendo seu tipo mais puro a ‘dominação burocrática’, onde qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma; ou seja, obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer³².

Há a institucionalização do poder no Estado Moderno e as condições de existência deste são o território, a nação, mais potência e autoridade. A estrutura de dominação deixa de ser patrimonial e também se justifica em função do poder despersonalizado.

Houve uma espécie de transição entre a Sociedade Medieval e o Estado Absolutista, denominado Estado Estamental, o qual era formado pela concentração estamental da alta nobreza, baixa nobreza, clero e burguesia. Fundava-se essencialmente em pactos, escritos ou fruto de usos e costumes, elaborados por membros de várias classes, os quais juram lealdade e obediência aos soberanos. Não se tratava de Constituição, mas sim de conglomerado de direitos e privilégios. Estabelecia-se uma dicotomia público-privado ou sociedade civil/sociedade política,

³⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 25.

³¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 40.

³² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 25.

a separação entre as funções administrativas, políticas e a sociedade civil³³. Os quatro elementos que dão realidade material ao Estado Moderno são o monopólio do sistema monetário, o monopólio do sistema fiscal, o monopólio da realização da justiça e o exército nacional.

Dentro dessa nova realidade, a burguesia, como principal representante do novo modo de produção, demandava garantias jurídicas do Estado para poder comercializar riquezas e delas desfrutar. Ficou claro aqui que os meios administrativos não pertenciam mais ao particular, mas sim ao público, ao soberano, ao Estado. As relações não são mais pessoais, mas abstratas, na medida em que os agentes se articulam por meio de instrumentos universalistas e impessoais.

1.3.1 Estado Absolutista

A fato de a Igreja perder a influência sobre a autoridade política e a queda do feudalismo possibilitaram que, por meio da monarquia absolutista, a unidade do Estado se concretizasse. Foi possível, assim, reunir territórios anteriormente separados e exercer domínio sobre as populações dispersas³⁴. No Estado Absolutista o monarca é a personificação do Estado. O poder de império é tratado como direito absoluto do rei, de origem divina, não havendo limites de atuação do rei em função dessa origem. Esse direito absoluto do monarca determinou uma relação de poder parecida com a dos senhores feudais, com a diferença de ter proporções maiores. A estratégia foi utilizada com a finalidade de garantir a unidade de território dos reinos³⁵.

O Estado Moderno Absolutista foi o sustentáculo para o surgimento paulatino do capitalismo, mas perdeu força na medida em que a burguesia não mais queria apenas o poder econômico, mas também o poder político³⁶.

³³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 28.

³⁴ MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 118.

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3.

1.3.2 Estado Liberal

Com o enfraquecimento do Estado Absolutista, culminando principalmente na Revolução Francesa de 1789, construíram-se doutrinária e efetivamente as bases do Estado Moderno Liberal nas nações europeias, em que a burguesia alcançou o poder político. Locke demonstra em sua obra o perfil do liberalismo político de limitação das funções do Estado.

Com o transcorrer desse tempo a ideia de liberal estava alicerçada em um poder monárquico limitado e em um bom grau de liberdade civil e religiosa, o que gerou a compreensão de estado mínimo, o qual garantisse aos indivíduos paz e segurança. Com a “universalização” do sufrágio e da representação houve a consolidação de conquistas liberais: ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, direitos humanos, liberdades e outras³⁷.

É óbvio que liberalismo tem múltiplos significados, mas o centro das atenções para o entendimento do Estado Moderno na versão liberal é justamente a ideia de limites e liberdades e o indivíduo é o principal ator nessa ideia. A noção que se tem de liberalismo dentro do senso comum está inserida no seu núcleo econômico, em que Adam Smith protagoniza, defendendo que o que importa é a liberdade à ação individual e a limitação do papel do Estado à simples manutenção da ordem e segurança³⁸.

Com o passar do tempo a ideia minimalista do Estado Liberal foi deslocada, no sentido de que a função do Estado passa a ser de remover obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens, garantindo dessa forma que mais indivíduos usufruam das liberdades. Esta é a percepção “Neoliberal”. A interferência do Estado foi gradativamente aumentando, em um cenário de luta dos movimentos operários pela regulação das relações produtivas, ocorrendo então a transição do Estado Mínimo para o Estado do bem-estar ou *Welfare State*³⁹. Nesse momento se

ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 46.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 51.

³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3.

inseriu a justiça social, entendida como a necessidade de apoiar os indivíduos quando não podiam mais se protegerem ou quando o mercado não demonstrava as devidas flexibilidade e sensibilidade para que se satisfizessem as necessidades básicas daqueles indivíduos⁴⁰.

1.3.3 O Estado de bem-estar ou *Welfare State*

O Estado negativo, apesar de apresentado neste trabalho, nunca ocorreu, pois apenas o fato de o Estado existir e determinar uma ordem jurídica já implica intervenção. Esta, no entanto, aumentou cada vez mais com o passar do tempo, após o enfraquecimento dos países envolvidos na Segunda Guerra Mundial, principalmente na Europa, e em uma época de lutas entre a classe operária e os detentores do processo de produção, formando as bases do Estado de bem-estar⁴¹.

Há uma mudança de enfoque do Estado, considerando que apenas a atuação mínima ou o chamado Estado polícia, com funções praticamente de mera vigilância da ordem social, já não garantia a paz e segurança esperada na doutrina. Existe, dessa forma, a transição do absenteísmo para o intervencionismo⁴², na medida em que os modos de vida antigos e tradicionais são destruídos, dando lugar à figura do proletariado urbano, produto da Revolução Industrial, assim como a urbanização acelerada, condições precárias de trabalho, segurança pública debilitada, em um espaço em que existe o direito, mas não o poder de ser livre⁴³.

Neste contexto é que o Estado se transforma para melhorar as condições sociais, pois devem ser garantidas condições mínimas de existência aos indivíduos e para regular o próprio mercado, porquanto o poder público já é financiador,

ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 60.

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 275.

⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 34.

⁴² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 62.

⁴³ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 137-141.

consumidor, sócio e produtor dentro da economia⁴⁴.

Os ambientes durante e após as grandes guerras gerou um clima instável e desagregador o qual determinou ao Estado a efetiva intervenção, no controle de recursos sociais e na necessidade de controle integral e coativo da vida econômica. Para Streck e Moraes, “pode-se dizer que o Estado de Bem-Estar Social constitui uma experiência concreta da total disciplina pública da economia, assumindo como modelo de futuros objetivos autoritários da política econômica e ao mesmo tempo cria hábitos e métodos dirigistas dificilmente anuláveis”⁴⁵.

A burguesia, diante desse cenário, viu-se ameaçada pelas tensões sociais, acabou flexibilizando e se beneficiou com isso, pois foi possível que a infraestrutura para acumulação e expansão do capital fosse gerada por meio de verbas públicas. Assim, dividiu-se por todo o povo o custo dessa infraestrutura para se desenvolver o capital e houve também concessão de obras e serviços públicos, possibilitando à burguesia se aproveitar dessas concessões e se manter de maneira mais amena que no passado⁴⁶.

Coexistiu a burguesia com um ambiente em que o Estado tem um papel de intervenção e de promoção social, o Estado de providência, o qual assume uma função social e é caracterizado como o que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político⁴⁷, sendo essas prestações públicas percebidas de maneira diferente, como um direito ou conquista de cidadania dos indivíduos.

Com os problemas que o Estado tem vivenciado e tentado solucioná-los, como a marginalização, bolsões de pobreza, falta de liberdades, imigração forçada e a dificuldade de alocação de recursos para a garantia das condições mínimas de

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 63.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 65.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 69.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 71.

sobrevivência aos cidadãos⁴⁸, percebe-se também que há uma nova mudança de enfoque, no sentido de atender demandas que ultrapassam os limites territoriais de cada Estado. Constrói-se, então, um espaço transnacional que atenda às respectivas demandas⁴⁹.

1.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estudo do processo histórico do Estado aponta que este foi construído gradualmente e com o transcorrer do tempo se amoldou de acordo com os interesses que estavam em hegemonia em cada momento histórico.

Depois das duas principais guerras ocorridas no século XX, compreendeu-se que o Estado deveria, sim, intervir para que melhores condições fossem proporcionadas aos cidadãos. Identifica-se aqui a construção do Estado de Bem Estar Social e as discussões sobre a sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática, progredindo para o conceito de Estado Social de Direito e, por fim, para a construção do conceito de Estado Democrático de Direito, que reúne ao mesmo tempo em que supera os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático⁵⁰.

O conceito “Estado de Direito” é advindo do Estado Liberal de Direito, o qual, desconsiderando qualquer deformação ocorrida no decorrer do tempo, era baseado em três pontos essenciais: submissão ao império da lei, divisão de poderes e enunciado à garantia dos direitos individuais. Estes, como demonstrado anteriormente, estão eminentemente defendidos no contexto da segunda versão do Estado Moderno, o Estado Liberal.

Aquele Estado mínimo, que culminou em injustiças, considerando que

⁴⁸ CRUZ, Paulo Marcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. pp. 230-231.

⁴⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Transnacionalização e direitos fundamentais: uma difícil equação**. In MONTE, Mário Ferreira e BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 31.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112.

atendeu à classe burguesa que havia ascendido, suscitou com o tempo a consciência da justiça social, a urgência de intervenção do Estado para que fossem proporcionadas condições dignas aos cidadãos. Neste contexto está inserido o Estado Social de Direito, procurando corrigir as distorções praticadas no cerne do Estado Liberal, na garantia dos direitos econômicos e sociais⁵¹.

Verifica-se, assim, dois extremos: o Estado de Direito, tendendo a privilegiar uma classe na medida em que intervêm minimamente, e o Estado Social de Direito, que para intervir acabou se utilizando de regimes totalitários, como na Alemanha e na Itália. Nem este, nem aquele conseguiram obter êxito em assegurar a participação democrática do povo. Chega-se, assim, à concepção do Estado Democrático, baseado na soberania popular⁵².

Conceito novo, não se tratando de mera fusão entre o Estado de Direito e o Estado Democrático, o Estado Democrático de Direito incorpora efetivamente o povo no processo político e está reconhecido no Brasil, no art. 1º da Constituição da República⁵³. Conforme elucida José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício⁵⁴.

A tarefa precípua do Estado Democrático de Direito é realizar justiça social, superando desigualdades sociais e regionais. Ocorre, assim, a correção das distorções do Estado de Direito e do Estado Social de Direito, apontadas

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 16.

⁵³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 119-120.

anteriormente. Streck e Moraes elucidam oito princípios do Estado Democrático de Direito:

- A** - *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- B** - *Organização Democrática da Sociedade*;
- C** - *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropológicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- D** - *Justiça Social* como mecanismos corretivos das desigualdades;
- E** - *Igualdade* não apenas como possibilidade formal, mas, também como articulação de uma sociedade justa;
- F** - *Divisão de Poderes ou de Funções*;
- G** - *Legalidade* que aparece como *medida do direito*, isto é, *através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência*;
- H** - *Segurança e Certeza Jurídicas*⁵⁵.

Considerando os princípios acima citados, o Estado Democrático de Direito, diferente do Estado de Direito, tem um cunho transformador, na medida em que a lei não tem mais o caráter simplesmente generalista defendido pela ideologia liberal, mas passa a ser o instrumento transformador.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 93.

CAPÍTULO 2

AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DEVER DE O ESTADO GARANTIR O DIREITO À SAÚDE POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro do processo histórico da humanidade e do Estado, é possível verificar que a compreensão da dignidade da pessoa humana dá-se em função da dor física e do sofrimento moral. Depois de cada surto de violência, o ser humano horroriza-se com o que se depara, o que gera uma consciência no sentido de serem aplicadas novas regras que propiciem convivência harmônica e vida mais digna⁵⁶. Assim, ao se perceber que o Estado deve ser utilizado para o serviço dos governados e não em função dos interesses pessoais dos governantes, iniciou-se a construção de direitos fundamentais que são reconhecidos a todos os cidadãos⁵⁷.

No processo histórico, três gerações de direitos fundamentais são plenamente reconhecidas⁵⁸ e por meio destas pode-se ter noção da elaboração dos direitos fundamentais dentro do contexto de construção do Estado e em função das necessidades humanas em cada momento histórico. Lembre-se também que não surgiram instantaneamente as gerações de direitos fundamentais, pois são produto de uma construção gradativa.

Parte da doutrina propõe que deve ser abandonada a distinção histórico-ideológica entre direitos individuais, civis e políticos, de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, apontando que a teoria dos “direitos humanos” deve se construir a partir da combinação de duas entradas: a distinção

⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45.

entre direitos-liberdade, direitos-imunidade, direitos-pretensão e direitos-potestade e, em segundo lugar, a distinção entre as formas de satisfação, proteção e promoção dos direitos⁵⁹.

Para complementar a compreensão da classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, futuramente abordados, é interessante apontar uma construção teórica alemã das funções clássicas dos direitos fundamentais, que advêm da relação entre o particular e o Estado. Há três conceitos envolvidos nessa construção: *status negativus*, *status positivus* e *status activus*, sendo que cada *status* determina um estado do particular perante o Estado⁶⁰.

O *status negativus* é conceituado como o estado de liberdade perante o Estado, em que o particular pode resolver os problemas individuais sem o Estado. Esse *status* previne ingerências na liberdade e na propriedade. O *status positivus* determina ao Estado medidas para a criação e conservação da existência livre do particular. O *status activus*, por sua vez, trata do estado em que o particular, exercendo sua liberdade, ajuda a construir o Estado.

2.1.1 Direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos fundamentais de primeira geração tratam das liberdades negativas clássicas, abordadas dentro do contexto de construção do Estado Liberal, e destacam o princípio da liberdade, correspondendo à fase inaugural do constitucionalismo Ocidental. Originaram-se no contexto em que a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, defendendo-se a limitação dos poderes absolutos do Estado.

Do Estado se exige, consoante a linha de raciocínio do Estado Liberal, uma abstenção, cabendo praticamente o poder de polícia, garantindo que os direitos individuais sejam exercidos na sua plenitude. Neste sentido, o objetivo seria limitar a

⁵⁹ ALEXY, Robert; *et al.* **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 221-222.

⁶⁰ PIEROTH, Bodo. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62-65.

ação do Estado para serem garantidas liberdades públicas dos cidadãos⁶¹. São exemplos de direitos de primeira geração os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de religião, à participação política, entre outros.

A afirmação desses direitos se deu durante a Independência Americana e principalmente na Revolução Francesa. Nesta há uma primeira crítica doutrinária, em que se afirmava que a Declaração dos Direitos do Homem e Do Cidadão de 1789 estava demasiadamente abstrata, no sentido de que era inútil por não ter aplicabilidade real⁶². Saliente-se que, conforme segunda crítica àquela Declaração, a intenção precípua ao serem apontadas as bases para os direitos fundamentais de primeira geração não foi a defesa do pobre contra a minoria rica – o que se fortaleceu posteriormente –, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra os privilégios do clero e da nobreza, ou seja, a defesa da classe burguesa⁶³.

2.1.2 Direitos fundamentais de segunda geração

A Declaração dos Direitos do Homem e Do Cidadão de 1789 representou a emancipação histórica do indivíduo perante a família, o clã, o estamento e as organizações religiosas. Depois desta emancipação teve-se a garantia da igualdade de todos perante a lei, o que de certa forma foi inútil, considerando a pauperização do proletariado e o recrudescimento das demandas sociais⁶⁴.

É nesse contexto que os direitos fundamentais de segunda geração têm maior notoriedade. O marco desses direitos foi a Revolução Industrial a partir do século XIX, no contexto da luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais, como alimentação, saúde, educação e outros. Trata-se, assim, das liberdades positivas, em que se assegura o princípio da igualdade material.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

⁶² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 91.

⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63-64.

⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

Com o pós Guerra no século XX⁶⁵ evidenciou-se ainda mais a efetiva construção, em Constituições e em pactos internacionais, dos direitos fundamentais de segunda geração, considerando que os cidadãos demandavam uma ação positiva do Estado, de cunho prestacional, como a realocação de recursos para que o cidadão tivesse garantidos os direitos essenciais à sua sobrevivência, tais como saúde, educação e moradia.

Impõe-se ao Estado, então, uma obrigação de fazer. No entendimento de Paulo Bonavides⁶⁶ e Ingo Sarlet, os direitos de segunda geração tratam de direitos sociais, culturais e econômicos, em que a liberdade se dá não perante o Estado, mas sim por meio deste⁶⁷.

Os direitos de cunho positivo são os que dão maior notoriedade aos direitos fundamentais de segunda geração, todavia nestes também estão contidas as chamadas liberdades sociais⁶⁸, como o direito de sindicalização, de greve, entre outros.

2.1.3 Direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração destacam os princípios da solidariedade ou fraternidade. Originaram-se na terceira revolução industrial e por meio dessa geração de direitos são protegidos os interesses difusos e coletivos, preocupando-se dessa maneira com as gerações humanas, presentes e futuras. São exemplos de direitos de terceira geração: direito ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento ou progresso, à paz, direito de comunicação. Não se trata, portanto, da proteção do homem de forma isolada, porém sim de forma coletiva, não sendo possível determinar exatamente quais são os titulares dos referidos direitos, o que exige de certa forma esforços em escala

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

mundial para a efetivação desses direitos fundamentais⁶⁹.

No contexto da terceira geração de direitos fundamentais é que se inserem as discussões de cunho transfronteiriço, alertando a necessidade de tratar de um espaço transnacional, com Estado mínimo e policial que atenda à globalização econômica, o que limita a efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração acima abordados⁷⁰.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, delinearam-se relações jurídico-fundamentais supraestatais, em um primeiro momento numa base do direito internacional público e depois numa base supranacional⁷¹, que teve impulso a partir das Nações Unidas. A causa do terror nacional-socialista era atribuída ao não reconhecimento e o desprezo pelos direitos humanos e em função disso é que foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, gerando posteriormente uma cadeia de documentos que de maneira gradativa reafirmaram esta Declaração e construíram aos poucos uma consciência transnacional.

2.1.4 Direitos fundamentais de quarta geração

A divergência doutrinária instaura-se a partir da quarta geração de direitos fundamentais, questionando-se sobre o efetivo reconhecimento desta, considerando que por meio das três gerações já abordadas seria possível abranger todos os direitos fundamentais até então construídos⁷².

As três clássicas gerações de direitos fundamentais foram construídas em função de marcos históricos distintivos, quais sejam, liberdades negativas, positivas

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 49.

⁷⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Transnacionalização e direitos fundamentais**: uma difícil equação. In MONTE, Mário Ferreira e BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**: debate luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, p. 41.

⁷¹ PIEROTH, Bodo. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 50.

e direitos difusos e coletivos. Procura-se argumentar o reconhecimento da quarta geração em função também de um novo marco: a institucionalização do Estado Social, decorrente do processo de globalização do neoliberalismo⁷³.

Na quarta geração de direitos fundamentais estariam contidos os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. A “sociedade aberta do futuro”⁷⁴ dependeria destes direitos para se concretizar, não obstante esteja implícito na defesa daquela globalização um estado de dominação. Justamente para que este seja evitado e até mesmo extirpado em prol da efetiva globalização política é que há a defesa incisiva⁷⁵ do reconhecimento da quarta geração de direitos fundamentais.

2.2 CRISE DE SOBERANIA, ESTADO DE POLÍCIA E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O processo histórico do Estado demonstrou que há, no decorrer do tempo, diferentes justificações jurídicas e filosóficas para o surgimento de um centro de poder, de proporções maiores, que atenda a interesses que variam também em função do tempo.

Com o surgimento do Estado afirmaram-se os territórios e a noção de soberania, que os teóricos trataram de maneiras diferentes no que diz respeito à sua origem, de onde ela emana, mas é nesse campo é que se identifica uma crise, chamada por Streck e Moraes de crise conceitual⁷⁶, paralelamente aos problemas que cada unidade territorial enfrenta.

A soberania era entendida como situação em que o Estado se empenhava em construir e garantir a supremacia e unidade da esfera política. O Estado soberano, nesse ponto de vista, não admitia competidores. Gustavo Zagrebelsky apontou uma perspectiva interna, em que existiriam simples relações de sujeição ao

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 572.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 130.

Estado soberano; e uma perspectiva externa, em que poderia existir a luta entre soberanias ou a coexistência de soberanias por meio da criação de relações horizontais e paritárias norteadas por normas em que os Estados participariam da formulação⁷⁷.

Gustavo Zagrebelsky também argumenta que a soberania não é realidade política operante, pois existem centros de poder concorrentes com o Estado, que são independentes e transcendem os limites territoriais do Estado, o qual está a ponto de ser desativado como modelo de unidade política⁷⁸.

A soberania encontra-se em crise no Estado Contemporâneo justamente no fato de este se afirmar como único centro autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista em um ambiente internacional⁷⁹. No plano internacional são identificadas diversas comunidades supranacionais, as quais, independentemente da precariedade ou eventual fragilidade que muitos apontem, têm dado novas dimensões aos Estados-membros, evidenciando uma efetiva revisão do conteúdo fulcral da soberania. Esta também é colocada em xeque se forem consideradas as organizações econômicas transnacionais, que a princípio não têm identidade com algum Estado, influenciando diretamente em diversos países. A autonomia do Estado se desfez⁸⁰, em função dessa conjuntura econômica e dos demais fatores acima abordados.

Os direitos humanos têm papel fundamental, também, na compreensão e revisão do conceito de soberania, principalmente no que diz respeito à terceira geração de direitos fundamentais, que tratam de direitos difusos e que ultrapassam o limite territorial e de soberania de cada Estado.

Por causa dessas quebras de paradigma é que deve ser revisto o caráter soberano atribuído ao Estado Contemporâneo. Além da revisão da soberania e

⁷⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. Título original: Il diritto mite. p. 10-12.

⁷⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. Título original: Il diritto mite. p. 10-12.

⁷⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 25-26.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 133.

diretamente relacionado a esta, o Estado Contemporâneo está em mutação, determinando estruturas supranacionais que, precárias, precoces ou não, dão conta das demandas dos Estados-membros, como exemplo do processo histórico de formação da União Europeia, que teve início na criação da Comunidade Europeia, com o escopo primordial de livrar o continente europeu do flagelo de novas guerras⁸¹. Lembre-se que a formação da União Europeia se deu depois da Segunda Guerra Mundial, num ambiente fortemente segregado e fragilizado em função dos conflitos, em que se constatou que a estrutura do Estado-Nação vigente não mais dava conta dessa estrutura complexa e que era urgente a formação de um espaço transnacional que atendesse às demandas do pós-guerra⁸².

Dentro da construção dos institutos jurídicos formadores da União Europeia está o Tratado de Amsterdã, que por meio de três pilares alicerçou aquela União: a colaboração em matéria de política exterior e de segurança comum; a cooperação no âmbito judicial e policial em matéria penal; e a Comunidade Econômica do Carvão e Aço (CECA) e a Comunidade Europeia.

Surge nesse novo espaço transnacional europeu um Direito *sui generis*, que envolve uma redefinição da soberania nacional, transferindo à Comunidade Europeia competências que historicamente estavam dentro da circunscrição estatal. Trata-se de um arcabouço jurídico-político que redimensionou a soberania e favoreceu a formação da divisão de competências entre os Estados-membros da Comunidade Europeia⁸³.

A formação da União Europeia está aqui delineada para simplesmente demonstrar que o número de atores se multiplicou de certa maneira que

⁸¹ SILVA, Karine de Souza. Estado contemporâneo em mutação: o sistema de distribuição de competências entre os Estados-membros e a Comunidade Européia. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; GARCIA, Marcos Leite (Org). **Reflexões sobre política e direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 197.

⁸² PIEROTH, Bodo. **Direitos fundamentais**. Tradutores: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Título original: Staatsrecht: Grundrechte. p. 49-50.

⁸³ SILVA, Karine de Souza. Estado contemporâneo em mutação: o sistema de distribuição de competências entre os Estados-membros e a Comunidade Européia. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; GARCIA, Marcos Leite (Org). **Reflexões sobre política e direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 198.

paralelamente surgiram sistemas alternativos de gestão de poder que são diferentes do Estado-Nação clássico. Há, então, possibilidade de reformulação da política social em função justamente da erosão do papel do Estado como centro de gestão, superando as teses legitimadoras do Estado protagonizadas por Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau.

Asseguram os defensores dessa nova realidade transnacional que por causa da grande diversidade de formas culturais de vida, de grupos étnicos, visões de mundo e das religiões, não pode mais o Estado-Nação manter a cidadania em um futuro próximo.

O elemento supranacional se concretiza por meio de três pontos centrais: o reconhecimento pelos Estados de um conjunto de valores comuns⁸⁴ suficientes para que se disponham a subordinar seus interesses nacionais e sua hierarquia nacional de valores; a criação de um poder efetivo, colocando-se a serviço daqueles valores, que goze de poderes capazes de adotar decisões que comprometam os Estados, de produzir um direito que deve ser respeitado pelos entes nacionais e de pronunciar decisões jurídicas que instituem o direito comum; e esses dois pontos devem estar vinculados à autonomia desse poder superior⁸⁵.

É de salutar importância lembrar que os direitos fundamentais efetivados por meio dos Estados-Nacionais serão os primeiros a serem desprezados em um cenário de mudança em que se exija do Estado, para a implantação de um espaço transnacional, atuação mínima para dar espaço à lógica globalizada. Dentro desta estrutura estaria o Estado de polícia, em que a atuação mínima até garantiria a liberdade de ação transnacional, atendendo as forças econômicas, mas perigosamente pode fazer regredir a efetivação dos direitos fundamentais que historicamente foram demandados e garantidos:

Fica mais do que evidente que o Estado-Cidadão, ou seja, o Estado que cumpre a

⁸⁴ PIEROTH, Bodo. **Direitos fundamentais**. Tradutores: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Título original: Staatsrecht: Grundrechte. p. 50.

⁸⁵ SILVA, Karine de Souza. Estado contemporâneo em mutação: o sistema de distribuição de competências entre os Estados-membros e a Comunidade Européia. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; GARCIA, Marcos Leite (Org). **Reflexões sobre política e direito**: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 205.

função social enunciada na ordem constitucional, ou também chamado de Estado Democrático de Direito, é totalmente incompatível com a economia globalizada. Os direitos e garantias individuais e coletivos (...) devem ser alvo de preocupação daqueles que querem manter o Estado de Direito. E o esforço deve ser no sentido de serem implementados e 'radicalizados' pelo Estado-Cidadão os Direitos Fundamentais prometidos, para se oporem aos efeitos da globalização e sua decorrência, a transnacionalização⁸⁶.

Não é conveniente o Estado Democrático de Direito dar espaço a um pretenso Estado de polícia, garantidor somente da ordem, o qual é desprovido da função social esperada depois de muito tempo de evolução dos direitos e garantias fundamentais. Neste contexto está o direito à saúde e com este dificilmente se preocupará um Estado de polícia.

2.3 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E GARANTIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Por meio da análise do processo histórico do Estado e a construção dos direitos fundamentais no transcorrer do tempo, constata-se que o direito à saúde se trata efetivamente de direito fundamental, contido no rol de direitos fundamentais da segunda geração. Assim, para a efetivação do direito à saúde, exige-se do Estado uma obrigação de fazer, ou seja, uma ação positiva do Estado de cunho prestacional.

A efetivação do direito a saúde implica, antes de tudo, uma breve análise do disposto no art. 5º, § 1º, da CR⁸⁷. Segundo este dispositivo os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, ou seja, não precisam de outra norma que regulamente o exercício destes direitos para que sejam efetivos. Não há dúvida sobre esta aplicabilidade no que se refere aos direitos fundamentais de primeira geração, de liberdade negativa, que implicam uma imposição de abstenção do Estado em interferir no livre exercício de direitos como liberdade, propriedade, reunião etc, notadamente estampados no próprio art. 5º. Ocorre que, além dos direitos individuais de autonomia subjetiva, os direitos fundamentais possuem um

⁸⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Transnacionalização e direitos fundamentais: uma difícil equação.** In MONTE, Mário Ferreira e BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 34-35.

⁸⁷ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

significado mais amplo, que compreendem também os direitos econômicos, sociais e culturais⁸⁸.

Alguma dificuldade surge, contudo, no que concerne à aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais, aqui em destaque o direito à saúde, de segunda geração, previsto de maneira abstrata no *caput* do art. 6º da CR⁸⁹, cuja principal característica é a exigência de uma prestação positiva por parte do Estado, o que implica alto custo financeiro e manejo de grande estrutura física e organizacional.

O fato de o direito à saúde encontrar-se no art. 6º e não no art. 5º da CR é o primeiro obstáculo enfrentado para afirmar sua aplicabilidade direta e imediata, pois é o art. 5º que traz o rol de direitos fundamentais, o que, em tese, poderia implicar o direito à saúde ser uma norma programática ou pendente de regulamentação. Ocorre que, a Constituição da República não afirma, em qualquer dispositivo, que essa eficácia direta e imediata prevista no §1º não se estenda a outros direitos fora do rol do art. 5º. Perceba-se também que não se nega a aplicabilidade direta e imediata de outros direitos fora deste rol, como o direito de greve (art. 9º), os direitos trabalhistas (art. 7º) ou os direitos políticos (art. 14).

O art. 5º, § 2º, da CR⁹⁰ expressamente contempla, também, a possibilidade de que outros direitos, previstos em diplomas diversos da própria Constituição, como nos tratados internacionais, tenham esta mesma efetividade⁹¹. O texto constitucional, portanto, em momento algum afirma explícita ou implicitamente que os direitos sociais de cunho prestacional não teriam aplicabilidade direta e imediata.

⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**: Temas clave de la Constitución Española. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013. p. 47.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 263.

Diferentemente de outros direitos sociais que não possuem qualquer outra disposição tal qual a constante no art. 6º da Constituição Cidadã, o direito à saúde encontra especial disposição no art. 196, o qual inaugura uma seção inteira dedicada à matéria, o que deixa clara a especial preocupação com a tutela deste direito social por parte do legislador constituinte. Algumas previsões deste artigo constituem nova problemática como "a saúde é direito de todos e dever do Estado", além de "acesso universal e igualitário". Estas disposições revelam uma faceta da justiça social, consubstanciada no desenvolvimento do direito de solidariedade vertical que compreendem as atividades desenvolvidas pelo Estado em busca de uma maior justiça social, bem como o oferecimento de serviços e benefícios sociais para os cidadãos. Trata-se da distribuição da riqueza gerada em prol daqueles mais necessitados⁹².

2.4 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO ESTADO NO SENTIDO DE GARANTIR O DIREITO À SAÚDE

Para se adentrar no estudo das políticas públicas concernentes ao direito à saúde, necessária é a análise dos instrumentos utilizados para que a sociedade se desenvolva para a plena efetivação daquele direito. Trata-se, aqui, da normatização do tema, abordada por Fernando Aith como parte das instituições jurídicas⁹³. A característica principal destas é sua durabilidade, mas não significa sua imutabilidade, pois a alteração paulatina da legislação é fruto da adequação social com o transcorrer do tempo.

A Constituição da República, ao dispor que a saúde é direito de todos e dever do Estado, atribui a este a responsabilidade de elaborar ações de saúde que reduzam riscos de doenças e de outros agravos à saúde, garantindo aos cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde. Foi criado constitucionalmente, em conformidade com o art.

⁹² MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría constitucional de la solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 58.

⁹³ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 335.

198, o Sistema Único de Saúde, SUS, como instrumento do Estado para a efetivação do direito à saúde.

O SUS não possui personalidade jurídica própria⁹⁴, apesar de ter toda estrutura que permitiria que tivesse essa característica, e está regulamentado principalmente pela Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, e é um sistema harmonizador e organizador das ações desenvolvidas pelos órgãos existentes no Brasil, como o Ministério da Saúde, as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, as Agências Reguladoras e outros órgãos de direito público. As ações de direito público que forem executadas em prol da efetivação do direito à saúde estarão adstritas à circunscrição do SUS e sujeitar-se-ão às diretrizes deste sistema.

É reconhecido pela doutrina, pela comunidade, pelos entes da federação e pelo Poder Judiciário que o Estado não possui adequadas condições para efetivar de maneira satisfatória o direito à saúde. Conforme salienta Fernando Aith:

O Estado brasileiro ainda não possui as condições necessárias para cumprir integralmente o seu dever de garantir a saúde da população. Faltam hospitais, laboratórios, clínicas médicas, enfim, há carência de estrutura básica para o atendimento universal da população. Resta assim, ao Estado Brasileiro, através da União, dos Estados e dos Municípios, utilizar-se de parceiros privados para a consecução dos seus objetivos constitucionais. Trata-se da saúde complementar, ou seja, das ações e serviços de saúde que, embora sejam prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, são consideradas ações e serviços públicos de saúde em razão da existência de uma relação jurídica específica, concretizada por contratos ou convênios firmados entre essas pessoas e a União, os Estados ou os Municípios⁹⁵.

A iniciativa privada, então, pode agir de forma suplementar, quando for desenvolvida exclusivamente na esfera privada, ou de maneira complementar, quando se desenvolverem ações de iniciativa privada no âmbito do SUS. Em se tratando de prestação complementar de serviços pela iniciativa privada, esta se sujeita também às diretrizes do SUS⁹⁶.

Os principais órgãos que compõe o SUS são aqueles vinculados à Administração direta – Ministério da Saúde, Secretarias de Saúde - e indireta -

⁹⁴ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 342.

⁹⁵ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 351.

⁹⁶ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 347.

Autarquias. Há, também, entidades vinculadas ao Ministério da Saúde, quais sejam, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Agência Nacional de Saúde Suplementar, Fundações Públicas e Sociedades de Economia Mista.

O Ministério da Saúde é a autoridade máxima em se tratando de direito à saúde e lhe compete: política nacional de saúde; coordenação e fiscalização do SUS; saúde ambiental e ações de promoção e recuperação da saúde individual e coletiva; informações em saúde, insumos críticos para a saúde; ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos; vigilância de saúde, especialmente quanto às drogas, medicamentos e alimentos; e pesquisa científica e tecnologia na área de saúde. Compete ao ministério a decisão em última instância relativa às questões relacionadas com a saúde no Brasil⁹⁷.

O art. 28 da Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990 determina a estrutura básica do Ministério da Saúde e neste haverá uma Secretaria Executiva, o Gabinete do Ministro, a Consultoria Jurídica e o Departamento Nacional de Auditoria do SUS. A estrutura organizacional mais detalhada está prevista no Decreto nº 6.860, de 27 de maio de 2009, e alterações. Existem órgãos singulares – Secretaria de Atenção à Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Secretaria de Gestão Participativa e Secretaria de Vigilância em Saúde – e órgãos colegiados – Conselho Nacional de Saúde e Conselho Nacional de Saúde Suplementar, também previstos no art. 29 da Lei Federal 10.683, de 28 de maio de 2003.

Outro órgão importante do Ministério da Saúde, vinculado à Administração indireta, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a qual foi instituída pela Lei Federal 9.782, de 26 de janeiro de 1999 e pode emitir normas sobre as ações de vigilância sanitária no Brasil, o que gera influência nos Estados e Municípios⁹⁸. O objetivo da ANVISA é, de acordo com o art. 6º da lei citada, “promover a promoção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da

⁹⁷ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 345.

⁹⁸ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 346.

comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle dos portos, aeroportos e fronteiras”.

A segunda autarquia vinculada ao Ministério da Saúde é a Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS, criada por meio da Lei Federal 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Trata-se de órgão de regulação, normatização, fiscalização e controle das atividades garantidoras da assistência suplementar à saúde⁹⁹. O objetivo precípuo da ANS, conforme citada lei, é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, por meio de regulação das operadoras setoriais, no que diz respeito também às relações destas com prestadores e consumidores.

As instituições jurídicas de direito privado que não se submetam ao SUS e operem seguros, planos de saúde ou prestarem serviços privados de saúde são normatizadas, controladas e fiscalizadas pela ANS. As condições para que essas instituições jurídicas de direito privado participem na execução de ações e serviços de assistência à saúde, de iniciativa privada, estão fixadas também por meio da Lei Federal 9.961, de 28 de janeiro de 2000, arts. 20 a 23.

Há instâncias colegiadas que garantem a participação da comunidade nas atividades vinculadas à estrutura organizacional do SUS. A Lei Federal 8.142, de 28 de dezembro de 1990, prevê a Conferência de Saúde, o Conselho de Saúde, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde.

As Conferências de Saúde de cada esfera de governo, em reuniões realizadas a cada quatro anos, avaliam a situação de saúde e propõe diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes¹⁰⁰. Já os Conselhos de Saúde devem ser obrigatoriamente criados em cada ente da federação, paritariamente e com estrutura suficiente para que tenham capacidade de

⁹⁹ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 347.

¹⁰⁰ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 350.

fiscalização e controle da execução dos serviços públicos concernentes à saúde. Têm caráter permanente e deliberativo e são órgãos colegiados compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e, inclusive, usuários. Deliberam para formularem estratégias e controlam a execução da política de saúde nas suas respectivas instâncias, em nível econômico e financeiro, tendo as decisões homologadas pelo respectivo chefe de governo.

Somente receberão recursos federais ou estaduais, os entes que constituírem seus respectivos Conselhos de Saúde, conforme dispõe a Lei Federal 8.142, de 28 de dezembro de 1990. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde têm, também, representação no Conselho Nacional de Saúde.

Estados, Distrito Federal e Municípios também regulamentam suas respectivas instituições jurídicas relativas à efetivação do direito à saúde, da Administração direta e indireta, por meio de leis específicas, as quais seguem semelhante estrutura da União¹⁰¹.

Apresentadas as principais instituições jurídicas que contribuem com ações para a efetivação do direito à saúde no Brasil, importante é a submissão delas aos objetivos, princípios e diretrizes do SUS, os quais estão também dispostos na Constituição Cidadã, art. 196¹⁰², e na Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990. Nesta, o art. 5º especifica de maneira mais detalhada os objetivos do SUS¹⁰³. É importante salientar que além dos objetos determinados na legislação para o SUS, ou seja, para o Estado, os cidadãos têm responsabilidade sobre sua própria saúde e sobre a saúde do seu ambiente de vida, de sua família, de seus colegas de trabalho. A saúde individual e coletiva, assim, é garantida também por meio de ações

¹⁰¹ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 350.

¹⁰² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁰³ Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

advindas dos próprios cidadãos¹⁰⁴.

As ações dos órgãos componentes do SUS são norteadas por princípios e pelas diretrizes. Estas são especificadas pelo art. 198 da Constituição da República¹⁰⁵ e são instrumentos importantes de proteção contra as omissões do Estado, as quais têm sofrido intervenção do Poder Judiciário, em função das demandas repetitivas dos cidadãos.

O essencial princípio disposto no art. 196 da Constituição da República é que o Estado deve garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde. O segundo princípio é o da regionalização, advindo da descentralização do Estado na prestação de serviços públicos em geral. Há, aqui, a organização das ações do Estado de maneira descentralizada e mediante cooperação entre os entes da federação, efetivada por meio das Comissões Intergestores Tripartites e Bipartites. Estas pactuaram duas normas importantes para a concretização dos princípios acima mencionados: a Norma Operacional Básica do SUS, aprovada por meio da Portaria GM/MS 2.203, de 5 de novembro de 1996, e a Norma Operacional da Assistência à Saúde, aprovada pela Portaria GM 373, de 27 de fevereiro de 2002.

A abordagem referente ao princípio da regionalização, advindo da descentralização entre os entes da federação, induz ao estudo das competências do SUS. O art. 23, inciso II, da CR determina a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Outras competências e atribuições estão contidas constitucionalmente no art. 200, incisos I a VIII, as quais podem ser ampliadas pela legislação infraconstitucional¹⁰⁶, a qual já trata do campo de atuação do SUS, em conformidade

¹⁰⁴ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 353.

¹⁰⁵ Art. 198. 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.

¹⁰⁶ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo:

com a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, art. 6º, incisos I a XI. Em função do princípio da regionalização, o art. 8º da mesma lei determina que os entes da federação deverão atuar de maneira hierarquizada e regionalizada, integrando-se e somando esforços para tornar o SUS mais eficiente. Já o art. 15 trata das competências e atribuições comuns a cada um dos entes da federação. As atribuições específicas de cada um estão no art. 16 – competências da União –, no art. 17 – competências dos Estados –, no art. 18 – competências dos Municípios – e no art. 19 – competências do Distrito Federal, o qual acumula as atribuições dos Estados e Municípios.

Atribuições mais específicas estão contidas na Norma Operacional Básica do SUS, aprovada por meio da Portaria GM/MS 2.203, de 5 de novembro de 1996, cuja finalidade precípua é promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público em nível Municipal e no Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos respectivos municípios, assim redefinindo as responsabilidades da União, dos Estados e do Distrito Federal. Há três campos de atenção à saúde, conforme referida Norma: assistência, intervenções ambientais e políticas externas ao setor de saúde¹⁰⁷.

Cabe ao Ministério da Saúde exercer a gestão nacional do SUS, promover as condições e incentivar o gestor estadual, objetivando o desenvolvimento dos sistemas municipais e normatizar e coordenar a gestão nacional do SUS. Aos Estados fica a incumbência de exercer o papel de Gestor estadual do SUS, promover as condições e incentivar os Municípios para que assumam a gestão da atenção à saúde nos seus respectivos territórios, assumir em caráter transitório, a gestão da atenção à saúde dos cidadãos pertencentes aos Municípios que ainda não assumiram suas responsabilidades e promover a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas municipais. Aos Municípios, por fim, fica transferido o ofício de realizar e prestar diretamente em seu

Quartier Latin, 2007. p. 359.

¹⁰⁷ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 366.

território as ações e os serviços públicos de saúde à população¹⁰⁸.

Depois de identificadas as competências e atribuições dos entes da federação, para estes promoverem, protegerem e recuperarem a saúde, o financiamento permanente é necessário e nesse sentido dispõem a Constituição da República e as Leis Federais 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Em conformidade com o art. 194 da Constituição Cidadã, a saúde integra a seguridade social e o financiamento desta está previsto constitucionalmente no art. 195. A sociedade financia a seguridade social, direta ou indiretamente, por meio de recursos advindos dos orçamentos dos entes da federação. As contribuições sociais, além de outras que eventualmente sejam criadas, também financiam a seguridade social, consoante dispõe o art. 195, inciso I e § 4º.

A forma de realização do financiamento das ações e serviços públicos de saúde é detalhada por meio do art. 198, §§ 1º e 3º da *Carta Magna*. Essa importante alteração nos dispositivos citados foi realizada por meio da Emenda Constitucional 29, prevendo no que concerne à saúde o que já estava previsto na área da educação. O SUS, dessa forma, é financiado com recursos do orçamento da seguridade social dos entes federativos, além de outras fontes de recursos.

O art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinava que aos Estados e Distrito Federal ficariam vinculados 12% da arrecadação do ICMS, do ITCMD, do IPVA e das transferências constitucionais realizadas pela União aos Estados, sendo deduzidas as parcelas transferidas aos respectivos Municípios. Aos Municípios e ao Distrito Federal ficariam vinculados 15% dos recursos advindos da arrecadação do IPTU, do ISS, do Imposto de Transmissão “Inter Vivos” e das transferências constitucionais realizadas pela União aos Municípios. A Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, teve o objetivo de regulamentar o art. 198, § 3º, da Constituição da República, instituindo, entre outras coisas, percentuais mínimos do produto de arrecadação dos impostos, acima mencionados, a serem aplicados anualmente pelos entes da federação. Foram mantidos por meio

¹⁰⁸ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 366.

desta Lei Complementar os mesmos percentuais anteriormente previstos por meio do art. 77 do ADCT.

A Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, por meio de seus arts. 31, 32 e 33, detalhou as previsões da Constituição da República relativas à destinação dos recursos do orçamento da seguridade social ao SUS, ao reconhecimento de outras fontes de recursos para efetivação do direito à saúde e aos procedimentos de depósito e movimentação dos recursos, que ficam sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde. A Lei Federal 8.142, de 28 de dezembro de 1990, no art. 4º, determinou a obrigatoriedade de os entes da federação instituírem os Fundos de Saúde, requisito sem o qual não será possível receberem repasses federais e estaduais. A utilização dos recursos passa por auditoria do Ministério da Saúde, consoante dispõe a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, art. 33, § 4º.

É possível inferir, mediante análise da legislação concernente à efetivação do direito à saúde no território brasileiro, que há uma estrutura consolidada, apesar da escassez de recursos, e que tem atribuição de competências entre todos os entes da federação. A responsabilidade entre os entes da federação, em conformidade com o texto constitucional, é solidária, o que é melhor abordado no próximo capítulo, por meio da análise jurisprudencial^{109 110 111 112}.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 726.449, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luciano Marques Keller. Relator: Luiz Fux. Brasília, 13 de agosto de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:26.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70045607991, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Maria Eva Pacheco Maciel. Relator: Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 30 de novembro de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:10.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716.777, Rio Grande do Sul. Agravante: União. Agravada: Celia de Souza Oliveira. Relator: Celso de Mello. Brasília, 9 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:09.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381, Santa Catarina. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Luciano Angelo Cardoso e outro(a/s). Relator: Luiz Fux. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:22.

CAPÍTULO 3

O PODER JUDICIÁRIO, AS DEMANDAS DOS CIDADÃOS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

3.1 DOUTRINA FUNDAMENTADORA NAS DEMANDAS JUDICIAIS

3.1.1 A Reserva do Possível

Se a saúde é direito de todos, é universal e dever do Estado, como foi abordado acima, isto significa que para a sua concretização, necessariamente, enormes despesas devem ocorrer e estrutura precisa ser disponibilizada.

É de notório conhecimento a situação de calamidade que se encontra a prestação de serviços relativos à saúde, em claro desrespeito à força normativa da Constituição. A não prestação destes serviços de uma maneira ao menos regular encontra na senda política inúmeras explicações, mas a juridicamente mais robusta é a chamada "reserva do possível". Tal expressão teve origem na década de 70 do século passado, na Alemanha, quando dois juristas daquele país formularam ideias sobre o descontrole dos gastos do Estado com os direitos sociais. Wolfgang Martens afirmou que os direitos sociais somente poderiam ser garantidos dentro das possibilidades e adequação do Estado e Peter Häberle trouxe a ideia de que os direitos sociais, dentre outros, dependem da capacidade e reserva financeira do Estado¹¹³.

Tais argumentos foram também utilizados pela Corte Constitucional Alemã em um caso concreto envolvendo pedido de acesso ao ensino superior, que tornou famosa a expressão. Atualmente, é comum o Estado contestar pedidos judiciais de direitos ligados à prestação da saúde, como o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos específicos, tendo como fundamento a reserva do possível, disposições orçamentárias etc.

¹¹³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p.382.

De fato é inegável que os direitos sociais prestacionais tem um alto custo, notadamente o direito à saúde, e que a sua aplicação depende da capacidade financeira do Estado, de disponibilidade de recursos. O que se deve ter em mente quanto a isso é que na busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, tais argumentos não podem representar obstáculos intransponíveis para o exercício dos direitos sociais¹¹⁴. Se o texto constitucional prevê o acesso a este direito ele precisa ser prestado. Nenhum dos poderes constituídos pode se valer do argumento do custo do serviço para não o prestar, de maneira a impedir a eficácia das disposições constitucionais.

Não são poucos, também, os que sustentam que argumentos como o da reserva do possível representam apenas um véu sobre a verdadeira razão da negação da prestação dos direitos sociais. A globalização, a cultura do consumo, do apelo excessivo à propriedade e ao individualismo têm em muitos casos se tornado o direcionador da produção legislativa e de decisões judiciais. Além disso, o sistema econômico-financeiro tem se tornado o principal fator de pressão para a ineficácia dos direitos humanos, sobretudo direitos coletivos e direitos difusos, no qual se incluem os direitos sociais. Por estas razões afirma-se que o poder do Estado vem sendo fragilizado por não mais dispor de instrumentos eficazes para o controle dos agentes econômicos¹¹⁵.

A política tem servido as determinações do mercado e o direito as da economia. Os interesses do mercado são de um Estado enfraquecido que não interfira na livre celebração dos negócios e, por via de consequência, postula por um Estado mínimo, pouco interventor e, portanto, pouco prestativo. Tal fenômeno descrito por Konrad Hesse denomina-se de "escavação dos direitos fundamentais"¹¹⁶, com o claro intuito de desconstituir direitos anteriormente conquistados ou simplesmente impedir a sua efetivação. Embora não seja o escopo

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 286-287.

¹¹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29.

¹¹⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Transnacionalização e direitos fundamentais**: uma difícil equação. In MONTE, Mário Ferreira e BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**: debate luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39-40.

deste trabalho, não se pode desconsiderar tais afirmações profundamente ligadas ao fenômeno da transnacionalidade e do enfraquecimento da soberania do Estado.

3.1.2 O Mínimo Existencial

Em contrapartida aos fatos e fundamentos de cunho econômico, a doutrina argumenta que há vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo estes um alicerce para o direito constitucional da atualidade¹¹⁷. Para se viver com dignidade são necessárias condições mínimas para o desenvolvimento pessoal e social. A liberdade de fato somente pode ser almejada se o sujeito é capaz de viver sem a interferência externa, no sentido de se autogovernar e ser independente. Para que tal autonomia mínima seja atingida, é essencial a eficácia de políticas públicas voltadas à atenção básica, como educação e saúde, que são deveres do Estado por determinação constitucional¹¹⁸.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão consagrou-se o reconhecimento de um direito fundamental de obter do Estado garantias mínimas para uma existência com dignidade. Isso inclui a assistência social, saúde, dentre outros benefícios para auxiliar a todos que não possuem condições de garantir a própria subsistência. Esta garantia mínima chamou-se de "mínimo existencial"¹¹⁹.

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem um custo, o que limita a sua prestação, é que o conceito de mínimo existencial ganhou roupagem. Este é a essencialidade dos direitos fundamentais, sem os quais não é possível viver dignamente. Este mínimo é definido pela própria Constituição e consiste nas condições mínimas que o Estado tem o dever de garantir ao cidadão

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 26.

¹¹⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 389.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, p. 179, 2007.

para uma existência digna. Ainda, sobre o que exatamente compõe o mínimo existencial não há uma fórmula estanque, tampouco um rol taxativo. Seu conceito é flexível, de caráter variado e relativo, que deve ser interpretado no caso concreto, de acordo com o contexto¹²⁰.

Na jurisprudência do STF vê-se que o mínimo existencial é frequentemente invocado e confrontado frente à reserva do possível, ressaltando-se que o Tribunal não está interferindo na competência do Poder Executivo, mas tão somente dando efetividade a um imperativo constitucional:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. **A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.** 3. **Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento¹²¹. [Grifos nossos].

O STF não mais considera o direito à saúde como uma norma programática ou sujeita a qualquer tipo de complementação, mas sim como um direito fundamental com eficácia direta e imediata. Outro julgado, abaixo transcrito, demonstra a amplitude do mínimo existencial, que pode incluir medicamentos, fraudas geriátricas e absorventes descartáveis:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE.

¹²⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p. 398.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642.536, Amapá. Agravante: Estado do Amapá. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Relator: Luiz Fux. Brasília, 5 de fevereiro de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 7 out. 2014, 22:40.

REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Entendimento diverso do adotado pelo Tribunal a quo, concluindo que o fornecimento de fraldas descartáveis seria imprescindível à saúde, ensejaria o reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Precedentes: RE 724.293-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 11//2013, e RE 726446-AgR/RS, Rel. Min. Teori Zavazcki, Segunda Turma, DJe de 6/5/2013 2. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “Constitucional. direito à saúde. fornecimento DE FRALDAS GERIÁTRICAS DESCARTÁVEIS. responsabilidade solidária de todos os entes da federação. artigos 23, II e 196, constituição federal. Precedentes do supremo tribunal federal, do superior tribunal de Justiça e deste tribunal de justiça. De acordo com firme orientação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o **direito à saúde é dever do Estado, lato sensu considerado, a ser garantido modo indistinto por todos os entes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, forte nos artigos 23, II e 196, da Constituição Federal, a abarcar, portanto, não apenas o fornecimento de medicamentos, como também o fornecimento de fraldas geriátricas descartáveis e absorventes descartáveis, quando presentes (1) as condições de saúde da parte e (2) a ausência de recursos financeiros para aquisição, consoante se dá na hipótese dos autos.**” 3. Agravo regimental a que se nega provimento¹²². [Grifos nossos].

No julgado acima o STF considerou que o fornecimento de medicamentos, fraldas e absorventes estaria condicionado à ausência de condições de saúde e financeiras do postulante. Neste diapasão, o Supremo aplicou o princípio da razoabilidade, no sentido de que o direito à saúde está atrelado às condições econômicas do sujeito, pois se a Constituição autoriza a existência de sistemas de prestação de serviços privados de saúde, a gratuidade ampla e universal, inclusive para aqueles que possuem condições de pagar pelo serviço ou pelo produto sem maiores entraves, seria no mínimo questionável¹²³. A definição, no entanto, de quem pode e quem não pode pagar continua obscura, ainda mais considerando que todos somos contribuintes tributários.

Neste aspecto, deve-se considerar também o desdobramento do valor de justiça social em solidariedade horizontal¹²⁴, aquela desenvolvida no âmbito da sociedade, entre os seus próprios membros, nitidamente ligada à ideia de

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 726.449, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luciano Marques Keller. Relator: Luiz Fux. Brasília, 13 de agosto de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:26.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 326.

¹²⁴ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría constitucional de la solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 58.

cooperação em prol do bem comum. Podem ser destacadas aqui as atitudes como a preservação do meio ambiente para a atual e as futuras gerações, a preservação e o cuidado com o patrimônio público pelos cidadãos, a constituição de associações e sociedades civis de caridade e assistência social e também, o custeio do sistema de saúde em prol daqueles que não têm condições de pagar por um tratamento médico ou por um medicamento. Pagar tributos, ter boas condições financeiras e pagar por um sistema de saúde que será utilizado pelos mais necessitados, mas não pelo próprio contribuinte, é um evidente exemplo de solidariedade horizontal e de exercício de cidadania¹²⁵.

Destarte, verifica-se que a efetivação do direito à saúde, sobretudo aos mais necessitados, não pode encontrar óbices em argumentos de cunho econômico como a reserva do possível, uma vez que a própria Constituição considera a saúde como um direito fundamental e dever do Estado. De fato, a dignidade humana, a vida e a própria liberdade não possuem qualquer significado sem o acesso à assistência básica de saúde. É verdade que os direitos possuem custos e que o Estado não dispõe de recursos inesgotáveis. No entanto, certos direitos sociais prestacionais como saúde e educação, que compõe o mínimo existencial para uma vida digna, não podem restringir-se a meras normas de cunho programático.

3.1.3 Princípio da Separação de Poderes

O art. 2º da Constituição da República dispõe que os Poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consagrando o princípio da separação de poderes no Brasil. Trata-se de um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro que o legislador constituinte originário consagrou, na Carta Política de 1988, expressamente como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, inciso III, o qual estabelece que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”.

¹²⁵ MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría constitucional de la solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 58.

Para José Afonso da Silva¹²⁶, referido princípio, adotado pela nossa Constituição como princípio fundamental, é tido como princípio geral do Direito Constitucional. Sendo que as expressões Poder Legislativo, Executivo e Judiciário possuem duplo sentido, pois exprimem as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação no título da organização dos poderes.

3.1.3.1 Construção da separação dos poderes no Brasil

Muitos atribuem a gênese e concepção da teoria da separação dos Poderes a Aristóteles, o qual estabeleceu três tipos distintos de atos estatais, quais sejam: o ato deliberativo, o executivo e os atos do judiciário¹²⁷. Todavia, o absolutismo dominou o sistema, permitindo que o monarca reunisse em si as três funções estatais.

Devido a sua importância, a teoria da separação de poderes resultou do esforço não apenas de um, mas de vários pensadores comprometidos com uma nova ordem estatal, como John Locke¹²⁸ e Benjamin Constant¹²⁹. A versão, entretanto, que apresentou a melhor formulação da separação dos poderes foi a elaborada por Montesquieu, o qual asseverou que não seria possível a existência de liberdade se o poder estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimitado e tenderia o homem ao abuso. Por isso, o exercício das atividades estatais deveria ser dividido em três Poderes: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário¹³⁰.

Para o pensador francês, os órgãos que legislam não podem ser os mesmos que executam, assim como nenhum dos dois pode ser encarregado de

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 108.

¹²⁷ ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

¹²⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994.

¹²⁹ CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1989.

¹³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

decidir controvérsias. A cada um dos poderes correspondem determinadas funções. O Filósofo alemão Kant, tratou também do princípio da separação de poderes. A “trias política” do referido autor reproduz a de Montesquieu, enaltecendo, sobretudo, o aspecto ético.

O princípio da separação de poderes foi, pela primeira vez, proclamado de modo solene na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Neste período, impulsionado pelas revoluções liberais, ganhou vulto o movimento constitucional que impôs o chamado conceito ideal de constituição, segundo o qual seria desprovida de Constituição a sociedade em que não estivesse estabelecida a separação dos Poderes. Assim, a separação de poderes seria princípio extraído do próprio Estado Democrático de Direito¹³¹.

No Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 já se encontra presente o reconhecimento da necessidade de controle do poder político:

Dos poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Esta carta, todavia, encontra-se distante da clássica tripartição de poderes formulada por Montesquieu¹³², pois previa a existência de quatro poderes de Estado: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador. Tanto o poder executivo quanto o poder moderador ficavam acumulados nas mãos do imperador.

Posteriormente, a Constituição de 1891, influenciada pelo modelo norte-americano¹³³, repudiou a monarquia, privilegiando a tripartição dos poderes políticos: “Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Esta Carta vigorou até o ano de 1934, ano em que foi promulgada nova Constituição, que também tratou da

¹³¹ CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Marcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Saraiva, 2010.

¹³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹³³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128.

organização tripartite do poder político em seu art. 3º.

A Constituição de 1937 não faz menção às divisões das funções do Estado. Previu a existência de um poder legislativo submisso à autoridade suprema do presidente da república, o que, por si só, inviabilizava a existência de poderes harmônicos e independentes.

Em 1946, com a promulgação de nova *Carta Magna*, retorna-se à tripartição do poder político. Há que se destacar a expressa vedação ao exercício concomitante, por um mesmo cidadão, de funções estatais soberanas distintas.

Art. 36. São Podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º É vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições.

As constituições que sucederam à Carta de 1946 mantiveram a ideia de “separação” dos poderes, inserindo apenas a figura do decreto-lei, que conferia, na prática, competência legislativa ao presidente.

A Constituição atualmente vigente, chamada cidadã, reforçou o princípio da separação dos poderes, apesar de ter permitido ao presidente da república editar medidas provisórias e ter alargado a competência legislativa federal, em razão da competência vertical. Dispôs em seu art. 2º que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

3.1.3.2 Poder Político

O Poder é um fenômeno sociocultural. A partir do momento em que se pertence a um grupo, reconhece-se que este pode exigir, impor, fixar determinados atos e comportamentos necessários a realização de determinados fins. Tal poder é inerente ao grupo¹³⁴.

Existem diversas formas de poder, ou diversas formas de manifestação do

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 106.

poder: poder social, poder jurídico, poder político, poder familiar etc. O Poder estatal ou poder político do Estado tem por finalidade coordenar e impor regras e limites à sociedade civil, visando à realização de fins específicos. Logo, o poder político é superior a todos os outros poderes sociais. Para José Afonso Silva¹³⁵ essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado, pois implica a independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna).

3.1.3.3 Governo e distinção de funções do poder

O Estado constitucional de direito está assentado na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível. O Poder do Estado na pessoa do seu titular é indivisível, a divisão só se faz quanto ao exercício do poder¹³⁶.

O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. A vontade do Estado, portanto, manifesta-se por meio de órgãos estatais. Aos órgãos do Estado supremos (constitucionais) incumbe o exercício das funções do poder político, cujo conjunto se denomina governo.

As funções do poder não se confundem com a divisão do poder. José Afonso da Silva assevera que:

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentrados num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam o nome das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo, órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, temos a concentração de poderes¹³⁷.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 107.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 108.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 108.

3.1.3.4 Separação dos Poderes

O Conteúdo da separação dos poderes está concentrado em dois elementos: especialização funcional e independência orgânica¹³⁸. A especialização funcional se verifica pela atribuição de função específica a cada órgão. A cada órgão do Estado seriam atribuídas funções típicas, em predominância, e atípicas, evitando a concentração de uma mesma função em somente um organismo. A independência orgânica se apura pela ausência de subordinação entre um órgão e outro. Todos os poderes estão subordinados a Constituição, não havendo um poder superior aos outros.

O Direito Constitucional Contemporâneo, apesar de adotar a tradicional ideia da Tripartição dos Poderes, já não adota essa fórmula com rigidez, por entender que se tornou inadequada para um Estado intervencionista. Na análise jurisprudencial é possível constatar que o Poder Judiciário flexibiliza aquela fórmula, em favorecimento da garantia dos direitos fundamentais.

Assim, as funções típicas do Poder Legislativo consistem em legislar e fiscalizar a parte contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (Constituição da República, art. 70)¹³⁹. As funções atípicas¹⁴⁰ constituem-se em administrar, quando dispõe sobre sua organização e funcionamento interno, exercendo o provimento de cargos aos seus servidores, assim como, seu plano de carreira e julgar quando este, por exemplo, exerce o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, de acordo com o art. 52, incisos I e II, da *Carta Magna*.

A função típica do Poder Executivo é a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração¹⁴¹. A Chefia do Poder Executivo foi confiada ao Presidente da República, auxiliado pelos seus Ministros. Quando legisla, por

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 947.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 895.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 947.

meio de medidas provisórias, o Poder Executivo exerce função atípica.

A função típica do Judiciário é a jurisdicional, ou seja, a aplicação da lei ao caso concreto com o fim de dirimir a lide¹⁴². Possui funções atípicas de natureza administrativa, como por exemplo, a concessão de férias aos seus membros e serventuários, e de natureza legislativa, por meio da edição de normas regimentais.

3.1.3.5 Independência e harmonia entre os poderes

A Constituição da República atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. A estes órgãos, a Constituição Federal garantiu-lhes autonomia e independência, dentro de uma visão harmônica¹⁴³.

Com respeito à independência e harmonia dos poderes consagrados pela *Carta Magna*, discorreu José Afonso da Silva¹⁴⁴ sobre o seu significado:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...). A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de poderes entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contra-pesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Para que seja preservada, portanto, uma autonomia eficiente entre esses Poderes, não se deve pensar numa independência absoluta. Deve-se pensar em uma individualidade harmônica, de modo que cada Poder deverá possuir autonomia para o exercício de suas funções, mas desde que de forma conjugada e

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 947.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 947.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 110.

compatibilizada com os demais. Nesse sentido, os controles recíprocos, através do sistema de freios e contrapesos, ocorrem para garantir o equilíbrio entre eles. Aqui, as demandas judiciais e, conseqüentemente, as decisões proferidas pelos órgãos julgadores têm veemente importância.

3.2 JURISPRUDÊNCIA RELATIVA À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Como se pode perceber, a doutrina aponta construções importantes que são embasamento para as decisões judiciais. Dessa forma, por meio de consulta à jurisprudência verifica-se a consolidação de alguns entendimentos concernentes à efetivação do direito à saúde. O primeiro destes destacado nas decisões trata da conclusão, dos julgadores, de que não cabe ataque de uma esfera de poder fundamentando que não é legítima para figurar em polo passivo de pleito judicial relativo ao direito à saúde. Abaixo segue julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja fundamentação é constante nas demandas judiciais:

APELAÇÃO CÍVEL. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO – ART. 196, CF. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO.

1) O Estado do Rio Grande do Sul é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda em que alguém pleiteia o fornecimento de fraldas geriátricas, uma vez que há obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios¹⁴⁵.

Outra abordagem recorrente é o fato de que, para a efetivação do direito à saúde aos cidadãos, a responsabilidade entre os entes da federação - União, Estados e Municípios - é solidária. Se um ente da federação não prestar atendimento que garanta a efetivação do direito à saúde, é possível que todos sejam polos passivos e respondam solidariamente¹⁴⁶. Nesse mesmo diapasão está o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual na mesma causa julgou sobre a legitimidade da União no polo passivo no pleito:

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70045607991, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Maria Eva Pacheco Maciel. Relator: Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 30 de novembro de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:10.

¹⁴⁶ BALLERINI, Júlio César Silva. **Direito à saúde**: aspectos práticos e doutrinários, no direito público e no direito privado. Leme: Habermann, 2009. p. 353.

(...) A parte ora agravante, no apelo extremo em causa, requereu que seja '(...) reconhecida a ausência de responsabilidade direta da União pelo custeio do exame pleiteado pela recorrida, com o que deverá ser reformado o v. acórdão exarado pela TR dos Jefs do RS, julgando-se improcedente a ação, com inversão dos ônus sucumbenciais'.

Entendo não assistir razão à União Federal, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que essa postulação – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos gerados pela patologia que afeta a ora agravada (que é portadora de neoplasia maligna de bço) – impediria, se aceita, que a paciente, pessoa destituída de qualquer capacidade financeira, merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida.

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa¹⁴⁷.

O art. 23, inciso II, da Constituição da República dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum no que diz respeito ao cuidado da saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, assim, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS, de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos 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 decisões dos tribunais, para reforçar a responsabilidade solidária dos entes da federação, trazem o argumento de que não é justificativa o fato de não existir regulamentação de norma constitucional em nível municipal, ou neste não caber realocar recursos para fornecimento de medicamentos às pessoas carentes, quando seria, segundo argumentos dos recorrentes, responsabilidade de outro ente o repasse do recurso ou o fornecimento de medicamentos.

Entre proteger o direito à saúde e à vida, prerrogativa inalienável fixada constitucionalmente, ou fazer prevalecer interesse financeiro e secundário do Estado, razões de ordem ético-jurídica determinam ao julgador o dever de respeitar a saúde humana, principalmente àquelas pessoas carentes que têm acesso à

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716.777, Rio Grande do Sul. Agravante: União. Agravada: Celia de Souza Oliveira. Relator: Celso de Mello. Brasília, 9 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:09.

distribuição gratuita de medicamentos¹⁴⁸. Aqui evidencia-se a solidariedade social que deve existir entre todos os entes da federação, no sentido de ser garantido o direito à saúde.

Percebe-se que os entes da federação têm recorrido às instâncias superiores de julgamento, na tentativa de criar entraves jurídicos, por meio de medidas protelatórias, à efetiva garantia do direito à saúde aos cidadãos. Percebido isto em nível de Supremo Tribunal Federal, este órgão julgador já condena tal prática:

(...) 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, **e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.**

4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde recorrida¹⁴⁹. [Grifo nosso]

Identificada, também, a litigância de má fé e desatenção ao dever de lealdade processual, quando interposto agravo de maneira abusiva, os órgãos julgadores têm aplicado ao agravante multa¹⁵⁰ a ser paga ao agravado, como medida punitiva decorrente da interposição de recursos abusivos e meramente protelatórios, os quais afetam diretamente quem recorre ao Poder Judiciário para ter tratamento que, pelas vias administrativas normais, não obteve êxito.

O objetivo principal do art. 196 da Constituição da República é garantir que seja efetivado o direito à saúde, com a implementação de medidas que facilitem

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, Rio Grande do Sul. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:14.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381, Santa Catarina. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Luciano Angelo Cardoso e outro(a/s). Relator: Luiz Fux. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:22.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 597.182-9, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Elvira Alves. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 10 de outubro de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:17.

aos necessitados tutela do Estado, no que diz respeito à prestação de serviços médico-hospitalares e/ou fornecimento de medicamentos, considerando que quando alguém recorre ao Poder Judiciário para obter uma prestação relativa ao direito à saúde, padece de um mau que afeta sua qualidade de vida e, na pior das hipóteses, acaba por entrar em óbito dependendo do tempo transcorrido até obter a tutela estatal. Não é legítimo ao ente federativo, dessa forma, utilizar-se de medidas que são flagrantemente protelatórias à efetivação do direito à saúde.

Ainda no que concerne à solidariedade das esferas da União, Estados e Municípios, o processo de regulamentação interna entre os entes não deve, conforme alegam os julgadores¹⁵¹, atingir o interessado, considerando que o direito à saúde deve ser prestado de forma integral e incondicional. Acionado judicialmente um ente, este deverá atender à demanda do interessado e, sem envolvê-lo, posteriormente resolver as questões de compensação interna entre os outros entes da federação.

Utensílios indispensáveis à garantia da preservação da saúde também devem ser objeto de prestação do Estado, *lato sensu* considerado, independentemente de estarem ou não contidos no rol de medicamentos e utensílios básicos de responsabilidade do ente, considerando que, de acordo com fundamentação dos Tribunais, as Portarias que regulamentam aquele rol não podem se sobrepor ao que está determinado na Constituição da República:

DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 557, CAPUT DO CPC). DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS DESCARTÁVEIS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. 1. Qualquer dos entes políticos da federação tem o dever na promoção, prevenção e recuperação da saúde. 2. Não prevalece a alegação do Estado no sentido de que só é responsável pelo fornecimento de medicação e utensílios de higiene e tratamento médico que fazem parte da lista de remédios básicos de sua responsabilidade, pelo simples fato de que as Portarias que regulamentam as gestões - de âmbito interno entre os entes - não se sobrepõem à norma constitucional. Precedentes deste Tribunal. 3. Assim, demonstrada a verossimilhança das alegações, como também o risco de dano irreparável, caso não deferida a medida pleiteada, porquanto é direito do cidadão exigir, e dever do Estado fornecer, medicamentos e utensílios médicos indispensáveis ao tratamento da moléstia quando o cidadão não puder arcar com a compra sem prejuízo ao seu próprio sustento, é de ser deferida a

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70044438349, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Domingos Nicolli. Relator: Francisco José Moesch. Porto Alegre, 30 de novembro de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:15.

antecipação de tutela¹⁵²

É pertinente salientar que os tratamentos que visem à minimização do risco à doença devem ser garantidos pelo Estado, em função do determinado no art. 196 da Constituição da República, sob pena de este dispositivo, em não gerando aquelas garantias, tornar-se previsão inócua do Constituinte, o que os órgãos julgadores têm evitado, conforme decisão supracitada¹⁵³. José Afonso da Silva também elucida a respeito:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam¹⁵⁴.

Os julgadores têm refutado o fato de o Estado simplesmente proclamar o reconhecimento formal de um direito. Este, consoante o Supremo Tribunal Federal¹⁵⁵, deve ser integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente o direito à saúde, o qual se qualifica como prerrogativa jurídica de o cidadão exigir, do Estado, prestações positivas determinadas pela própria Constituição da República.

Há demandas, em função do mandamento constitucional, que objetivam o fornecimento de medicamentos para determinada coletividade, considerando requisitos mínimos para a respectiva concessão, como o caso da Subseção Judiciária de Maringá, em que o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual ajuizaram ação civil pública, requerendo antecipação de tutela, no sentido de serem concedidos medicamentos a pacientes para tratamento de Doença

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Cível). Apelação Cível nº 70044516987, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Mara Eloisa Fernandes. Relator: Arno Werlang. Porto Alegre, 31 de agosto de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:10.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70044438349, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Domingos Nicolli. Relator: Francisco José Moesch. Porto Alegre, 30 de novembro de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:15.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 831.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716.777, Rio Grande do Sul. Agravante: União. Agravada: Celia de Souza Oliveira. Relator: Celso de Mello. Brasília, 9 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:09.

Pulmonar Obstrutiva Crônica, DPOC¹⁵⁶. O requisito para concessão dos medicamentos seria a comprovação da necessidade do uso daqueles, mediante receituário expedido por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde.

Demandas como essas são atacadas pelo Estado, por meio de requerimento de Suspensão de Tutela Antecipada, com a alegação de que as decisões dos tribunais são genéricas a ponto de afetarem a saúde e a economia públicas. O Supremo Tribunal Federal, contudo, entende de maneira diferente e, reconhecendo a legitimidade das instâncias iniciais de julgamento, salienta que não se trata de permitir o uso irrestrito e ilimitado dos medicamentos, porquanto seriam fornecidos apenas aos pacientes que comprovassem a doença e a necessidade dos fármacos, por meio de receituário emitido por médico filiado ao próprio Sistema Único de Saúde:

(...) não se sustentam as alegações da agravante, pois a decisão exige condições específicas dos portadores da moléstia (DPOC), a saber, residência no âmbito territorial delimitado (municípios integrantes da Subseção Judiciária de Maringá) e indicação em receituário expedido por médico vinculado ao SUS (...).

(...) O acórdão proferido pela Corte de origem, e confirmado pela decisão ora agravada, exige não somente prescrição médica, mas que tal indicação seja formulada por profissional integrante do Sistema Único de Saúde, o qual, exatamente por integrar o quadro de médicos do SUS, deverá seguir os procedimentos estabelecidos na legislação pátria.

(...) o pressuposto básico da suspensão de segurança é a ocorrência concreta de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. A lesão, portanto, há de ser de grande monta e não meramente hipotética ou potencial (...).

(...) Neste caso, não há prova de que se atingiu, na extensão exigida pelo dispositivo legal, a ordem pública, como se afere da própria decisão recorrida: 'a ausência de imposição expressa de qualquer sanção pelo descumprimento de prazo de cumprimento da decisão afasta qualquer alegação de grave lesão nesse contexto' (...) ¹⁵⁷.

Quando as decisões foram proferidas de maneira efetivamente genéricas, a ponto de se chegar a ultrapassar os limites da lide, há julgamentos que tratam do assunto de maneira não divergente, mas que confirmam o entendimento do Supremo Tribunal Federal supracitado. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conheceu em parte recurso de apelação, determinando que conste no dispositivo da

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental a Suspensão de Tutela Antecipada nº 328, Paraná. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 24 de junho de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:11.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental a Suspensão de Tutela Antecipada nº 328, Paraná. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 24 de junho de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:11.

sentença de primeiro grau qual medicamento deve ser fornecido ao interessado, enquanto perdurar a necessidade¹⁵⁸.

Percebe-se, aqui, que o fornecimento dos medicamentos poderia ocorrer sem a intervenção do Poder Judiciário, pois a referida decisão considerou a estrutura do Sistema Único de Saúde e determinou requisitos que o próprio sistema poderia ter exigido dos interessados, sem que estes recorressem a outras instâncias para obterem tratamento.

Por meio de análise jurisprudencial comprova-se, também, que os órgãos julgadores afetam, de certa forma, as políticas públicas de garantia do direito à saúde, com o fundamento de que o Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população e, se isto ocorrer, há comportamento inconstitucional¹⁵⁹.

Decisões em instância de primeiro grau, por exemplo, determinam até mesmo o bloqueio de valores na conta bancária do Estado, decorrente do deferimento de pedido de tutela antecipada, ocorrendo confirmação nas instâncias recursais superiores, em nível de Tribunal de Justiça¹⁶⁰ e no Supremo Tribunal Federal. Inconformado, o Estado utiliza-se das vias recursais e faz referência confusa ao art. 100, § 2º, da Constituição da República para tentar evitar o sequestro daqueles valores, mas, conforme entendimento extraído da própria leitura do artigo e do STF, o sequestro de verbas públicas depois do deferimento de tutela antecipada não se trata do mesmo assunto abordado no referido dispositivo constitucional:

(...) É preciso salientar que os precedentes trazidos pela parte agravante dizem respeito à forma como a Fazenda Pública deve pagar quantias oriundas de sentença judiciária e a consequência do descumprimento, nos termos do art. 100, *caput*, e parágrafo 2º da

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70037893674, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Elvira Alves. Relator: Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 22 de setembro de 2010. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:12.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712-4, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Neiva Cecília Belle. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:25.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70037893674, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Elvira Alves. Relator: Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 22 de setembro de 2010. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:12.

Constituição Federal, objetivando satisfação de débitos, em todos os casos. Nestes autos, está-se diante de bloqueio de verbas como meio coercitivo para que a determinação judicial de fornecimento de medicamentos a quem deles necessita para sobreviver, seja efetivamente cumprida ou que se obtenha resultado prático equivalente, pois o bem jurídico tutelado é a saúde, a medida visa salvaguardar o direito garantido pelo art. 196 da Constituição Federal e a demora pode resultar na inutilidade do provimento judicial; de modo que não vislumbro a similitude da situação como pretende fazer crer a parte agravante¹⁶¹.

Pode-se identificar que o Estado tenta evitar as prestações relativas à efetivação do direito à saúde, seja por meio do argumento acima aduzido, seja sob a alegação de que o Poder Judiciário afeta as políticas públicas de implementação da garantia do direito à saúde, comprometendo a ordem econômica, na medida em que realoca recursos públicos em função das decisões proferidas. Boa parte da incidência de ataques, tristemente, reside na utilização indevida do poder de recurso, como foi abordado acima, comprometendo a efetividade da resposta jurisdicional do Estado.

A Constituição Cidadã, em seu art. 197, dispõe sobre a importância e inalienabilidade do direito à saúde, corolário do direito à vida, na medida em que sua essencialidade fez com que o constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e os serviços relativos à saúde, legitimando o Ministério Público e o Poder Judiciário a atuar nas hipóteses em que o Estado deixe de respeitar o que está determinado constitucionalmente¹⁶².

Reconhecida a estrutura das políticas públicas no capítulo anterior e que é possível existirem ações suplementares ao SUS, necessário se faz, também, a análise do tratamento jurisprudencial relativo à iniciativa privada em ações suplementares concernentes à efetivação do direito à saúde.

Está reconhecido constitucionalmente que a saúde é direito que deve ser garantido universalmente pelo Estado. Dessa forma, os cidadãos já estão

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 597.182-9, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Elvira Alves. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 10 de outubro de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:17.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:13.

amparados na efetivação do referido direito, porém há vias diferentes de proteção decorrentes da vulnerabilidade dos cidadãos nos vínculos contratuais com operadoras de planos de saúde. Aqui os julgadores identificam que há verdadeiras relações de consumo protegidas por meio do Código de Defesa do Consumidor, dentro das quais a jurisprudência realiza intervenção:

Em que pesem as alegações do recorrente, é certo que todo e qualquer plano ou seguro de saúde está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos.

Assim, as restrições de direito devem estar expressas, legíveis e claras no contrato, o que não restou demonstrado pelo apelante, em afronta ao dever de informar consagrado na legislação consumerista. Ressalte-se que, não constando taxativamente a vedação de cobertura no contrato do procedimento específico, as cláusulas restritivas de direito, como a citada pelo recorrente, que exclui a 'cirurgia plástica não restauradora' devem ser interpretadas restritivamente, conferindo-lhe interpretação mais favorável ao consumidor, consoante garantia conferida pelo artigo 47 do CDC¹⁶³.

O caso acima tratou de inconformidade do interessado, em função de recusa do plano de saúde em autorizar o procedimento de cirurgia bariátrica, a qual havia sido inclusive prescrita por médico. O julgamento ocorrido em nível de Tribunal de Justiça está devidamente pacificado no Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁴. Se as operadoras de planos de saúde se recusarem a autorizar tratamento, em detrimento de obrigatoriedade legal, os órgãos julgadores cominam reparação por danos morais, com entendimento reiterado:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. EXCELSIOR MED LTDA (SAÚDE EXCELSIOR). APLICAÇÃO DO CDC. RELAÇÃO CONTRATUAL. NEGATIVA DE COBERTURA. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DA SEGURADORA. DANO MORAL. CONFIGURADO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME.

1) A espécie trata-se de contrato de plano de saúde, no qual os bens objetos são a vida e a saúde.

2) O Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no sentido de que a recusa, pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, implica dano moral ao conveniado, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos, uma vez que ao pedir a autorização da seguradora, este já se

¹⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas (Segunda Câmara Cível). Apelação Cível nº 0000191-31.2011.8.02.0001, Alagoas. Apelante: UNIMED Maceió. Apelado: João Paulo Fonseca Almeida. Relator: Elisabeth Carvalho Nascimento. Maceió, 21 de agosto de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:41.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.249.701, Santa Catarina. Recorrente: Nilva Lúcia Pegoraro. Recorrido: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 4 de dezembro de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 set. 2014, 23:49.

encontra em condição de saúde debilitada¹⁶⁵.

Os tribunais têm dado atenção redobrada à efetivação do direito à saúde, a ponto de conceder tutela jurisdicional com determinação de cumprimento de sentença no prazo de vinte e quatro horas, declarando razoável este, justamente porque a interrupção de tratamento põe em risco a vida do paciente:

A demanda originária do presente recurso objetiva o fornecimento do medicamento Arimidex 1mg, de forma contínua e durante 2 anos, para o tratamento de neoplasia maligna da mama bilateral, e que não pode ser interrompido devido ao risco de vida, conforme prescrição pelo médico especialista que acompanha a parte agravada.

(...)

Entendo que a alegação de exiguidade do prazo fixado pelo magistrado para o cumprimento da ordem judicial ora discutida, não merece prosperar, já que o prazo de 24 (vinte e quatro) horas mostra-se razoável e compatível com a natureza da medida antecipatória deferida pelo Juízo a quo, por se tratar de preservação da saúde da agravada¹⁶⁶.

Chega-se, em muitos casos, ao ponto de se buscar tratamento em regime de urgência com médico não conveniado ao plano de saúde. São os casos em que se executam cirurgias emergenciais que transcendem o campo de cobertura do plano de saúde. É reconhecido pela jurisprudência, nessas demandas, o dever de a operadora reembolsar ao paciente as despesas advindas da execução do procedimento cirúrgico, em conformidade com tabela da rede credenciada, aplicando-se o CDC em conjunto com a Lei Federal 9.656, de 3 de junho de 1998¹⁶⁷.

Outro foco de ataque às prestadoras de serviços de saúde suplementar é o reajuste da mensalidade pelas operadoras de planos de saúde. Quando isto ocorre considerando somente a mudança de faixa etária, os julgadores entendem que configura-se discriminação do idoso, que é proibida pela legislação. O reajuste é evitado pelos tribunais e se em função deste forem eventualmente pagos valores indevidamente, estes, consoante decisão abaixo pacificada pelo STJ, devem ser

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas (Terceira Câmara Cível). Apelação Cível nº 0034936-37.2011.8.02.0001, Alagoas. Apelante: Thaísa Viana Duarte Simão. Apelado: Excelsior Med S/A. Relator: James Magalhães de Medeiros. Maceió, 18 de agosto de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:42.

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas. (Terceira Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 0802728-15.2013.8.02.0900, Alagoas. Agravante: Bradesco Saúde S/A. Agravada: Silvana Teixeira Britto. Relator: Klever Rêgo Loureiro. Maceió, 8 de setembro de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:36.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas. (Terceira Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 0802728-15.2013.8.02.0900, Alagoas. Agravante: Bradesco Saúde S/A. Agravada: Silvana Teixeira Britto. Relator: Klever Rêgo Loureiro. Maceió, 8 de setembro de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:36.

restituídos pela operadora:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO IRRESTRITA DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA AFASTADA. APLICABILIDADE DO CDC. POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONTRATUAL. REAJUSTE DA MENSALIDADE BASEADO EXCLUSIVAMENTE NA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. DISCRIMINAÇÃO DO IDOSO VEDADA POR LEI. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. RESTITUIÇÃO SIMPLES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO¹⁶⁸.

Identifica-se que a clássica teoria da *pacta sunt servanda* ficou afastada, dando lugar ao CDC, ficando caracterizada aqui legítima relação de consumo e a necessidade de o consumidor ser protegido pela tutela do Poder Judiciário e, de acordo com entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁹, a simples previsão contratual de que há reajuste da mensalidade decorrente de alteração de faixa etária não é suficiente para vincular as partes.

Saliente-se que o reajuste complementar de mensalidade em plano de saúde, quando realizado com aplicação unilateral de índice, sem que se acorde ou se dê conhecimento ao cliente, é considerado abusivo pela jurisprudência, consoante dispõe o Código de Defesa do Consumidor e julgamento do STJ¹⁷⁰.

Há regulamentação específica sobre o rol de procedimentos e eventos em saúde, a Resolução Normativa nº 167, de 9 de janeiro de 2007. A jurisprudência entende que esta, no entanto, não dá legitimidade às operadoras de planos de saúde para alegarem que o rol de tratamentos médicos elaborados pela ANS é taxativo:

(...) o fato de inexistir previsão de cobertura para o tratamento em questão no rol elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ao qual supostamente está limitado o contrato) não possui o condão de tornar legítima a recusa da seguradora, tampouco serve de fundamento para tanto, porquanto referido catálogo busca apenas determinar os procedimentos mínimos obrigatórios a serem cobertos pelos planos de saúde, não significando exclusão obrigatória dos demais, como busca fazer crer.

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas (Segunda Câmara Cível). Apelação Cível nº 0022209-17.2009.8.02.0001, Alagoas. Apelante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. Apelada: Neuza Raimundo Lins. Relator: Tutmés Airan de Albuquerque Melo. Maceió, 13 de agosto de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:44.

¹⁶⁹ Súmula 469 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.087.391, São Paulo. Agravante: Omint serviços de Saúde LTDA. Agravado: Pedro Rocco. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 16 de abril de 2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:28.

O Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar não é taxativo, uma vez que constitui mera referência para cobertura assistencial dos planos de saúde, sendo, inclusive, atualizado periodicamente, conforme Resolução n. 167, de 09/01/2007¹⁷¹.

Como se pode perceber, há fundamentações diversas com a tentativa de postergar, em nível de Poder Judiciário, a prestação de serviços das operadoras dos planos de saúde, o que é rapidamente identificado e refutado pelos tribunais, tendo em vista o bem maior que está em jogo nas decisões, o direito à saúde. Este é tão importante que no STF há decisões que declaram repercussão geral em assuntos específicos, como nos casos referentes ao reajuste de contribuição em planos de saúde em função de ingresso em faixa etária diferenciada:

PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) A CONTRATO FIRMADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. (...) ¹⁷²

Na instância inferior recursal, reconheceu-se na decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a vulnerabilidade de pessoa idosa nas relações de consumo, sendo procedente proteção com base no CDC e na Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003¹⁷³.

Outro caso que chama a atenção é o reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário 597.064-RJ, relativo a ressarcimento ao SUS das despesas com atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde¹⁷⁴. O tribunal *a quo*, no caso o Tribunal Regional Federal da 2ª Região,

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (Nona Câmara Cível). Apelação Cível nº 1.235.516-7, Paraná. Apelante: UNIMED Regional de Campo Mourão – Cooperativa de Trabalho Médico. Apelada: Lídia Malko Cionek. Relator: Domingos José Perfetto. Curitiba, 4 de setembro de 2014. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 7 out. 2014, 22:20.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 630.852, Rio Grande do Sul. Recorrente: UNIMED – Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo LTDA. Recorrida: Varna Rohsig. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, 7 de abril de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 11:36.

¹⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Vigésima Câmara Cível). Apelação Cível nº 0312420-10.2010.8.19.0001, Rio de Janeiro. Apelante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. Apelada: Zaira Maria da Silva Marques. Relatora: Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena. Rio de Janeiro, 1º de agosto de 2013. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 9 set. 2014, 09:35.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 597.064, Rio de Janeiro. Recorrente: Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores. Recorrida: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 9

manteve a sentença a qual declarou legal o débito cobrado a título de ressarcimento ao SUS, decorrente de despesas relativas a atendimentos prestados aos beneficiários de planos de saúde. O fundamento do ataque à decisão foi apontamento de inconstitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998.

Há invocação, dos defensores das operadoras de planos de saúde, da garantia do ato jurídico perfeito, com base no art. 5º, inciso XXXVI da CR, para defender a impossibilidade de aplicação retroativa de lei sobre planos de saúde aos contratos anteriores à sua vigência. Considerando este argumento e o reconhecendo que a decisão pode afetar múltiplos planos de saúde privados, o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a existência de repercussão geral. A manifestação do Ministro Marco Aurélio e da relatora, Ministra Carmem Lúcia, é esclarecedora sobre o assunto:

(...) Além da transcendência de interesses, pois o universo de contratos de saúde é enorme, há relevância social e econômica no tema: a primeira, em face dos beneficiários de planos de saúde, que saberão, definitivamente, se lei nova sobre planos de saúde pode, ou não, ser aplicada aos contratos anteriormente firmados; a segunda, em relação às administradoras de planos de saúde, pois as modificações legais geram alterações no custo da manutenção do sistema.

(...) a situação retratada no processo repete-se neste Brasil continental. O Supremo há de definir se existe possibilidade de alterar-se o que contratado, presente a circunstância de o seguro-saúde mostrar-se de abrangência maior, contrapondo-se o individual ao coletivo¹⁷⁵.

É importante enfatizar que o caso acima não representa mais paradigma de repercussão geral, sendo substituído posteriormente por outras causas correlatas. Os demais casos de repercussão geral aqui apontados permanecem em trâmite até o momento.

de dezembro de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 11:25.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 578.801-6, Rio Grande do Sul. Recorrente: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. Recorrida: Paulo Paes Vieira. Relatora: Carmem Lúcia. Brasília, 16 de outubro de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 11:32.

3.3 AUDIÊNCIA PÚBLICA SAÚDE COMO MARCO IMPORTANTE PARA AS DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Em função das demandas complexas com as quais os magistrados da primeira instância de julgamento têm se deparado, obrigando-se a fazerem sopesamentos e ponderações de imediato – considerando o fato de os requerentes estarem muitas vezes entre a vida e a morte –, sem tempo de realizarem pesquisa aprofundada, houve a necessidade de um processo de racionalização¹⁷⁶, o que se tentou fazer por meio da Audiência Pública Saúde¹⁷⁷, a qual determinou um marco importantíssimo na fixação de diretrizes recíprocas entre os órgãos jurisdicionais e o executivo em diversas demandas.

A repercussão nacional do tema foi e é tão grande que, na época, houve a necessidade de habilitar participantes, considerando os 140 pedidos recebidos na Presidência do STF. Procurou-se contemplar todos os envolvidos, quais sejam, os magistrados, os promotores de justiça, os defensores públicos, os usuários, os médicos, os doutrinadores, os gestores do Sistema Único de Saúde e a presença de especialistas de várias regiões do Brasil¹⁷⁸.

Enfatizou-se a atuação do Poder Judiciário na correção de eventuais consequências advindas do desmando administrativo. Neste sentido, se ações preventivas de saúde fossem implementadas em maior escala pelo Poder Executivo, diminuir-se-ia o custeio relativo à prestação de serviços de saúde como medida remediadora¹⁷⁹. Não obstante, é também importante o diálogo entre os Poderes para

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 16:12.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:05.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 16:12.

¹⁷⁹ CNPG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:34.

que haja equilíbrio^{180 181 182}.

Constatou-se, dessa forma, a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão¹⁸³, em que se discute o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Foram identificados cinco principais dados a serem considerados na decisão judicial. O primeiro destes é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte¹⁸⁴. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de: a) uma omissão legislativa ou administrativa; b) uma decisão administrativa de não fornecê-la; ou c) uma vedação legal¹⁸⁵ a sua dispensação.

Dentro das vedações legais está contida a proibição de fornecimento, pela Administração Pública, de fármaco que não possua registro na ANVISA e é o segundo dado a ser considerado na decisão. Isto é importante porque, após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Se houver produto assemelhado, caso o novo medicamento não traga benefício adicional, não poderá custar mais caro do

¹⁸⁰ AMPASA. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:45.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 16:12.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:15.

¹⁸³ CNPG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:34.

¹⁸⁴ CNPG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:34.

¹⁸⁵ CNPG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:34.

que o medicamento já existente com a mesma indicação¹⁸⁶.

Assim, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação¹⁸⁷. Em casos excepcionais, entretanto, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA.

O terceiro dado a ser considerado na decisão é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Dentro dessa motivação, pode ocorrer que: a) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; b) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia¹⁸⁸.

Pode-se inferir, “a priori”, que a obrigação do Estado, considerando o art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Na análise do caso concreto, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, entretanto, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso¹⁸⁹.

O quarto dado a ser considerado na decisão é o fato de medicamentos experimentais possuírem regulamentação específica e o Estado não ser obrigado a

¹⁸⁶ ANVISA. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:40.

¹⁸⁷ CNPG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:34.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

¹⁸⁹ CNPG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:34.

fornecê-los, pois essas drogas nunca foram aprovadas ou avaliadas e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las¹⁹⁰.

O quinto dado a ser considerado na decisão é que a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta¹⁹¹ e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. É imprescindível, todavia, que haja instrução processual com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar¹⁹².

É imprescindível, por fim, que exista instrução das demandas de saúde para que não ocorra produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva, individual e coletiva, com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Uma das demandas impulsionadoras da Audiência Pública Saúde foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175¹⁹³. Nesta STA, a União pretendia não fornecer o medicamento ZAVESCA (princípio ativo miglustat) a uma jovem de 21 anos, portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos. Os argumentos para não prestação da União seriam:

¹⁹⁰ CNPG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:34.

¹⁹¹ CNPG. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 15:34.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

a) à época da interposição da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento ZAVESCA ainda não se encontrava registrado na ANVISA;

b) a decisão que concedeu prestação da União desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas;

c) inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa e que só deve figurar no polo passivo da ação principal o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado;

d) o Poder Judiciário, ao deferir a prestação pela União, poderia ocasionar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas;

e) causaria grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto implicaria: deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.

Verificou-se, no entanto, em consulta ao sítio da ANVISA na internet, que o medicamento ZAVESCA, produzido pela empresa ACTELION, possuía registro (n.º 155380002) válido até janeiro de 2012. Percebe-se, aqui, que se aplicou o primeiro daqueles cinco critérios construídos na Audiência Pública Saúde: verificação de vedação legal à dispensação do medicamento. Ressaltou-se, ainda, que o alto custo do medicamento não constitui, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis¹⁹⁴.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes entendeu que inexistiam os elementos fáticos e normativos que comprovassem grave lesão à ordem, à economia, à saúde

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

e à segurança públicas. Constatou-se, também, que na jurisprudência do STF há casos que confirmam a responsabilidade solidária¹⁹⁵ dos entes federados em matéria de saúde e de que não coube discutir, no âmbito da STA, questões relacionadas ao mérito da demanda. O STF afirmou, também, que avalia cada caso concreto para efetuar o julgamento de maneira individualizada, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida, sendo improcedente a alegação, pela União, de efeito multiplicador decorrente do deferimento da tutela antecipada¹⁹⁶.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial”¹⁹⁷ e “reserva do possível”¹⁹⁸.

Dentro da dimensão objetiva, assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento¹⁹⁹, que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Afirmou-se que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 726.449, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luciano Marques Keller. Relator: Luiz Fux. Brasília, 13 de agosto de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:26.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, p. 179, 2007.

¹⁹⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011. p.382.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1245.

sério os direitos significa levar a sério a escassez”²⁰⁰.

Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos. A escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado e a maximização dos resultados. O Poder Judiciário muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo²⁰¹.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto de complexas relações conflituosas entre direitos individuais e bens coletivos. A questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios²⁰².

A garantia judicial da prestação individual de saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde, o que deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, em cada caso concreto. O que se tem constatado é a controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

e tratamentos, decisões estas nas quais são discutidos os critérios considerados para tanto²⁰³.

3.4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ATIVISMO JUDICIAL

Considerando o sistema de freios e contrapesos tratado na teoria da separação dos poderes e o arcabouço jurisprudencial, dentro do qual estão medidas jurisdicionais que acima comprovadas dão efetividade à garantia constitucional do direito à saúde, é inevitável a abordagem sobre a judicialização da saúde e o ativismo judicial.

É importante, antes de se abordar o ativismo judicial, reforçar que existem expressões utilizadas no ambiente científico que muitas vezes são tratadas como sinônimos, o que causa uma determinada confusão nos estudos²⁰⁴. São três as expressões mais utilizadas: judicialização, judicialização da política e o próprio ativismo judicial. O conceito de judicialização, assim, é diferente do conceito de ativismo judicial²⁰⁵.

Judicialização é o deslocamento da decisão para o Poder Judiciário, em caráter final, de questões importantes do ponto de vista político, social ou moral, como questões da vida social dos cidadãos, da vida política da nação, de relevância nas diversas camadas sociais²⁰⁶.

Exemplos contundentes de judicialização são os assuntos que eram de mérito estritamente administrativo e que são submetidos a julgamentos nos Tribunais, com entendimento até mesmo sumulado, vinculando a Administração

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

²⁰⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

²⁰⁵ NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada "judicialização da saúde": Pontos e Contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 358.

²⁰⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

Pública a agir conforme essas decisões. Em concursos públicos, por exemplo, existem inúmeras decisões sobre razoabilidade, discricionariedade do administrador, mas as que tiveram repercussão considerável foram as que geraram a Súmula 266²⁰⁷ do Superior Tribunal de Justiça.

A judicialização é tratada por meio de dois enfoques, o quantitativo²⁰⁸ – quando se estiver tratando da quantidade de ações – e o qualitativo – quando se tratar de análise de assuntos submetidos ao Poder Judiciário e que antes não eram conhecidos por este. As análises quantitativa e qualitativa realçam a importância social que tem o fenômeno da judicialização no Brasil. Tão importante é que não se trata de mera transferência das decisões do Legislativo e Executivo ao Judiciário ou de problemas de cunho social e moral decididos pelos julgadores, mas se trata acima de tudo de problemas que estavam adstritos à lógica política e que adentram na lógica jurídica²⁰⁹.

Da codificação específica da política para o ambiente jurídico é que surge o termo judicialização da política, em que há a intervenção significativa do Judiciário no Poder Estatal, em função da omissão deste em muitos assuntos de cunho social. Na judicialização da política existe a transferência do conflito político da esfera política para a esfera jurídica²¹⁰.

A judicialização da política ocorre quando houver ampliação de ação do Poder Judiciário em ações que visem à implementação de políticas públicas ou quando órgãos não judiciais, na implementação de políticas públicas, absorvem procedimentos judiciais em suas ações²¹¹. Isso ocorre, no Brasil, em função do modelo de constitucionalização abrangente e analítica e o sistema em vigor de

²⁰⁷ “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

²⁰⁸ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?:** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

²⁰⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 382-383.

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 383.

controle de constitucionalidade²¹².

O fenômeno da judicialização passou a se destacar após a segunda Guerra Mundial, quando se estruturou nos Estados o reconhecimento da dignidade humana como um valor comum e que transcende a legislação²¹³. Com isso houve incrementos substanciais nas constituições de muitos países, fazendo com que uma gama maior de direitos fosse prevista e garantida pelo respectivo instrumento constitucional dos países que foram impulsionados pela corrente do neoconstitucionalismo, o qual se trata de construção doutrinária e que paulatinamente é inserido na circunscrição do Poder Judiciário²¹⁴.

Considerando a judicialização, como transferência do poder para as instâncias judiciais, em detrimento do Legislativo e Executivo, ocasionando aumento de demandas em que o judiciário tem a palavra final²¹⁵, a judicialização da saúde, por sua vez, trata-se da transferência do poder para a esfera judicial, em detrimento também dos outros dois poderes citados, decorrente das demandas repetitivas dos cidadãos, relativas à efetivação do direito à saúde, muitas vezes por causa da inércia de ação do Poder Executivo.

A judicialização é diferente do ativismo judicial, o qual é postura do magistrado²¹⁶ – forma de atuação do juiz advinda de uma opção política. Ativismo judicial trata de posição política do julgador, que pode ocorrer dentro e fora do ambiente jurisdicional, influenciando nas demandas judiciais e nas tomadas de decisões do Executivo e nas deliberações do Legislativo²¹⁷. Ativismo judicial, portanto, não é sinônimo de judicialização como parte da doutrina infere. Mas aquela

²¹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 382-385.

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

²¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 279.

²¹⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

²¹⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

²¹⁷ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 16:01.

opção política pode se manifestar de diferentes maneiras, tornando difícil uma conceituação unânime a respeito. Notam-se ativismos judiciais liberais ou conservadores, induzindo a ideia de paradoxo, porém não se trata disto²¹⁸.

Ativismo judicial não necessariamente significa ação do juiz seguindo apenas uma determinada corrente, por exemplo, que faça intervenção nas políticas públicas mediante realocação de recursos públicos de outras rubricas orçamentárias para atender os anseios da população. O ativismo judicial pode se dar no outro lado também, defendendo-se que é até possível atender uma demanda judicial, desde que sejam respeitados os limites orçamentários aprovados pelo Poder Legislativo. A doutrina mostra, então, que a expressão ativismo judicial pode ser utilizada de diferentes maneiras, advertindo-se que deve ser indicada a maneira como é utilizada²¹⁹.

É também importante abordar que o ativismo judicial é tratado de acordo com o papel institucional que é atribuído ao Poder Judiciário em cada sistema. Nos sistemas de *common law*, por exemplo, o ativismo é bem visto porque proporciona a adaptação do direito perante novas exigências sociais²²⁰. A gênese da expressão ativismo judicial, inclusive, está justamente em um país com o sistema *common law*. Em 1947, houve a publicação do artigo *The Supreme Court: 1947*²²¹, onde se utilizou o termo ativismo judicial para fazer menção a tendências liberais e conservadoras dos magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Afirma-se que um juiz é ativista quando usar seu poder com o fito de rever e contestar decisões dos demais poderes do Estado, promover, por meio dos seus julgamentos, políticas públicas e não considerar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites de ação do juiz²²². Há definições diferenciadas

²¹⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

²¹⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

²²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

²²¹ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur Meier. **The Supreme Court**. Nova Iorque: Time, 1947.

²²² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

para ativismo judicial, sendo cinco as apontadas pela doutrina²²³. A primeira trata do ativismo judicial como prática aplicada para atacar atos emanados de outros poderes. Ativismo, conforme uma segunda definição, é estratégia de não aplicação de precedentes. Para uma terceira definição, ativismo judicial é afastamento de cânones interpretativos. Julgamento predeterminado a uma finalidade é uma quarta definição, enquanto que a quinta trata ativismo judicial como conduta de legislar a partir do Tribunal. A doutrina, em função dessa quinta definição de ativismo judicial, utiliza a expressão juízes legisladores para designar o julgador que, por meio de suas decisões, aplica o direito, ao mesmo tempo em que está inovando e, conseqüentemente, exerce o papel do Poder Legislativo, com edição de novas normas jurídicas para, a partir de então, serem aplicadas pelos demais magistrados na medida em que a decisão se tornar reiterada no país.

Das definições de ativismo, todas podem afetar de alguma forma o caso concreto, de forma positiva ou negativa para a parte que iniciou o processo. Para uma decisão em que o ativismo judicial ataca ato emanado de outro Poder, se o Legislativo editou uma norma que garanta direitos e estes não estão sendo efetivados pelo Poder Executivo, este pode ter seu ato atacado por meio da decisão do julgador, concedendo decisão favorável ao pleito do reclamante. Uma estratégia de não aplicação de precedentes, entretanto, pode não conceder determinado pedido ao reclamante, nem que ainda seja comprovado que houve julgamentos anteriores que foram favoráveis ao requerente.

As influências acima são importantes para perquirir como os magistrados contribuem para que as omissões do Poder Executivo ou Legislativo sejam revertidas por meio de seus julgamentos.

Para se chegar ao modelo de direito à saúde, dentro da construção social no Brasil, teve importante repercussão o movimento da reforma sanitária, em que se combateu a ideia de saúde como um serviço a ser prestado pelo Estado em função da situação trabalhista da pessoa beneficiária. Benefício era decorrente ainda do caráter patrimonialista, em que o Estado confere o benefício do direito à saúde, mas

²²³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

não conferiria a indivíduo que estivesse em diferente condição, não havendo ainda a perspectiva de universalização da saúde, como dever do Estado e direito de todo cidadão²²⁴.

O contexto do movimento estava inserido no regime militar, que além de estar enraizada a ideia de saúde como benefício a indivíduos em certa condição, tratava do assunto com um viés de medicação e com caráter autoritário, em detrimento da finalidade preventiva, excluindo a população do processo político decisório. Ganhou visibilidade o movimento de reforma sanitária no início dos anos 80, em que a redemocratização do país começou e vários atores políticos estavam afinados com a ideia de universalização da saúde no país, repercutindo consequentemente na Assembleia Constituinte. Com isto, vários direitos foram declarados fundamentais e constitucionalizados²²⁵.

Constitucionalizar, segundo concepção de Luís Roberto Barroso, significa retirar um tema de debate político e colocá-lo dentro do mundo de pretensões judicializáveis²²⁶. Com a constitucionalização ocorrida a partir de 1988 colocou-se mais enfaticamente dentro do universo de pretensões judicializáveis muitos temas, inclusive e mais importante de todos, os direitos fundamentais e dentro destes o direito à saúde.

Em função da referida constitucionalização, então, muitos temas adentraram na esfera do Poder Judiciário e com isso houve grande influência deste nas políticas públicas, aí se identificando o ativismo judicial jurisdicional, como posição política dos magistrados em suas decisões, e o ativismo judicial extrajurisdicional, na medida em que os magistrados estão preocupados com as suas decisões, concluindo que há muitas demandas e pode haver contribuição dos demais poderes e até mesmo da iniciativa privada para que os julgamentos ocorram de modo a tornar efetivo o direito à saúde para aqueles que buscam a justiça muitas

²²⁴ ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 138.

²²⁵ ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 139.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384.

vezes como último recurso do Estado para que sejam atendidos seus pleitos²²⁷. Reconhecendo-se isto, existe uma influência do Judiciário no comportamento dos demais poderes e da sociedade, daí se chegando ao ativismo judicial extrajurisdicional.

Como se percebe, de diferentes extratos da sociedade há críticas positivas e negativas a esse ativismo judicial. Alguns apontando como conflitante à efetiva separação dos poderes, outros o reforçando como alternativa para preenchimento das lacunas decorrentes da omissão dos demais poderes.

O que se tenta esclarecer, porém, diante do cenário atual, é que judicialização da saúde não se trata de um fenômeno exclusivamente negativo e que deve ser combatido. É importante frisar que essas afirmações não passam de mera tentativa de mascarar responsabilidades e esconder as deficiências que o Estado tem e que prefere não resolver e deixar para que sejam paulatinamente tratadas pelo Poder Judiciário²²⁸.

Em oposição às inovações do Poder Judiciário, há esforços do Legislativo no sentido de limitar o campo de ação do Poder Judiciário, propondo-se tornar de competência do Congresso assuntos que atualmente os magistrados estão decidindo, de maneira excelente e acertada, destaque-se. Não é conveniente, todavia, limitar as ações do Poder Judiciário, o qual, ao contrário do que muitos acreditam, está dando equilíbrio e cumprindo sua função social no Estado Democrático de Direito, o que não tem ocorrido nos Poderes Legislativo e Executivo em muitos temas de interesse público e, ainda pior, quando se trata da efetivação de direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Como argumenta Konrad Hesse:

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

²²⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

²²⁸ NOBRE, Milton Augusto de Brito. **Da denominada “judicialização da saúde”**: Pontos e Contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 360-361.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode ou deve provocar mudanças na interpretação da Constituição²²⁹.

É função do Poder Judiciário, portanto, ajustar às novas realidades a às alterações sociais a interpretação das normas constitucionais, determinando uma significação precisa destas.

²²⁹ HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1991. Título original: Die normative Kraft der Verfassung. p. 22-23.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo histórico do Estado mostra que não há uma continuidade que o levaria ao aperfeiçoamento. Do Estado Antigo ao Estado Moderno não houve elos de continuidade que demonstrassem evolução do conceito de Estado no transcorrer do tempo. O que se percebe é que as condições econômico-sociais determinam a forma de dominação apta a atender os interesses das classes. Existem interesses das classes hegemônicas envolvidas no processo histórico.

No medievo, os interesses dos senhores feudais estavam envolvidos na manutenção da estrutura feudal, mas na medida em que esta enfraquecia, em função da multiplicidade de centros de poder e das guerras, e surgia nova classe demandando estruturas mais adequadas aos seus interesses, moldava-se em paralelo a estrutura inicial do Estado Moderno, o qual também se ramificou no decorrer do tempo, procurando atender às demandas vigentes de cada momento histórico.

Depois das duas principais guerras ocorridas no século XX, compreendeu-se que o Estado deveria, sim, intervir para que melhores condições fossem proporcionadas aos cidadãos. Com a construção paulatina dos direitos fundamentais de segunda geração, os cidadãos passaram a demandar uma ação positiva do Estado, de cunho prestacional, para que o cidadão tivesse garantidos os direitos essenciais à sua sobrevivência, como o direito à saúde, que por força da Constituição da República deve ser garantido pelo Estado e o Poder Judiciário tem exercido um papel importante nesse processo de garantia.

A legislação infraconstitucional regulamentou o Sistema Único de Saúde, fixando políticas públicas de suma importância para que sejam cumpridas as disposições constitucionais. Há, também, prestação complementar e suplementar ao SUS, auxiliando na efetivação do direito à saúde, que, conforme constata-se por meio deste estudo, não é integralmente garantido por parte do Estado, em função das limitações e escassez de recursos em cada ente da federação.

Existe atualmente a demanda por um espaço transnacional de discussão, que tem como objetivo um pretense Estado de polícia, garantidor da ordem e que deixe fluir as mudanças advindas do processo de globalização, o que pode se tornar um perigo na garantia dos direitos fundamentais. Não é legítimo ao Estado deixar em segundo plano o direito à saúde para atender prioritariamente interesses diferentes, como as determinações de uma economia globalizada.

A análise da jurisprudência permite concluir que há numerosas demandas repetitivas propostas perante o Poder Judiciário, porém este não garante a efetivação plena do direito à saúde, porquanto não são todos os cidadãos que recorrem à tutela jurisdicional para satisfazer seus direitos. O Poder Judiciário está sobrecarregado e como há muitas demandas, acaba afetando de certa forma a implantação das políticas públicas, ocorrendo os fenômenos da judicialização da saúde e do protagonismo judicial, ou ativismo judicial.

Não é mais aceitável um julgador “neutro”, que aplique a letra fria da lei sem considerar o contexto social em que vive. Se a referida “neutralidade” ocorrer, a utilidade social da norma jurídica não estará garantida e, com isso, as demandas da sociedade não serão atendidas da forma como deveriam. Em função da tão almejada utilidade social da norma é que se tem constatado a judicialização e mais especificamente a judicialização da saúde, como tema de cunho político que adentrou na esfera de codificação judiciária para que sejam cumpridas as determinações constitucionais.

Nos casos concretos o Poder Judiciário tem implementado ações no sentido de decidir, corrigindo parcialmente a omissão das esferas do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Reconheceu-se, considerando o inchaço das demandas por tutela jurisdicional, que devem ser fixados critérios para a concessão de medicamentos ou tratamentos. Para essa finalidade o CNJ organizou em 2009 a Audiência Pública Saúde, onde foram ouvidos os especialistas para que se chegasse em um consenso sobre a fixação daqueles critérios para a concessão de medicamentos ou tratamentos.

Não basta, no entanto, o Poder Judiciário reconhecer, como ocorreu na

Audiência Pública Saúde, que deve haver uma discussão com outras esferas da sociedade sobre a solução de controvérsias relativas à saúde, fixando critérios para a concessão de tutela jurisdicional. Leva-se em consideração, na política jurídica, que a realidade social está em constante mutação. Com isso, faz-se necessária a revisão, exclusão ou manutenção da norma jurídica, para que esta tenha uma utilidade social e, então, atenda as demandas sociais em voga. Há a ruptura entre o direito que é – dogmática jurídica – e o direito que deve ser (política jurídica) quando há uma mudança de paradigma e para que isto efetivamente ocorra de maneira saudável, evitando círculos viciosos no decorrer do tempo, deve-se considerar as experiências do passado para que haja evolução do direito e amadurecimento no Estado Democrático de Direito. Fica isto consignado para elucidar a importância daquelas experiências para que a atuação do Poder Executivo naturalmente sofra mudanças com o transcorrer do tempo e o direito à saúde seja melhor garantido aos cidadãos.

No que diz respeito às demandas recorrentes e decididas pelo Poder Judiciário, resta saber se a jurisprudência do STF manter-se-á no mesmo sentido em algum cenário futuro de crise econômica, em um contexto socialmente desfavorável, em que a pressão do mercado financeiro possa, novamente, implicar restrição a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como se verificou recentemente na Europa.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert; *et al.* **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013.

BALLERINI, Júlio César Silva. **Direito à saúde: aspectos práticos e doutrinários, no direito público e no direito privado**. Leme: Habermann, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais** - “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.087.391, São Paulo. Agravante: Omint serviços de Saúde LTDA. Agravado: Pedro Rocco. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 16 de abril de 2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:28.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.249.701, Santa Catarina. Recorrente: Nilva Lúcia Pegoraro. Recorrido: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 4 de dezembro de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 set. 2014, 23:49.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde. Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 dez. 2014, 16:12.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Ceará. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 de março de 2010. Disponível

em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 10:04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 630.852, Rio Grande do Sul. Recorrente: UNIMED – Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo LTDA. Recorrida: Varna Rohsig. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, 7 de abril de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 11:36.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 578.801-6, Rio Grande do Sul. Recorrente: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. Recorrida: Paulo Paes Vieira. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, 16 de outubro de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 11:32.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 597.064, Rio de Janeiro. Recorrente: Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores. Recorrida: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 9 de dezembro de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 11:25.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 726.449, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luciano Marques Keller. Relator: Luiz Fux. Brasília, 13 de agosto de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:26.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607.381, Santa Catarina. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Luciano Angelo Cardoso e outro(a/s). Relator: Luiz Fux. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:22.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642.536, Amapá. Agravante: Estado do Amapá. Agravado: Ministério Público do Estado do Amapá. Relator: Luiz Fux. Brasília, 5 de fevereiro de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 7 out. 2014, 22:40.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 553.712-4, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Neiva Cecília Belle. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de maio de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:25.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716.777, Rio Grande do Sul. Agravante: União. Agravada: Celia de Souza Oliveira. Relator: Celso de Mello. Brasília, 9 de abril de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, Rio Grande do Sul. Agravante: Município de

Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 597.182-9, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Elvira Alves. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 10 de outubro de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0, Rio Grande do Sul. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental a Suspensão de Tutela Antecipada nº 328, Paraná. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 24 de junho de 2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 set. 2014, 10:11.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas (Segunda Câmara Cível). Apelação Cível nº 0000191-31.2011.8.02.0001, Alagoas. Apelante: UNIMED Maceió. Apelado: João Paulo Fonseca Almeida. Relator: Elisabeth Carvalho Nascimento. Maceió, 21 de agosto de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:41.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas (Segunda Câmara Cível). Apelação Cível nº 0022209-17.2009.8.02.0001, Alagoas. Apelante: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. Apelada: Neuza Raimundo Lins. Relator: Tutmés Airan de Albuquerque Melo. Maceió, 13 de agosto de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:44.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas (Terceira Câmara Cível). Apelação Cível nº 0034936-37.2011.8.02.0001, Alagoas. Apelante: Thaísa Viana Duarte Simão. Apelado: Excelsior Med S/A. Relator: James Magalhães de Medeiros. Maceió, 18 de agosto de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:42.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Alagoas. (Terceira Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 0802728-15.2013.8.02.0900, Alagoas. Agravante: Bradesco Saúde S/A. Agravada: Silvana Teixeira Britto. Relator: Klever Rêgo Loureiro. Maceió, 8 de setembro de 2014. Disponível em <www.tjal.jus.br>. Acesso em 22 set. 2014, 14:36.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (Nona Câmara Cível). Apelação Cível nº 1.235.516-7, Paraná. Apelante: UNIMED Regional de Campo Mourão – Cooperativa de Trabalho Médico. Apelada: Lídia Malko Cionek. Relator: Domingos José Perfetto. Curitiba, 4 de setembro de 2014. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 7 out. 2014, 22:20.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Vigésima Câmara Cível). Apelação Cível nº 0312420-10.2010.8.19.0001, Rio de Janeiro. Apelante: Golden Cross

Assistência Internacional de Saúde LTDA. Apelada: Zaira Maria da Silva Marques. Relatora: Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena. Rio de Janeiro, 1º de agosto de 2013. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 9 set. 2014, 09:35.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Segunda Câmara Cível). Apelação Cível nº 70044516987, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Mara Eloisa Fernandes. Relator: Arno Werlang. Porto Alegre, 31 de agosto de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:10.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70045607991, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Maria Eva Pacheco Maciel. Relator: Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 30 de novembro de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:10.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70044438349, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Domingos Nicolli. Relator: Francisco José Moesch. Porto Alegre, 30 de novembro de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:15.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70037893674, Rio Grande do Sul. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelada: Elvira Alves. Relator: Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 22 de setembro de 2010. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 11 set. 2014, 10:12.

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

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; GARCIA, Marcos Leite (Org). **Reflexões sobre política e direito:** homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Marcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais.** Rio de Janeiro: Líber Juris, 1989.

CRUZ, Paulo Marcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** 3. ed.

Curitiba: Juruá, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Confluências*, Niterói, v. 12, n. 2, out. 2012. p. 106-128.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1991. Título original: Die normative Kraft der Verfassung.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría constitucional de la solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MONTE, Mário Ferreira e BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**: debate luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**: Temas clave de la Constitución Española. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

PIEROTH, Bodo. **Direitos fundamentais**. Tradutores: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Título original: Staatsrecht: Grundrechte.

PLATÃO. **A república**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?:** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **O direito como experiência:** introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur Meier. **The Supreme Court**. Nova Iorque: Time, 1947.

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

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. Título original: Il diritto mite.