



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

DANIEL GERALDO TEIXEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DE SAÚDE

Salvador
2018

DANIEL GERALDO TEIXEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DE SAÚDE

Monografia apresentada ao curso de pós graduação em Direito Público, na Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de pós graduando em Direito Público.

Salvador

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL GERALDO TEIXEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DE SAÚDE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de pós graduando em Direito Público, pela Faculdade Baiana de Direito, pelo seguinte examinador:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dirley da Cunha Junior, por servir de inspiração como jurista e como profissional.

Aos meus familiares, que sempre me apoiaram nas horas difíceis.

Aos meus amigos, que, apesar da minha frequente ausência física em razão dos estudos, insistem em manter o laço de amizade, pelo que sou profundamente grato.

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a examinar o ativismo judicial na área da saúde. Para tanto, faz-se mister analisar a atuação do Poder Judiciário no contexto da separação de poderes, a evolução e a efetivação do direito à saúde. Discorre-se a possibilidade do ativismo judicial como forma de concretizar o direito à saúde e cumprir as normas constitucionais.

Palavras-chave: ativismo judicial, direito à saúde, separação de poderes, neoconstitucionalismo, direito constitucional.

ABSTRACT

The present monographic work proposes to examine judicial activism in the area of health. In order to do so, it is necessary to analyze the performance of the Judiciary in the context of separation of powers, evolution and the realization of the right to health. The possibility of judicial activism as a way of realizing the right to health and complying with constitutional norms is discussed.

Keywords: judicial activism, right to health, separation of powers, neoconstitutionalism, constitutional law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
ADPF	Arguicao de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF/88	Constituição Federal da República
OMS	Organização Mundial de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
2.1.1 Histórico	13
2.1.2 Crítica à separação de poderes	16
2.2 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	19
2.2.1 Constitucionalismo moderno	19
2.2.2 Neoconstitucionalismo	20
2.2.3 Omissões do Poder Público	25
3 DO DIREITO À SAÚDE	33
3.1 DIREITOS SOCIAIS	34
3.1.1 A fundamentalidade dos direitos sociais	37
3.1.2 Eficácia dos direitos sociais	40
3.2 A POLÍTICA DE SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO	42
3.2.1 Histórico	43
3.2.2 O direito à saúde e a Constituição Federal de 1988	50
3.2.3 Responsabilidade dos entes federativos	50
3.3 LIMITES À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	53
3.3.1 Reserva do possível	54
3.3.2 Reserva orçamentária	58
4 DO ATIVISMO JUDICIAL	60
4.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL	60
4.1.1 Origem do termo	60
4.1.2 Diferentes acepções	61

4.1.3 Ativismo judicial X Judicialização	65
4.2 EXERCÍCIO DO ATIVISMO JUDICIAL	66
4.2.1 Críticas ao ativismo judicial	66
4.2.2 Concretização do direito à saúde	69
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo precípua a reflexão sobre a concretização do direito social fundamental à saúde através do ativismo judicial, tema que, apesar de se inserir no ramo do Direito Constitucional, causa efeitos em outros ramos, tais como o Direito Administrativo e o Direito Financeiro.

Tal assunto possui uma grande importância em qualquer lugar do mundo, mas possui uma importância especial no Brasil, tendo em vista que, apesar de ter universalizado a cobertura de saúde, observa-se o recorrente descumprimento do direito à saúde e, por consequência, um efetivo descumprimento à própria Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 é considerada como “dirigente”, seguindo a classificação de José Gomes Canotilho, justamente por não se limitar a regulamentar a formação do Estado, mas por prometer em seu texto a atuação ativa por parte do Estado em proteger e assegurar os direitos fundamentais, tais como o direito à educação, a alimentação, ao trabalho, e, principalmente, direito à vida, sem o qual não haveria que se falar nos outros direitos.

Considerando o direito à vida e a dignidade da pessoa humana como dois dos direitos mais relevantes para a proteção estatal, se verifica que o direito à saúde influencia diretamente estes dois direitos e, portanto, merece uma atuação energética e positiva por parte do Estado, com a finalidade de promover a efetivação deste direito fundamental.

Levando isso em conta, este trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade da efetivação do direito fundamental à saúde via ativismo judicial dentro de um contexto neoconstitucional.

O segundo capítulo se propõe a analisar a atuação do judiciário no contexto da separação de poderes, de modo a abordar o histórico e os objetivos da separação de poderes, assim como a consequente evolução do constitucionalismo, e possuindo como foco a atuação do Poder Judiciário.

O terceiro capítulo abordará a questão do direito à saúde, tratando do seu *status* de direito fundamental, a sua efetivação, o histórico das políticas públicas de saúde no Brasil, as consequências do advento da Constituição Federal de 1988 na área de saúde, além dos obstáculos que impedem a concretização do direito à saúde.

O quarto capítulo irá tratar sobre a principal polêmica do trabalho, que é o ativismo judicial, abordando os conceitos de ativismo judicial, assim como o exercício do ativismo judicial para efetivar o direito fundamental à saúde.

2 PODER JUDICIÁRIO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Como ponto de partida deste estudo se faz obrigatório a discussão sobre a separação de poderes, o quanto ela contribuiu para a formação e consolidação do constitucionalismo e o quanto ela tem mudado com o advento do neoconstitucionalismo e o quanto essas mudanças influem na atuação do Poder Judiciário brasileiro.

2.1 PRINCIPIO DA SEPARACAO DE PODERES

2.1.1 Histórico

O ser humano, em seus primórdios, não possuía a cultura de viver em grandes civilizações, preferindo viver em pequenos bandos/tribos, o que lhe permitia viver de em constante imigração, ou seja, de forma nômade. Entretanto, desde esses pequenos grupamentos já era possível observar a presença de um poder centralizado na forma do chefe da tribo.

A partir do surgimento da agricultura o ser humano começou a conviver em grupamentos maiores e, destarte, mais poder foi sendo concedido ao chefe. Com isso, originou-se a administração patrimonialista, na qual não havia diferença entre patrimônio particular do chefe e do patrimônio público.

Este tipo de administração se mostrou falho devido ao abuso de poder por parte do chefe. E a partir desta falha, começou a se discutir a importância de limitar e dividir os poderes do chefe. Essa discussão acabou resultando na criação do constitucionalismo.

Desde a Magna Carta de 1215 podemos ver um início de constitucionalismo e de limitações de poderes, ainda que os Poderes (ou funções) não estivessem bem definidos e separados.

Há que se ressaltar a importância da separação de poderes para o constitucionalismo. A própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirma, em seu artigo 16, que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem a separação de poderes não tem Constituição”.

É possível afirmar a doutrina de separação dos Poderes se originou em Aristóteles em sua obra *Republica*. Entretanto, tal doutrina foi desenvolvida com uma maior profundidade nos séculos XVII e XVIII, no período das revoluções liberais¹.

Entre outros pensadores deste período, destacam-se John Locke, em razão das suas formulações constantes na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, publicada em 1690 e Montesquieu, com sua obra *O Espírito das Leis*, publicada em 1748, a qual é considerada uma das maiores obras constitucionalistas.

John Locke propõe a divisão do poder nos seguintes moldes: um Poder Legislativo (autoridade suprema), um Poder Executivo e um Poder Federativo. John Locke não idealizou o Poder Judiciário como um poder separado dos outros, por considerar o Poder Judiciário como integrante do Poder Executivo com direta subordinação as leis produzidas pelo Poder Legislativo²

O Poder Federativo se ocuparia com a política externa, com guerras, paz, ligas e alianças. Mesmo visualizando-o como um poder separado do Poder Executivo, na prática provavelmente se observaria a subordinação do Poder Federativo ao Poder Executivo.

Mesmo elegendo o Poder Legislativo como uma autoridade suprema, para John Locke condena arbitrariedades praticadas por este poder, idealizando limites como ser limitado ao bem público da sociedade, ter suas leis em conformidade com a lei da natureza e declaradas e aceitas pela sociedade.³

Por fim, Locke idealizou um Poder Executivo com alguma margem de arbitrariedade, mas desde que em prol do bem público. Este poder, além ser, de certa forma subordinado ao Poder Legislativo, atuaria na política interna, incluído o poder de solucionar conflitos e o poder de punição, sendo o exercício deste poder condicionado a literalidade da lei, ou seja, completamente dependente do Poder Legislativo.⁴

¹ Considera-se presente a contribuição no pensamento da separação de poderes de Aristoteles, ainda que as obras de Montesquieu, John Lock e outros pensadores não referenciem suas obras diretamente.

² LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa (Trad). Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/3270708/Clube-do-Livro-Liberal-John-Locke-Segundo-Tratado-Sobre-o-Governo-Civil-ebook>>. Acesso em 17 de Jan. de 2018.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem

Apesar de ter proposto teses significativas para a teoria da separação de poderes, a tese de Montesquieu se destacou mais, visto que é a teoria que mais se aproxima do constitucionalismo moderno.

De acordo com a teoria de Montesquieu, organizava-se o exercício das funções estatais similar ao que ocorre nos dias de hoje: um Poder Executivo, um Poder Legislativo e um Poder Judiciário.

Apesar de descrever o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário como diferentes, independentes e, ao mesmo tempo, harmônicos, Montesquieu, assim como, de certa forma, John Locke, visualizava o Poder Judiciário limitado pelo Poder Legislativo, no sentido de que o julgador se encontrava limitado a reproduzir a literalidade da lei em seus julgamentos⁵.

Há de se fazer a ressalva que a época da publicação de *O Espírito das Leis* (1748), o *Act of Settlement*, datado de 1701, já instituiu a organização do exercício das funções estatais em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário no contexto inglês.

Isso se deve ao fato de que, entre outros feitos⁶, o *Act of Settlement* retirou o exercício do poder de jurisdição das mãos do monarca⁷. Logo, em conjunto com o *Bill of Rights*, datado de 1689 que foi responsável por criar o parlamento britânico, ou seja, separar o Poder Legislativo do Poder Executivo, os três poderes foram organizados e separados da competência do monarca.

Logo, a intenção de Montesquieu era sugerir uma estruturação do estado da França inspirado na separação tripartite das funções estatais da Inglaterra, apesar de não compreender completamente o funcionamento do estado inglês.

Por exemplo, Montesquieu visualizava a atribuição da chefia Poder Executivo ao monarca, apesar de que, na Inglaterra o Poder Executivo era exercido pelo Primeiro-Ministro.⁸

De qualquer modo, é a Montesquieu que se atribui o mérito doutrinário de distribuir as funções do estado em três poderes, distintos entre si, independentes e

⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brede et de. **O Espírito das Leis**. Cristina Murachco (Trad.) Martins Fontes, São Paulo, 2000.

⁶ Mais notadamente a restrição da sucessão da coroa britânica apenas a protestantes, proibindo a todos que forem católicos ou se casarem com católicos de assumir a coroa britânica.

⁷ Guilherme III à época.

⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brede et de. **O Espírito das Leis**. Cristina Murachco (Trad.) Martins Fontes, São Paulo, 2000.

que funcionam de maneira harmônica, mas limitando os abusos um dos outros de modo a introduzir a ideia do sistema de freios e contrapesos, que atualmente é objeto de discussões acadêmicas.

Logo, são características da separação de poderes: (a) o exercício dos poderes por pessoas diferentes; (b) a independência de cada poder, ou seja, possui independência em relação ao outro e (c) um poder pode fiscalizar e, a depender do caso, obstaculizar ações de outro poder que venham de encontro à lei e à Lei Fundamental.

Logo, é possível verificar o quão necessário foi haver a separação de poderes do monarca e, progressivamente, a acumulação de poder por parte do povo. Neste sentido, o constitucionalismo nasceu do processo de separação de poderes, conforme ensina Dirley da Cunha Júnior⁹:

O constitucionalismo se despontou no mundo como um movimento político e filosófico inspirado por *idéias libertárias* que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização política lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes.

Observa-se também que, juntamente com a separação de poderes e o constitucionalismo, surge o Estado de Direito, ou seja, surge a obrigação do Estado em respeitar as normas por ele criadas, de modo a prevenir futuros abusos do poder estatal.

Entretanto, tal sistemática não é isenta de falhas. Por tal razão, o sistema de separação de poderes continua evoluindo cada vez mais com contribuições doutrinárias e com a experiência constitucionalista realizada em cada país democrático.

2.1.2 Críticas à separação de poderes

Há de se observar que a separação de poderes foi originada em um período de mudança da sistemática de administração pública, mais especificamente da administração patrimonialista para a administração burocrática, de modo que grande parte dos defeitos do sistema de separação de poderes também fazem parte da sistemática de administração pública burocrática.

⁹ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional** – 4^a ver. ampl. e atual. JusPodivm: Salvador, 2010, p. 33.

Augustinho Vicente Paludo¹⁰ conceitua o modelo de administração pública patrimonialista:

Mesmo de forma desorganizada, o patrimonialismo foi o primeiro modelo de administração do Estado. Nele não havia distinção entre a administração de bens públicos e bens particulares: tudo o que existia nos limites territoriais de seu “reinado” era tido como domínio do soberano, que podia utilizar livremente os bens sem qualquer prestação de contas à sociedade.

Verifica-se que tal modelo era usado nas monarquias de antigamente. Tendo como característica a má utilização dos bens públicos, visto que estes eram confundidos com bens particulares do monarca. E foi, entre vários outros motivos, a má utilização dos bens públicos que motivou o constitucionalismo, de forma a gerar um novo modelo de administração pública, o modelo burocrático de administração pública.

Neste sentido, Augustinho Vicente Paludo¹¹ explica o contexto do nascimento do modelo burocrático de administração pública:

A Administração Pública burocrática surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese: o poder racional-legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori. Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como, por exemplo, na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas.

Logo, verifica-se que os controles rígidos dos processos serviram para combater o quanto sofrido durante a utilização do modelo patrimonialista de administração pública.

Entretanto, o sistema de separação de poderes acabou por absorver as características do modelo burocrático de administração pública, tanto as boas quanto as ruins.

Neste sentido, Dalmo de Abreu Dallari¹² critica o sistema de separação de poderes:

A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais,

¹⁰ PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração pública** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 103.

¹¹ *Ibidem.*, p. 111.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.

Logo, critica-se o sistema de separação de poderes pois, assim como acontece no modelo burocrático de administração pública, apresenta-se a de uma forma enquanto ideia, enquanto o cumprimento efetivo ocorre de maneira diversa ao originalmente planejado. No caso, trata-se da invasão de competência, o que contraria o sistema de separação de poderes dentro de um contexto de constitucionalismo moderno.

Continua com suas críticas ao sistema de separação de poderes Dalmo de Abreu Dallari¹³:

Outro argumento importante contra o sistema é que ele jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam *de fato* com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.

Daí é possível extrair um grande problema que atinge o Poder Legislativo: a falta de representatividade no Poder que deveria servir como a voz do povo, tendo em vista a utilização de uma democracia indireta, ou seja, exercida por representante do povo.

Verifica-se, ainda mais no contexto brasileiro, uma dissonância entre a vontade do povo e a vontade dos representantes do povo. Enquanto o povo espera por leis que efetivem os seus direitos, como por exemplo o direito de greve para os servidores públicos, nas casas legislativas os votos, ao invés de atenderem os pleitos populares, se tornam moeda de troca dentro dos partidos políticos e dentro dos grupos parlamentares, mais conhecidos como “bancadas”¹⁴.

Tal fenômeno acaba por resultar na chamada “omissão inconstitucional”. Tal omissão não está relacionada ao simples “deixar de fazer” do poder público, mas no efetivo desrespeito à Constituição.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

¹⁴ São exemplos de bancadas a bancada da bola, a bancada ruralista e a bancada evangélica.

Neste sentido, Dirley da Cunha Júnior¹⁵ explica o fenômeno da omissão inconstitucional:

É necessário enfatizar que não é toda e qualquer omissão do poder público que a Constituição conduz à inconstitucionalidade. Não haverá omissão inconstitucional, v.g., se a medida não for indispensável à exequibilidade da norma constitucional. (...) Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado.

Tal fenômeno acaba por transformar o Poder Judiciário, o qual inicialmente teria como funções principais a resolução de conflitos entre os indivíduos e o controle de legalidade e constitucionalidade, num verdadeiro protagonista da efetivação dos direitos fundamentais.

Conclui-se que, apesar de ter servido para remediar a sociedade dos abusos exercidos pelo monarca, o qual usava a Administração Pública em benefício próprio, a sistemática da separação de poderes atualmente sofre deturpações, as quais acabam por legitimar atos em benefício individual em detrimento do benefício da sociedade.

2.2 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

2.2.1 Constitucionalismo Moderno

O Poder Judiciário sofreu muitas evoluções com o passar dos anos. Como anteriormente visto, a atividade jurisdicional antigamente fazia parte do Poder Executivo. Somente após o desenvolvimento da separação dos Poderes executivo e legislativo foi possível separar e reconhecer um Poder Judiciário independente, dono do poder jurisdicional.

Com o reconhecimento do Poder Judiciário como um Poder independente, forma-se o chamado Estado Legislativo de Direito que, como já mencionado, teve o mérito de vincular a Administração Pública ao fiel cumprimento das normas criadas por ele mesmo.

¹⁵ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição – 2. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 123.

É neste período que se considera um constitucionalismo mais forte. Isso se deve ao fato de, apesar de que sociedades em momento anteriores já terem esboçado traços do constitucionalismo, visto a clara organização do Estado e a limitação do poder estatal.

Neste sentido, ensina Dirley da Cunha Júnior¹⁶ sobre o surgimento do constitucionalismo moderno:

O constitucionalismo moderno, contudo, surge vinculado à ideia de Constituição escrita, chegando a seu ápice político com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais.*

Durante o constitucionalismo moderno, o Poder Judiciário tinha a sua atuação vinculada à fiel execução das normas, principalmente a fiel execução das leis, que eram as principais normas à época.

Logo, não cabia ao Poder Judiciário criar normas, desenvolver teorias ou inovar princípios. Apenas cabia ao Poder Judiciário, quando provocado, aplicar a “letra fria” da lei, ou seja, aplicar a lei conforme a interpretação literal.

Tal atuação do Poder Judiciário, apesar trazer à sociedade a grande vantagem de ser previsível, isto é, conferir segurança jurídica às situações concretas, por vezes essa atuação não atendia as necessidades da população de forma efetiva, tendo em vista que a interpretação literal das normas não é capaz de regular, de maneira justa e eficaz, as incontáveis situações presentes no cotidiano da sociedade, muito menos é capaz de produzir julgamentos satisfatórios.

2.2.2 Neoconstitucionalismo

Em meados do século XX surge na Europa um novo pensamento constitucional. Ao invés de apenas limitar o exercício do poder pelos governantes tendo como o paradigma maior a lei, este novo pensamento constitucional tem como proposta a mudança de paradigma, da lei para a constituição, além da elevação dos princípios e direito fundamentais a uma ordem de importância maior que a que se dava à época.

¹⁶ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional** – 4^a ver. ampl. e atual. JusPodivm: Salvador, 2010, p. 35-36.

Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷ pontua sobre o surgimento do neoconstitucionalismo:

O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes.

Em razão desta mudança de paradigma, observa-se a mudança da organização do Estado, o qual evolui de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito.

Sobre a referida mudança, pontua Dirley da Cunha Júnior¹⁸:

O neoconstitucionalismo, ou o direito constitucional como também é conhecido, destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Além de representar uma transformação de Estado Legislativo de Direito para Estado Constitucional de Direito, considera-se a adoção do neoconstitucionalismo um marco do pós-positivismo, refletido na aproximação entre o direito e a moral, os quais se encontravam distantes durante o período do Estado Legislativo de Direito, com o seu positivismo.

Sobre o pós-positivismo, ensina o Min. Luís Roberto Barroso¹⁹:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Em razão da aproximação do direito e da moral, é neste período que ocorre a valorização da dignidade da pessoa humana, da cidadania, dos direitos humanos e do bem-estar social.

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65.

¹⁸ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição – 2. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 09-10.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). v. 4, nº 2. Fortaleza: THEMIS - **Revista da Escola de Magistratura do Ceará**, 2006. p. 25.

Após duas guerras mundiais, observou-se um padrão de incorporação na estrutura organizacional de vários países. Este padrão era justamente a adoção do neoconstitucionalismo e a incorporação dos referidos valores de modo expresso nas constituições, de modo a transformar esses valores em diretrizes para a atuação estatal.

E, também, é neste período de mudança de paradigma que ocorrem várias mudanças importantes, principalmente na ciência jurídica. Neste sentido, ensina Dirley da Cunha Júnior²⁰:

Esse novo panorama propiciou inúmeras transformações para a ciência jurídica, que, estudando inicialmente o Direito a partir de uma teoria formal e liberal, radicalmente passou, posteriormente, a compreendê-lo numa perspectiva material e social, provocando mudanças nos próprios fundamentos da teoria jurídica. Com isso, exalta-se o “primado da Constituição” e dos “valores humanos” sobre os poderes políticos; a “força normativa dos princípios” sobre as regras; a “regulação jurídica ou a juridicização dos programas e atividades políticas do Estado”; a “ampliação e eficácia direta dos direitos fundamentais”; uma “nova hermenêutica jurídica” comprometida com a máxima efetividade do discurso constitucional; e a “expansão da jurisdição constitucional” para abranger o controle das omissões institucionais do poder público.

Há de se ressaltar que, com o neoconstitucionalismo, o Estado efetivamente assume obrigações de cumprir com suas promessas de concretizar os valores constantes na Constituição, por isso, existe a possibilidade do Poder Judiciário tratar sobre as omissões institucionais do poder público, assunto que será tratado em seguida.

Como resultado do neoconstitucionalismo, as demais normas e os poderes ficam condicionados a interpretação conforme a Constituição, elevando o texto e os valores constitucionais a mais alta posição hierárquica.

Neste sentido, ensina o Min. Luís Roberto Barroso²¹:

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares.

De igual forma, afirma Adhelmar Raymundo da Silva²²:

No primeiro plano de análise, usamos como critério a *hierarquia normativa*. É decisiva nesse âmbito a presença ou não de uma Constituição forma-escrita-

²⁰ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, n. 5, p. 25, Jan./Jun. 2011.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). v. 4, nº 2. Fortaleza: THEMIS - **Revista da Escola de Magistratura do Ceará**, 2006. p. 30.

²² DA SILVA, Adhelmar Raymundo. Crítica do Neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, vol. 22, p.186-187, 2011.

rígida em determinado ordenamento jurídico. Havendo tal diploma, o Estado é sempre e necessariamente *constitucional*, devendo todas as autoridades estatais, e em primeiro lugar o legislador ordinário, se submeter à Constituição. Não havendo tal diploma, o Estado será, no máximo, legal, pois a ausência de Constituição rígida confere, *de iure*, ao legislador o poder de modificar o ordenamento jurídico de acordo com a sua vontade.

Não suficiente, em razão importância e conseqüente necessidade de proteção dos valores constitucionais, houve a necessidade de determinar um guardião para esses valores constitucionais.

A partir da necessidade de determinar um guardião para os valores constitucionais, foram criados tribunais constitucionais para exercer a mencionada atividade. Logo, a proteção da Constituição se tornou parte da competência do Poder Judiciário.

Um dos grandes marcos do neoconstitucionalismo e a proteção dos valores constitucionais foi a decisão do caso *Marbury V. Madison*, conforme ensina o Min. Luis Roberto Barroso²³:

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema.

Verifica-se, a partir deste julgamento, a popularização do controle de constitucionalidade, o qual foi criado em razão do neoconstitucionalismo e da conseqüente necessidade da guarda das normas constitucionais presente em cada Estado.

Logo, há de se observar que o neoconstitucionalismo, além de alterar a forma com que se interpreta o sistema jurídico-normativo, mas também acabou por alterar a forma a sistemática da separação de poderes.

Afirma Ricardo Maurício Soares²⁴ sobre o neoconstitucionalismo e seus efeitos nos Poderes Legislativo e Judiciário:

Gera-se, pois, um conflito permanente entre esse tipo de constitucionalismo e a democracia, ante a primazia concedida do Poder Judiciário em detrimento da posição subalterna assumida pelo Poder Legislativo. Exemplo disso pode ser encontrado quando se verifica a tensão entre eficácia imediata (que exige a atuação dos juízes) e mediata (que requer a necessária atuação do legislador), ao denotar a dificuldade do neoconstitucionalismo de estabelecer

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

²⁴ SOARES, Ricardo Maurício. Breves Notas sobre o Neoconstitucionalismo: Pós-Positivismo e Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Campo Jurídico**, n. 2, vol. 1, p. 186-187, 2013.

os limites ou articular uma proposta que permita conjugar o labor jurisdicional e a função do legislador.

Logo, verifica-se que o neoconstitucionalismo, assim como o constitucionalismo moderno, também é passível de críticas, sendo a principal delas a sua intervenção na sistemática da separação dos poderes.

Por um lado, afirma-se que o neoconstitucionalismo altera a sistemática da separação de poderes, mas apenas conferindo mais ferramentas aos três Poderes para que possam fiscalizar e obstaculizar abusos cometidos, de forma a contribuir com a harmonia entre eles.

Por outro lado, afirma-se que o neoconstitucionalismo deteriora a separação de poderes, conferindo atribuições, principalmente ao Poder Judiciário, que desequilibram a harmonia entre poderes, seja através de excesso de atribuições ou importância das atribuições.

Lenio Streck²⁵, por sua vez, argumenta de forma contrária ao conceito de neoconstitucionalismo:

(...) é possível dizer que, nos termos em que o *neoconstitucionalismo* vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na *loteria do protagonismo judicial* (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência).

Contudo, não há como negar as inovações e reformas trazidas pelo neoconstitucionalismo. Apesar de não ser totalmente superior, ou seja, apesar de não vencer todas as premissas do constitucionalismo moderno, observa-se uma mudança substancial na forma de interpretação das normas e princípios, e na organização do Estado.

Logo, este argumento incorre no do paradoxo do navio de Teseu, ou seja, de considerar o quanto o neoconstitucionalismo é diferente do constitucionalismo para ser considerado como algo efetivamente diferente, quando cada resposta pode ser diferente, a depender da perspectiva de cada um.

Por fim, há de se considerar o neoconstitucionalismo foi o pilar de sustentação da expansão da jurisdição constitucional e da consequente tutela dos direitos fundamentais.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, Interpretação e Argumentação: Porque me afastei do Neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora Jurídica 2013, p. 299.

2.2.3 Omissões do Poder Público

Verificou-se que o neoconstitucionalismo realizou um grande número promessas e se obrigou a concretiza-las, colocando-as como diretrizes nas políticas públicas com poder constitucional. A este fenômeno constitucional, é dado a classificação de Constituição Dirigente.

Tal classificação se tornou popular com a obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, feita em 1982 pelo autor português José Joaquim Gomes Canotilho, o qual defende a tese de que os direitos de segunda dimensão/geração, ou seja, os direitos sociais, possuem condições de obrigar o Poder Legislativo a complementar o texto constitucional no sentido de fixar políticas públicas capazes de gerar as prestações estatais prometidas expressamente e implicitamente na Constituição.

Dirley da Cunha Júnior²⁶ cita José Joaquim Gomes Canotilho quanto à denominação de uma Constituição dirigente:

Essa Constituição do Estado Social é denominada, por CANOTILHO, “Constituição Dirigente”, concebida por este autor não como mero estatuto organizatório ou simples instrumento de governo definidor de competências e regulador de processos, mas sim como um *plano normativo-material global* do Estado e da Sociedade, porém *aberto*, que determina tarefas, estabelece programas e define fins, voltados ao bem estar social, que o poder público acha-se vinculado jurídico-constitucionalmente a realizar no campo econômico, social e cultural.

Por apresentar um grande número de promessas, inclusive promessas difíceis de serem cumpridas, as constituições dirigente sofrem a crítica de prometer muito e cumprir pouco.

Neste sentido, Noemia A. Garcia Porto²⁷ alerta sobre os perigos das constituições dirigentes:

Para que a Constituição dirigente não padeça do mal reducionista e irreal da fórmula política do Estado que chama para si a tarefa de dirigir, de maneira completa e abrangente, a sociedade, estando regulado pelo Direito – representado por uma folha de papel, em completa ignorância, velada ou intencional, quanto à pluralidade de formas e de fontes legítimas de manifestação política da sociedade -, deve assumir-se sob uma nova perspectiva.

²⁶ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição – 2. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62.

²⁷ PORTO, Noemia A. Garcia. Constituição dirigente, o direito à legislação e omissões inconstitucionais. In: TAVARES, André Ramos, FERREIRA, Olavo A. V. Alves, LENZA, Pedro. **Constituição Federal. 15 anos**: mutação e evolução. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 196.

Neste caso, verifica-se que a ausência do cumprimento dessas promessas de valor constitucional, as quais deveriam ser os principais alvos das políticas públicas, acarreta a chamada inconstitucionalidade por omissão.

Tais omissões apresentam consequências extremamente graves, tendo em vista que estas tratam sobre os direitos sociais do povo. O não cumprimento dessas promessas normalmente incitam movimentos sociais, os quais pressionam o Poder Público para este trabalhar em direção à efetivação dos direitos constitucionais previstos.

Tais omissões, ressalte-se, não são aceitáveis dentro de um modelo neoconstitucionalista. Assim como é dever do Poder Judiciário julgar e é dever do Poder Executivo executar as políticas públicas, cabe ao Poder Legislativo produzir os devidos suportes legais para a concretização e efetivação dos direitos fundamentais previstos na constituição.

Nesta lógica, o Min. Gilmar Mendes²⁸ pontua sobre a competência e responsabilidade legislativa:

A competência legislativa implica responsabilidade e impõe ao legislador a obrigação de empreender as providências essenciais reclamadas. Compete a ele não só a concretização genérica da vontade constitucional. Cumpre-lhe, igualmente, colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. O poder de legislar converte-se, pois, num dever de legislar.

Logo, há de se concluir que o Poder Legislativo não é um poder livre, mesmo porque os seus componentes possuem a obrigação de representar aqueles que os elegeram. Existe uma obrigação constitucional no sentido de obrigar o legislador a legislar os direitos assegurados na Constituição, sob pena de desrespeitar a Constituição.

Neste sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos²⁹ ressalta a gravidade da omissão legislativa inconstitucional:

A mais grave omissão institucional é certamente a que viola a Constituição, o não fazer aquilo que a Constituição determina que seja feito; trata-se de omissão inconstitucional que deve ser corrigida em nome da própria força normativa da Constituição.

²⁸ MENDES, Gilmar. **Questões Fundamentais de Técnica Legislativa**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/questoes_fundam_de_tecn_legis_-_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 23 Fev. 2018.

²⁹ CAMPOS, Carlos de Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. **Direito Público**, ano VIII n. 42, p. 49, nov./dez., 2011.

Em seguida, Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁰ conceitua a omissão legislativa inconstitucional:

Com relação à primeira pergunta – “quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna [legislativa] inconstitucional?” - , temos uma lacuna legislativa inconstitucional quando ocorre uma inércia do legislador em fazer o que determina a Constituição, ou seja, uma omissão em fazer as leis que a Constituição determina que sejam feitas, enfraquecendo assim a própria eficácia normativa da Constituição. Sendo as regras e os preceitos Constitucionais dotados de superioridade normativa diante da legislação infraconstitucional, será então dever do legislador infraconstitucional a concretização dos *conteúdos constitucionais* que exigem uma atuação legislativa determinada.

Há de se observar que é possível que a omissão legislativa inconstitucional seja total ou parcial, tendo tais circunstâncias repercussões quando da atuação do Poder Judiciário.

Por conseguinte, Carlos Alexandre de Azevedo Campos³¹ diferencia a omissão legislativa inconstitucional total da omissão legislativa inconstitucional parcial:

A omissão legislativa inconstitucional pode ser absoluta (total) ou relativa (parcial). Tem-se a omissão absoluta ou total quando “o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional”. Portanto, a omissão inconstitucional pode decorrer tanto da absoluta ausência do ato normativo obrigatório (omissão absoluta) quanto da circunstância do dever de legislar ter sido cumprido apenas parcialmente ou de modo incompleto ou defeituoso (omissão parcial).

Entretanto, há de se observar que não se confunde as omissões absolutas com as omissões totais, assim como não se confunde as omissões relativas com as omissões parciais.

Segundo Dirley da Cunha Júnior³², constituem omissões inconstitucionais absolutas e relativas:

As omissões absolutas decorrem da violação de um dever legislativo autônomo. Já as omissões relativas partem da ofensa ao princípio da igualdade. Enquanto em relação às omissões absolutas o legislador deveria necessariamente atuar, e se abstém por completo, nas omissões relativas ele poderia ficar inerte, mas resolve atuar, porém transgredindo o princípio da isonomia, seja por não contemplar certos segmentos, seja por excluí-los o benefício.

Logo, conclui-se que a omissão legislativa é tão grave que o Poder Judiciário pode (e deve) ser provocado para assegurar o fiel cumprimento à Constituição, mesmo porque foi confiado a guarda da Constituição ao Poder Judiciário e, como a

³⁰ Ibidem, p. 50.

³¹ Ibidem, p. 53.

³² DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição – 2. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

omissão legislativa é inconstitucional, deve o Poder Judiciário agir (mesmo que aja apenas por provocação).

Não é preciso uma análise muito aprofundada para perceber que o controle exercido pelo Poder Judiciário não é uma invasão de competência, mas apenas faz parte do sistema de freios e contrapesos da separação de poderes, o qual tem por finalidade a prestação dos serviços públicos para a população assegurando ao mesmo tempo, as competências exclusivas concedidas pela Constituição para cada Poder.

Neste sentido, afirma Gustavo Rabay Guerra³³:

A politização do Poder Judiciário, a judicialização da política, o ativismo judicial e, em especial, no que toca ao desenvolvimento e efetivação de direitos consagrados na Constituição, são temas centrais na atual conjuntura de consolidação do projeto democrático deflagrado nas duas últimas décadas, após o movimento pendular de avanços e retrocessos no qual emergira a República no complexo histórico que atravessou os séculos 19 a 21. Viveu-se 200 (duzentos) anos em 20 (vinte), com conturbadas transformações político-ideológicas do Estado. E pode-se afirmar que o Poder Judiciário vem ocupando espaços inéditos nessa arena.

Logo, apesar de ainda ser alvo de debates, a judicialização da política, ou seja, o Poder Judiciário tratando de assuntos de política pública, é algo que acontece na prática e que tem respaldo na sistemática da separação de poderes dentro de um contexto neoconstitucionalista.

Verifica-se o exercício constitucional do combate a omissão legislativa inconstitucional total por parte do Poder Judiciário através dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Tal ação tem respaldo constitucional no artigo 103, § 2º da Constituição Federal de 1988³⁴ e tem como objetivo resolver a ausência de norma garantida na Constituição Federal por meio de comunicação ao Poder competente para que este tome as medidas necessárias.

³³ GUERRA, Gustavo Rabay. *Ativismo Judicial em Movimento: Direito e Política na paisagem Constitucional e seus reflexos na cidadania*. In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora Jurídica 2013, p.178.

³⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de Jan. 2018).

Sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ensina Dirley da Cunha Júnior³⁵:

(...) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado-principal das omissões do poder público, destinado a suprir, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em débitos na atividade de realização das imposições constitucionais. Assim, deve-se ter em conta que, com essa ação de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público.

Observa-se que a ação direta de inconstitucionalidade efetivamente não supre a lacuna inconstitucional, tendo em vista a falta de coercitividade de sua decisão, tendo apenas caráter declaratório da omissão legislativa inconstitucional e mandamental, por recomendar supressão da lacuna através da atividade normativa do Poder competente.

Por outro lado, o mandado de injunção tem o poder de suprimir as omissões legislativas inconstitucionais, tendo como supedâneo legal o artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988³⁶.

Dirley da Cunha Júnior³⁷ analisa o conceito e as condições de uso do mandado de injunção:

O mandado de injunção, consoante sua clara definição constitucional, constitui *ação especial e controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental*. Condiciona-se, portanto, à existência de uma *relação de causalidade* entre a omissão do poder público e a impossibilidade do gozo de um direito fundamental. Desse modo, só se admite a impetração deste *writ* se, em decorrência da falta de norma regulamentadora (causa), tornar-se inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (efeito).

No caso do mandado de injunção, além de haver a declaração da omissão legislativa, o Poder Judiciário, julgando o caso concreto, poderá suprir diretamente a norma faltante até que o Poder competente edite a norma faltante, caso em que substituirá a norma provisória do Poder Judiciário.

³⁵ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática** – 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 257-258.

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...); LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de Jan. 2018).

³⁷ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. Cit., p.130

O mandado de injunção normalmente combate as omissões legislativas totais, entretanto há quem defenda sua aplicação no combate de omissões legislativas parciais.

O exemplo mais famoso do mandado de injunção é o que trata sobre a greve dos servidores públicos. O Supremo Tribunal Federal tinha a tradição de não admitir o mandado de injunção quando havia um projeto de lei relativo a norma regulamentadora em questão. Entretanto, observa-se uma mudança neste entendimento no julgamento dos mandados de injunção 670, 708 e 712, pelo que se expõe a ementa do mandado de injunção 712:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e

capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. **13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente.** 14. **O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico.** 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.³⁸(grifos nossos)

Há, entretanto, que se ressaltar que a referida atuação do mandado de injunção é um assunto com muita controvérsia. Existe doutrina no sentido de sustentar que os efeitos do mandado de injunção devem ser iguais aos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão.

De igual forma, a supressão de omissão legislativa inconstitucional parcial por parte das chamadas sentenças aditivas é um assunto que comporta muita controvérsia.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 712/PA**. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DJ 25 Out. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002458&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 Fev. 2018.

Oriunda da Corte Constitucional Italiana, as sentenças aditivas têm como objetivo dar efetividade completa às normas que sofrem de omissão legislativa inconstitucional parcial.

Segundo Dirley da Cunha Júnior³⁹, a sentença aditiva “corrige uma situação normativa que impede a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situação excluída do texto normativo impugnado.”

Extraí-se que as sentenças aditivas é a ferramenta do Poder Judiciário para, quando diante de uma omissão legislativa inconstitucional parcial, dar efetividade à norma através de uma integração do ordenamento infraconstitucional com os valores constitucionais.

Conclui-se, com todo o exposto, que o Poder Judiciário é capaz de suprir lacunas legislativas de modo a não invadir a competência de outros Poderes, mas apenas dar efetividade à normas que tiveram sua efetividade prejudicada, ou devido à ausência de texto normativo ou devido à insuficiência que o texto normativo oferece.

³⁹ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional** – 6^a ver. ampl. e atual. JusPodivm: Salvador, 2011, p. 404.

3 DIREITO A SAÚDE

Passando-se ao estudo do direito à saúde, verifica-se a sua íntima relação com o direito a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, tendo em vista que sem a saúde a viabilidade da vida é comprometida e, de igual forma, a dignidade da pessoa humana.

Destarte, o direito a saúde recebe uma atenção especial frente a outros direitos, como direito a honra, privacidade e propriedade. Neste sentido, a Organização Mundial de Saúde⁴⁰, desde o ano de 1946, afirma, entre outras coisas, na sua constituição:

The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.

The health of all peoples is fundamental to the attainment of peace and security and is dependent upon the fullest co-operation of individuals and States.⁴¹

Com o intuito de proteger a população brasileira e seguindo a tendência da Organização Mundial de Saúde em valorizar a saúde independente de raça, religião, crença política, condição econômica e social, o constituinte original de 1988 resolve prescrever a saúde como um dever do estado brasileiro e um direito de todas as pessoas.

Entretanto, este direito, além de necessitar de prescrição normativa, necessita uma atuação energética do estado na elaboração de políticas públicas, visto o grande alcance deste direito e sua importância para a proteção da vida e dignidade da população brasileira.

Desta forma, faz-se necessário verificar o *status* do direito a saúde como norma, o direito da saúde no Brasil, e a efetivação e as dificuldades em concretização do direito à saúde.

⁴⁰ Preambulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2567705/pdf/12571729.pdf>>. Acesso em 22 de Jan. de 2018.

⁴¹ O gozo do mais alto padrão possível de saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano sem distinção de raça, religião, crença política, condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é fundamental para alcançar a paz e a segurança e depende da cooperação mais plena de indivíduos e Estados, em tradução livre.

3.1 DIREITOS SOCIAIS

Observa-se que o direito a saúde é um dos direitos elencados como direitos sociais no artigo 6º da Constituição Federal de 1988⁴². Entretanto, há de se esclarecer como os direitos sociais foram parar no rol de direitos e garantias fundamentais, razão pela qual se faz importante verificar a história e evolução dos direitos sociais no mundo e nas constituições brasileiras.

Primeiramente, verifica-se que estes direitos nem sempre estiveram a disposição das pessoas. Os direitos sociais, dentre outros direitos, são fruto de uma evolução histórica dos direitos fundamentais.

A primeira geração/dimensão de direitos fundamentais surgiu como forma de combater os excessos praticados a época do absolutismo, por volta dos séculos XVI e XVII.

Logo, com o objetivo de assegurar a segurança do indivíduo frente ao monarca, assegurou-se direitos ao indivíduo, os quais hoje são classificados como direitos civis e direitos políticos.

São direitos assegurados pela primeira geração/dimensão de direitos fundamentais o direito à vida, a liberdade econômica, a autonomia da vontade, e o direito de propriedade. Tais direitos são o que a doutrina chama de liberdades negativas, ou seja, a não interferência estatal relacionada a pessoa do indivíduo e sua propriedade privada.

Entretanto, tais direitos não foram suficientes para o bom convívio em sociedade. Apesar de ter resolvido diversos problemas e conflitos, tais direitos não foram suficientes para dirimir as diversas injustiças e abusos oriundos da Revolução Industrial.

A Revolução Industrial mudou a forma de produção e, conseqüentemente, de comercialização de produtos. Em razão dela, hoje é possível produzir e vender

⁴² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de Jan. 2018).

produtos em larga escala.

Logo, não é exagero afirmar que a Revolução Industrial foi um dos momentos mais impactantes da economia mundial. Todavia, tanto progresso veio às custas de muitos abusos.

A necessidade de produção em massa, a insalubridade do ambiente de trabalho e as longas jornadas de trabalho acabaram por ocasionar mortes e prejuízos à saúde aos trabalhadores da época. O trabalhador foi cada vez mais deixando de ser um ser humano e se transformando em uma ferramenta de produção. Tal afirmação se prova verdadeira ao se verificar as condições degradantes e nocivas à saúde nas quais os trabalhadores eram submetidos.

Neste contexto onde, não mais havia exploração do monarca em relação ao indivíduo, mas do indivíduo em relação a outro indivíduo, nasce um sentimento de resistência por parte dos trabalhadores, sentimento este que deu origem as reivindicações trabalhistas e normas de assistência social, que hoje podemos chamar de direitos sociais.

É possível observar que nem sempre o direito a saúde esteve incluso nos direitos sociais. Neste sentido, pontua Carlos Weis⁴³:

Em seu início, os direitos sociais se limitavam a proteger os trabalhadores. Os direitos sociais surgiram em função da desumana situação em que vivia a população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, em resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial e diante da inércia própria do Estado liberal, em meados do século XIX

Destarte, os direitos sociais fazem parte da segunda geração/dimensão dos direitos fundamentais, surgindo como um complemento aos direitos individuais trazidos na primeira geração/dimensão de direitos fundamentais.

Nas palavras do professor André de Carvalho Ramos⁴⁴, são direitos sociais:

Os direitos sociais consistem em um conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade ou até mesmo a abstenção de agir, tudo para assegurar *condições materiais mínimas de sobrevivência*.

Gilmar Mendes Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴⁵ pontuam sobre os direitos sociais e a segunda geração/dimensão dos direitos fundamentais, relacionando-os com o princípio da igualdade:

⁴³ WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39

⁴⁴ Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 63.

⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 129.

(...) São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Logo, é possível concluir que os direitos sociais são direitos demandam uma ação energética/positiva do Estado para o seu devido cumprimento e tem a população como titular do direito.

Há de se ressaltar que, quando se diz população como titular do direito, tal direito abrange os brasileiros, natos ou naturalizados, assim como os estrangeiros que no país estiverem.

Apesar de todo este histórico, os direitos sociais só foram verdadeiramente incorporados nas constituições ao redor do mundo após as tristes calamidades e genocídios oriundos de duas guerras mundiais, em um contexto de valorização da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, é possível observar indícios de direitos sociais na Constituição do Império (1824) que positivava o direito a educação primária gratuita⁴⁶ e direito a socorros públicos⁴⁷, garantindo o direito de educação e saúde para quem era considerado cidadão brasileiro.

Apesar disso, a Constituição Republicana de 1891, apesar de ser a primeira constituição após a proclamação da república e, desta forma, inserida em um contexto republicano, não deu continuidade aos direitos sociais previstos na Constituição do Império.

Influenciada pela Constituição do México (1917) e a de Weimar, a Constituição brasileira de 1934 se destaca por positivar direitos sociais relativos a classe trabalhadora (Título IV) e direito a educação. A partir da Constituição de 1934 os direitos sociais passaram a estar expressamente previstos nas constituições

⁴⁶ XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos. BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 de Jan. 2018.

⁴⁷ XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 de Jan. 2018.

seguintes.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, se destaca por, ao invés de optar em trazer os direitos sociais novamente juntos aos econômicos ou direitos civis, optou por incluir os direitos sociais no rol de direitos e garantias fundamentais, o que revela o nível de importância que o constituinte originário concedeu aos direitos sociais e o seu desejo de vê-los protegidos e concretizados.

3.1.1 A fundamentalidade dos direitos sociais

Primeiramente, há de se conceituar o que são direitos fundamentais e diferenciá-los de direitos humanos, tendo em vista que, por terem semelhanças⁴⁸, é possível confundi-los.

Para Guilherme Nucci⁴⁹, são direitos humanos:

Os direitos humanos, hoje ligados estreitamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, são os essenciais a conferir ao ser humano a sua máxima individualidade dentre todas as criaturas existentes no planeta, mas também lhe assegurando, perante qualquer comunidade, tribo, reino ou cidade, condições mínimas de respeito à sua integridade físico-moral e de sobrevivência satisfatória.

Logo, os direitos humanos estão relacionados a direitos que um indivíduo tem que podem ser considerados presentes em qualquer sociedade por estarem ligados ao mínimo que se pode esperar quando um indivíduo entra em contato com alguma sociedade.

Por outro lado, nas palavras de Jose Afonso da Silva⁵⁰, os direitos fundamentais “são direitos positivos, que encontram o seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico.”

Logo, observa-se que o traço distintivo dos direitos fundamentais dos direitos humanos é a positivação deste direito. Logo, é possível haver um direito humano que não seja um direito fundamental e, o que ocorre com mais frequência, um direito fundamental que também é um direito humano.

No caso, como estamos tratando de direitos sociais, mais especificamente o

⁴⁸ Por exemplo, ambos são essenciais para o respeito à dignidade da pessoa humana.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 20

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176

direito a saúde, percebe-se que o direito a saúde, ao menos até certo ponto, e um direito humano e, no direito brasileiro, também se trata de um direito fundamental, uma vez que se encontra positivado por leis e, principalmente, positivado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental.

Dar o *status* de direito fundamental aos direitos sociais implica na concessão de um destaque superior a esses direitos em relação a outros direitos, como por exemplo a aplicabilidade imediata, conforme o artigo 5º, § 1º⁵¹, além de já ter a proteção concedida pelo princípio da proibição do retrocesso⁵² e a proteção contra a abolição de direitos e garantias individuais concedida pelo artigo 60, § 4, IV⁵³, ambos da Constituição Federal de 1988.

Contudo, há quem considera que os direitos sociais não fazem parte dos direitos fundamentais. Neste sentido, Luísa Cristina Pinto e Neto e Ricardo Lobo Torres argumentam sobre a exclusão dos direitos sociais da classificação de direitos fundamentais.

Luísa Cristia Pinto e Netto⁵⁴ não considera os direitos sociais como integrantes dos direitos fundamentais sob a teses de que os direitos sociais fazem parte das normas programáticas e, logo, depende de financiamento para a sua concretização e, logo, não podem ser justiciáveis⁵⁵

Ricardo Lobo Torres⁵⁶, por sua vez, considera que os direitos sociais não possuem *status negativus*⁵⁷ e, portanto, não possuem, por si sós, a capacidade de gerar uma pretensão positiva do Estado, tendo em vista que, para serem efetivamente

⁵¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵² De acordo com Gilmar Mendes, “trata-se de princípio segundo o qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial”. In BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p 583.

⁵³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

⁵⁴ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais a revisão constitucional**. Salvador; JusPodivm, 2009.

⁵⁵ Entende-se por justiciabilidade a possibilidade de buscar a efetivação de direitos através do Poder Judiciário. A autora afirma não ter justiciabilidade, tendo em vista que os direitos programáticos dependeriam do Poder Legislativo para a sua efetivação.

⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, Jul-Set 1989, p. 29-49.

⁵⁷ Fala-se em *status negativus* em referência a Georg Jellinek, que sistematizou os direitos e garantias fundamentais de acordo com as relações que o indivíduo tem com o Estado, sendo o *status negativus* a possibilidade que o indivíduo tem de resistir a ações do Estado.

concretizados, os direitos sociais necessariamente precisam de leis e, destarte, os direitos sociais não se configuram como direitos fundamentais em razão de uma dedução lógica.

Por fim, Ricardo Lobo Torres restringe os direitos fundamentais apenas aos artigos 6º e 7º da Constituição e considera que, apesar de proporcionar uma visão de justiça social através da isonomia material que os direitos sociais proporcionam, tais feitos, por mais importantes que sejam, não possuem o condão de qualificar os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais.

Ha de se perceber, entretanto, que, apesar dos direitos sociais fazerem parte das normas programáticas e, destarte, necessariamente dependerem da ação do Poder Legislativo, tal fato não tem o condão de excluir a fundamentalidade dos direitos sociais.

Observa-se que, em verdade, a programaticidade dos direitos sociais age como uma forma de vinculação ao legislador a norma, não da norma ao legislador. Neste sentido, ensina Canotilho⁵⁸:

As normas constitucionais programáticas – sejam elas princípios constitucionais impositivos, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado ou regras constitucionais impositivas⁴ (apresentadas em ordem crescente de densidade normativa) – “valem como lei”, pois o “direito constitucional é direito positivo” e porque a Constituição utiliza termos e meios do direito para instrumentalizar o governo, garantir direitos fundamentais e individualizar fins e tarefas.

Quanto a questão da justiciabilidade dos direitos sociais, afirma com clareza Christian Courtis⁵⁹:

Defender os direitos sociais como não justiciáveis e “ignorar” a realidade existente nos tribunais ao redor de todo o mundo, possuidores de vasta jurisprudência voltada a concretização de direitos sociais.

No mesmo sentido, Robert Alexy⁶⁰ reconhece a problematização dos direitos sociais fundamentais quanto à tese de falta de justiciabilidade e a confronta da seguinte maneira:

Também contra o modelo aqui proposto pode ser levantada a objeção de uma justiciabilidade deficiente. Essa objeção deve ser rejeitada com base na constatação de que os problemas de justiciabilidade que surjam no âmbito desse modelo não se distinguem, em sua essência, daqueles que existem no caso dos direitos fundamentais tradicionais

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2 ed. Coimbra Editora, 2001, p. 21-22.

⁵⁹ COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 489.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). Malheiros, São Paulo, 2015, p. 513-514

Complementa-se que a própria ADPF 45, por exemplo, já admitiu a justiciabilidade dos direitos sociais no direito brasileiro. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 se originou em razão do veto do presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva quanto ao parágrafo 2º do artigo 55 (que após foi renumerado para artigo 59) da Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). O referido parágrafo possuía a seguinte redação:

“§ 2º Para efeito do inciso II do *caput* deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”⁶¹

A tese da ADPF 45 consistia em considerar que o veto do presidente viola preceito fundamental oriundo da Emenda Constitucional 29/2000, a qual garantia recursos mínimos para serem aplicados nas ações e serviços públicos relacionados a área da saúde.

Apesar da ADPF 45 ter perdido o seu objeto quando o presidente Lula remeteu o projeto de lei com o artigo 55 restaurado na íntegra, o Ministro Celso de Mello constou em sua decisão o reconhecimento da impossibilidade do STF, diante de sua atribuição de guardião da Constituição, deixar de buscar a efetividade de direitos econômicos sociais e culturais⁶².

Logo, há de se concluir que, apesar de ter as suas dificuldades específicas, os direitos sociais constituem verdadeiros direitos fundamentais, não apenas porque se encontram expressos desta forma na Constituição Federal de 1988, mas porque, além de serem justiciáveis, fazem parte dos direitos humanos e estão prescritos em texto legal e constitucional.

3.1.2 Eficácia dos direitos sociais

Como já visto, os direitos fundamentais, sobretudo os direitos fundamentais sociais, necessitam de uma atitude positiva e energética por parte do Estado para a sua proteção e concretização.

⁶¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2003/Mv357-03.htm>. Acesso em 30 Jan. de 2018.

⁶² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF_Pol%C3%ADticas_P%C3%ABlicas_-_Interven%C3%A7%C3%A3o_Judicial_-_Reserva_do_Poss%C3%ADvel>. Acesso em 30 Jan. de 2018.

Isto se deve pelo fato de que esses direitos sociais geralmente fazem parte das normas programáticas, ou seja, normas que consubstanciam programas e diretrizes direcionadas ao Poder Público em seu atendimento das necessidades básicas da população.

Logo, observa-se que, para existir uma efetiva concretização dos direitos sociais e necessário haver dotação orçamentaria e atitude do legislador infraconstitucional no sentido de destinar os recursos a determinados programas de concretização desses direitos.

Entretanto, há de se lembrar que, por considerar os direitos sociais como direitos fundamentais, extrai-se da sua aplicação o constante no artigo 5º, § 1 da Constituição Federal, ou seja, que esses direitos sociais fundamentais possuem aplicação imediata.

Daí extrai-se o maior desafio para os direitos sociais fundamentais: aplicar efetivamente a norma de direito social fundamental dentro de um planejamento orçamentário.

Tratando sobre o orçamento público, deve-se destacar os traços distintivos do orçamento público:

- a. A importância do orçamento público. A Constituição brasileira exige a elaboração do orçamento anual, a sua aprovação pelo poder Legislativo e a sua disponibilização à sociedade. A sociedade fiscaliza a gestão das entidades públicas diretamente, respaldada pela Constituição, ou indiretamente, por meio de representantes. A elaboração de demonstrativo que apresenta e compara a execução do orçamento com o orçamento previsto é o mecanismo normalmente utilizado para demonstrar a conformidade com os requisitos legais relativos às finanças públicas.
- b. Natureza dos programas e longevidade do setor público. Muitos programas do setor público são de longo prazo, e a capacidade para cumprir os compromissos depende dos tributos e das contribuições a serem arrecadados no futuro. Ademais, as entidades do setor público têm existências muito longas, mesmo que passem por severas dificuldades financeiras e se tornem inadimplentes com as obrigações oriundas da sua respectiva dívida. Consequentemente, as demonstrações que evidenciam a situação patrimonial e o desempenho não fornecem todas as informações que os usuários precisam conhecer a respeito dos programas de longo prazo.
- c. Natureza e propósito dos ativos e passivos no setor público. No setor público, a principal razão de se manterem ativos imobilizados e outros ativos é voltada para o potencial de serviços desses ativos e, não, para a sua capacidade de gerar fluxos de caixa. Em razão dos tipos de serviços prestados, uma parcela significativa dos ativos utilizados pelas entidades do setor público é especializada, como, por exemplo, os ativos de infraestrutura e os ativos militares.
- d. Papel regulador das entidades do setor público. Muitos governos e outras entidades do setor público possuem poder de regulação de entidades que operam em determinados setores da economia, de forma direta ou por meio de agências reguladoras. A principal razão da regulação é assegurar o interesse público de acordo com objetivos definidos nas políticas públicas ou

quando existem falhas de mercados para determinados serviços. Essas atividades regulatórias são conduzidas de acordo com o estabelecido na legislação.⁶³

Observa-se que ter conhecimento do orçamento público é importante na vida do cidadão, tendo em vista que é financiado por ele, o que lhe dá o direito de poder fiscalizá-lo e, principalmente, fiscalizar o que a Administração planejando com os recursos, principalmente quando muitos dos programas do Poder Público possuem um longo prazo de implementação.

Jose Afonso da Silva⁶⁴, ensina, ao tratar sobre a aplicabilidade das normas de direito fundamental, que essas normas são “normas aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento” e, caso houver algum contencioso judicial no qual se discute sobre as referidas normas, o Poder Judiciário “não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.

Logo, há de se observar que depender de iniciativa do Poder Legislativo e de dotação orçamentaria no planejamento não podem ser obstáculos capazes de inviabilizar os direitos fundamentais, inclusive os que estejam elencados entre as normas programáticas.

3.2 A POLÍTICA DE SAÚDE PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

Há de se conceituar política de saúde para fins de melhor compreensão do assunto. Neste tópico, Jairnilson Silva Paim⁶⁵:

A expressão *Política de Saúde* abrange tanto as questões relativas ao poder em saúde (natureza, estrutura, relações, distribuição e lutas) como as que dizem respeito ao estabelecimento de diretrizes, planos e programas de saúde. Enquanto a língua inglesa dispõe dos vocábulos *politics* (referente a existência e ao exercício de poder) e *policy* (planos de ação), em português a palavra envolve tanto as dimensões do poder quanto as diretrizes e as intervenções planejadas. Assim, política de Saúde no discurso oficial pode significar diretrizes e planos de ação, porém, enquanto disciplina acadêmica do campo da Saúde Coletiva, abrange tanto o estudo das relações e do exercício do poder como, também, a formulação e a condução de políticas de saúde.

⁶³ **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 7 ed, p. 22-23. Disponível em: <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/563508/MCASP+7%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o+Vers%C3%A3o+Republica%C3%A7%C3%A3o+2017+06+02.pdf/3f79f96f-113e-40cf-bbf3-541b033b92f6>>. Acesso em 30. Jan de 2018.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. 2ª tiragem. Malheiros Editores, 2009, p. 125.

⁶⁵ PAIM, Jairnilson Silva. **Políticas de Saúde no Brasil**. In: Eouquayrol, MZ & Almeida Filho, N. *Epidemiologia e Saúde*. 6 ed. Rio de Janeiro, 2003, p. 588.

A política de saúde pública como disciplina acadêmica foi desenvolvida apenas relativamente recentemente. A criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1946 pode ser considerada como um marco para a formação dessa nova disciplina no mundo acadêmico.

Entretanto, tal fato não significa que não existisse estudos de políticas de saúde, mas apenas não havia uma sistematização da disciplina, dos seus métodos e dos seus fundamentos.

A intervenção estatal no controle e garantia da saúde pública existe desde a antiguidade, mesmo que tal intervenção tivesse como fundamento maior, não necessariamente o indivíduo, mas a religião. Neste sentido, ensinam Daniel Carlos Neto, Carla Dendasck e Euzébio de Oliveira⁶⁶

Partindo-se da premissa de saúde como concepção religiosa, pode-se dizer, então, que a preocupação com a saúde de forma coletiva, veio com as primeiras epidemias que afetaram um número maior de pessoas, fazendo com que se pensassem a causa delas. Na Bíblia, tem-se registros de doenças, como a lepra (atualmente hanseníase), que afetava a vida de muitas pessoas ainda na época antes de Cristo, trazendo a preocupação de isolar os leprosos para se evitar o contágio do restante da população, pois entendiam que a doença era contagiosa, além de que era vista como um castigo divino.

Com o passar dos anos, a garantia da saúde pública foi evoluindo em sua vertente científica e metodológica, assim como os estudos das políticas de saúde pública, com o fim de aplicar os estudos de medicina com a maior efetividade possível para a população.

Logo, observa-se que a criação da Organização Mundial de Saúde inicia um processo de estudo aprofundado das políticas de saúde pública de modo internacional, o que inspirou a criação de entidades como o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES), a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (Abrasco), a Associação Internacional de Política de Saúde (IAHP), entre outras.

3.2.1 Histórico

a) Brasil Colônia

⁶⁶ CARLOS NETO, Daniel; DENDASCK, Carla; OLIVEIRA, Euzébio de. **A evolução histórica da Saúde Pública** – Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento- Vol. 1. Ano. 1. Março. 2016, p. 52-67. Disponível: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/a-evolucao-historica-da-saude-publica>>. Acesso em 30 Jan. 2018.

Na época do Brasil Colônia, quando não havia infraestrutura razoável (mesmo para os padrões da época, observava-se que não havia uma preocupação limpezas urbanas, com questões sanitárias, enfim, com a saúde pública como um todo. Deste modo, a saúde pública agia principalmente para combater eventuais doenças que acometessem a população, não havendo qualquer planejamento, organização ou ação preventiva relevante.

Entretanto, este cenário começou a mudar a partir de 1808, com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, ocasionada pela coalisão entre a França e a Espanha e o objetivo comum de invadir e dominar Portugal e, conseqüentemente, aprisionar Família Real portuguesa.

A vinda da Corte Portuguesa ocasionou mudanças quanto as questões de saúde pública, pois somente a partir da chegada da Corte Portuguesa no Brasil houve um interesse governamental em tratar das questões de saúde pública com mais profundidade.

Quando anteriormente apenas havia o interesse em fiscalização do comércio de alimentos e a fiscalização dos portos, os quais eram fiscalizados principalmente em razão do comércio, o interesse passou a ser o de manter a elite portuguesa longe das doenças, de modo que foram criadas neste período instâncias públicas de saúde que fiscalizavam o exercício da medicina, assim como faculdades de medicina.

b) Brasil Independente

Outro incentivo a priorizar a saúde pública foi um surto epidêmico de febre amarela que ocorreu em 1849. Em razão deste surto, a Administração Pública percebeu uma necessidade de centralizar os serviços referentes à saúde pública. Neste sentido, pontua Mariana da Hora Alves⁶⁷:

Como já foi explicitado previamente à criação da Junta Central de Higiene Pública foi estabelecida frente à tentativa de centralização em único órgão, todos os serviços referentes à saúde pública da Corte. A população e o governo sentiram-se acuados com a epidemia de febre amarela que ocorrera no verão de 1849-1850, momento esse que se fazia necessário uma maior organização do ramo salutar para uma erradicação eficaz da doença, foi

⁶⁷ ALVES, Mariana da Hora. **Junta Central de Higiene Pública: ações, estigmas e conflitos sociais (1850-1889)**. Disponível em: <http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1338251328_ARQUIVO_AlvesMariana_R esumoArtigoANPUH2012_2_.pdf>. Acesso em 02 Fev. 2018.

sentida tamanha deficiência.

A partir de 1870 que o a Administração Pública se dedicou ainda mais à questão da saúde. Parte disso se atribui à mudança de modelo de atenção à saúde, do modelo biomédico, o qual “associa doença à lesão, reduzindo o processo saúde-doença à sua dimensão anatomofisiológica, excluindo as dimensões histórico-sociais, como a cultura, a política e a economia e, conseqüentemente, localizando suas principais estratégias de intervenção no corpo doente”⁶⁸, para um modelo campanhista ou preventivista, o qual “(...)baseou-se em campanhas sanitárias para combater as epidemias de febre amarela, peste bubônica e varíola, implementando programas de vacinação obrigatória, desinfecção dos espaços públicos e domiciliares e outras ações de medicalização do espaço urbano, que atingiram, em sua maioria, as camadas menos favorecidas da população”⁶⁹.

Apesar da polêmica gerada pela maneira com que a Administração Pública utilizou o modelo campanhista, até mesmo gerando a Revolta da Vacina em 1904, as ações de saúde pública terminaram por atingir os resultados propostos, incluindo as medidas preventivas.

c) República Velha

Justamente em 1904 foi realizada uma reforma na organização sanitária, de forma a ampliar as competências da Diretoria Geral de Saúde Pública, o que, entretanto, ainda foi insuficiente para tratar os problemas de insalubridade dos portos, as endemias rurais e os problemas de saneamento urbano.

Neste sentido, surgiram nesta época movimentos sociais motivados por melhores condições de trabalho e de vida, o que resultaram na criação da Lei Eloy Chaves, a qual organizou as CAP (Caixas de Aposentadorias e Pensões), e a Reforma Carlos Chagas, a qual implantou um novo regulamento ao Departamento Nacional de Saúde Pública.

Em razão dessas reformas, a estrutura de saúde e de previdência foi alterada para padrões similares os que usamos hoje em dia. Neste sentido, afirma Jairnison

⁶⁸MATTA, Gustavo Corrêa, MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães. Atenção à saúde. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/atesau.html>>. Acesso em 02 Fev. 2018.

⁶⁹ Ibidem

Silva Paim⁷⁰:

Desse modo, a organização de serviços de saúde do Brasil nessa conjuntura emerge de forma dicotômica entre saúde pública e previdência social, separando as ações de prevenção e controle de doenças na população, de um lado, e as de medicina individual (previdenciária, filantrópica e liberal), de outro.

Logo, observa-se a importância dos movimentos sociais, os quais foram capazes de reformar as estruturas de saúde e previdência e, deste modo, inspirar mais movimentos sociais que buscam melhorias dos serviços públicos prestados pelo Estado.

d) “Era Vargas”

Na década de 30 surgem o Ministério da Educação e Saúde Pública e o Ministério do Trabalho. O primeiro acaba por institucionalizar a saúde pública na esfera federal. O segundo, por sua vez, tratava sobre assuntos de medicina previdenciária e saúde ocupacional.

Neste período também foi criado os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP), os quais eram organizados por categoria, como a categoria dos marítimos (IAPM), comerciários (IAPC), bancários (IAPB), transportes e cargas (IAPETEC), entre outras categorias.

Esses Institutos de Aposentadorias e Pensões tinham como objetivo oferecer assistência médico-hospitalar. Entretanto, apenas a classe trabalhadora (e seus familiares) tinha acesso a esta assistência, tendo em vista que era a classe trabalhadora que financiava a assistência.

Por outro lado, os trabalhadores rurais, os trabalhadores domésticos, os participantes do mercado informal e os desempregados ficavam desamparados por tais assistências.

Entretanto, ainda se observava uma crescente nos casos de tuberculose, malária, doença de Chagas, acidentes de trabalho e das taxas de mortalidade infantil. Tal quadro, infelizmente, não foi revertido no período chamado de “milagre brasileiro” (1968-1973). Não suficiente, no início da década de 70, houve uma epidemia de meningite. Apenas após 1974 pode se observar melhorias no tratamento e prevenção

⁷⁰ PAIM, Jairnilson Silva. **Políticas de Saúde no Brasil**. In: Eouquayrol, MZ & Almeida Filho, N. *Epidemiologia e Saúde*. 6 ed. Rio de Janeiro, 2003, p. 590.

de doenças transmissíveis.

e) Regime Militar

Durante o regime militar brasileiro, houve um processo de aceleração da urbanização brasileira, entretanto sem a garantia de infra-estrutura urbana, o que acarreta consequências até hoje.

As políticas de saúde utilizadas pelos governos militares acabaram por beneficiar o setor privado, tendo em vista a compra de serviços de assistência médica, o apoio do governo quanto aos investimentos médicos e os empréstimos realizados com subsídios.

Neste período houve a unificação dos IAP que resultou, em 1966, na criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o qual era responsável pelas aposentadorias, pensões e assistência médica dos segurados da previdência (assim como os seus familiares).

Em 1973 houve a extensão da medicina previdenciária, a qual além de cobrir os trabalhadores urbanos, passou a cobrir os trabalhadores rurais por intermédio do Funrural.

Foi criado, em 1974, o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Este ministério foi responsável por implantar o Plano de Pronta Ação (PPA), um dos planos do regime militar que mais contribuiu para o acesso à saúde pública por parte da população.

O Plano de Pronta Ação permitiu as clínicas e hospitais particulares contratados pela Previdência Social atenderem qualquer indivíduo, segurado ou não segurado, em caso de urgência.

Em razão dessas novas políticas de saúde, o setor de saúde enfrentou uma crise marcada pela descoordenação, má distribuição inadequação e ineficácia dos serviços de saúde.

Tendo em vista a crise do setor de saúde, o governo tentou definir as atribuições dos ministérios relacionados à questão da saúde, assim como definir as responsabilidades dos entes federativos através da Lei 6229/75. Entretanto, tal medida sofreu grande oposição dos empresários, os quais não queriam a regulamentação proposta pela referida lei, o que fez com que o governo se

concentrasse em outros programas de saúde.

O governo tenta, mais uma vez, implantar um programa de saúde, desta vez o Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAÚDE), o qual tinha como proposta a integração entre o Ministério da Saúde, o Ministério da Previdência, as secretarias estaduais e municipais de saúde, entre outras medidas. Entretanto, novamente, tal projeto não conseguiu ser instituído.

f) Nova República

Com a saída do regime militar e a eleição do Presidente Tancredo Neves, foi proposta a Reforma Sanitária Brasileira (RSB). Esta reforma expressava a vontade coletiva de estudantes, profissionais de saúde, sindicatos e, principalmente, a vontade do “movimento sanitário”, o qual teve o Cebes (Centro Brasileiro de Estudos de Saúde) e a Abrasco (Associação Brasileira de Saúde Coletiva) como principais atores políticos.

No primeiro Simpósio de Política Nacional de Saúde, promovido pela Câmara dos Deputados em 1979, o Cebes apresentou a proposta de criação de um Sistema Único de Saúde, sistema este que conseguiria ser implantado no Brasil e que conseguiu fama internacional.

Tendo em vista as propostas do primeiros Simpósio de Política Nacional de Saúde, em 1986 ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde, a qual tinha como lema “saúde como direito de todos e dever do Estado”, estabeleceu diretrizes para a Reforma Sanitária, dentre as quais são as mais importantes a constituição e ampliação do orçamento social, participação popular (controle social) e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Antes da implantação do Sistema Único de Saúde, houve a transformação das Ações Integradas de Saúde (AIS) nos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) mediante o Decreto nº 94.657/1987. As Ações Integradas de Saúde consistiam em convênios com municípios e estados, integração entre as ações do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social e do Movimento Sanitário, repasses de dinheiro da previdência para o nível mais descentralizado, ampliação da oferta de serviços de saúde, entre outras ações relativas a saúde e previdência.

As Ações Integradas de Saúde formaram um grande passo na direção da universalização do direito à saúde, além de ter proporcionado uma maior integração entre os serviços públicos de saúde.

Por sua parte, os Sistema Unificados e Descentralizados de Saúde, como o próprio nome sugere, contribuiu na política de descentralização da saúde, estimulou a participação da sociedade civil nos conselhos de saúde e, principalmente, contribuiu na descentralização do orçamento, o que permitiu uma maior autonomia dos estados na questão de políticas de saúde.

g) Constituição de 1988

Neste contexto de valorização dos movimentos sociais, criação de canais de participação do cidadão para o acompanhamento das políticas de saúde, ampliação de cobertura dos serviços de saúde, a Constituição Federal de 1988 garantiu o direito a saúde para todos e instituiu o Sistema Único de Saúde, incorporando as diretrizes do Movimento Sanitário.

Neste sentido, o Sistema Único de Saúde foi criado de forma descentralizada, com atendimento integral e com participação popular, além de ser capaz controlar e fiscalizar procedimentos e produtos, ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde, entre outras atribuições concedidas nos incisos do artigo 200 da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a implementação dos resultados da Reforma Sanitária não ocorreu com facilidade. No contexto histórico em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, havia uma instabilidade econômica devido a hiperinflação e crise fiscal do Estado, o que ofereceu dificuldades na implantação, dentre outras medidas, do Sistema Único de Saúde.

Logo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Congresso nacional aprova a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990), a qual dispõe sobre condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como a organização e funcionamento dos serviços correspondentes, de modo a subordinar dos os prestadores do serviço de saúde à essa lei, não apenas os integrantes do Sistema Único de Saúde.

A Lei Orgânica da Saúde foi suplementada pela Lei 8.412/1990, a qual foi

incumbida de regular a participação popular no Sistema Único de Saúde, implementando instâncias colegiadas, tais como conferências e conselhos de saúde, para cada ente federativo, além de orientar as transferências de recursos entre os entes federativos para a área de saúde e a criação da exigência de formulação de planos de fundos de saúde.

Apesar de ter havido redução de recursos e desorganização na implantação do Sistema Único de Saúde durante o Governo Collor, as constituições estaduais, as leis orgânicas dos municípios e as leis que organizaram o Sistema Único de Saúde foram elaboradas.

Logo, verifica-se na história da política de saúde no Brasil uma luta pelo direito da saúde protagonizado pelos movimentos sociais e, posteriormente, o mal funcionamento dos direitos conquistados, fenômeno este que, infelizmente, persiste até após o advento da Constituição Federal de 1988.

3.2.2 O direito à saúde e a Constituição Federal de 1988

Como já estabelecido, verifica-se que o direito à saúde está intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo a Constituição Federal de 1988 o mérito de ser a primeira em determinar a saúde como um direito de todos, não só de trabalhadores, assumindo este direito como um dever de prestação por parte do Estado.

Deve-se frisar que a proteção do direito à saúde não se resume ao texto constitucional expresso. É possível extrair a sua proteção desde o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, quando trata da dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

De igual forma, é possível extrair a proteção do direito à saúde no artigo 5º, tendo em vista que, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, garante-se a proteção do direito à saúde.

Por fim, há de se ressaltar a importância que a Constituição Federal de 1988 deu ao direito à saúde, elevando-o à direito fundamental e, destarte, conferiu aplicabilidade imediata.

3.2.3 Responsabilidade dos entes federativos

Como já comentado, a Constituição Federal de 1988 distribuiu a competência, quanto as questões de saúde de forma concorrente e comum, descentralizando a normatividade e o orçamento da saúde.

A competência concorrente se encontra positivada no artigo 24, inciso XII, de modo que a União, os Estados e o Distrito Federal são capazes de legislar sobre as questões de proteção da saúde.

Logo, como a saúde se trata de uma competência concorrente, cabe a União legislar sobre as normas gerais e, a partir delas, cabe aos Estados e ao Distrito Federal legislar a partir das normas gerais e conforme as necessidades do Estado ou do Distrito Federal. É o que se chama de competência complementar, quando o Estado ou Distrito Federal complementa a lei federal, dando-lhe pequenas especificidades ao contexto regional.

Entretanto, caso a União seja omissa e não crie as normas gerais, os Estados e o Distrito Federal têm a possibilidade de legislar sobre a matéria. Neste caso, essa lei terá sua eficácia plena até que a União legisle sobre a mesma matéria, modo que a lei criada pelo Estado ou Distrito Federal terá sua eficácia suspensa quanto ao que for contrário disposto na nova lei federal. É o que se chama de competência suplementar, quando o Estado ou Distrito Federal, por inexistir lei federal, cria a sua lei estadual/distrital para regular determinado assunto enquanto a lei federal não lhe suspender a eficácia.

A Constituição, em seu artigo 30, inciso II, confere aos municípios o poder de suplementar normas estaduais e municipais. Entretanto, não se deve confundir essa competência com a competência suplementar dos Estados e Distrito Federal, visto que seu funcionamento é diferente. Sobre essa competência dos municípios, pontua Alexandre de Moraes⁷¹:

O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas do art. 24 da Constituição de 1988. Assim, a Constituição Federal prevê a chamada *competência suplementar* dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o

⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p. 244.

requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo:
interesse local.

Logo, observa-se uma menor participação dos municípios quanto a competência concorrente relativa a proteção da saúde, de modo que apenas lhes restam legislar no sentido de viabilizar a produção dos efeitos das leis federais e estaduais ou distritais.

No entanto, os municípios recebem uma maior participação na competência comum disposta no artigo 23, inciso II. Neste sentido, todos os entes federativos poderão legislar sobre, entre outros assuntos constantes neste inciso, a execução das políticas de saúde.

A partir desta repartição de competências, principalmente a comum, percebe-se que a obrigação quanto a prestação dos serviços de saúde é solidária entre todos os entes federativos, ou seja, todos os entes federativos são obrigados a prestar o serviço de saúde.

Existe solidariedade quando, na mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores, cada um com direito à dívida toda (solidariedade ativa), ou uma pluralidade de devedores, cada um obrigado à dívida por inteiro (solidariedade passiva).⁷²

Logo, observa-se que os entes federativos têm a obrigação de prestar o serviço de saúde (solidariedade passiva) enquanto cada indivíduo possui o direito ao serviço de saúde, bastando que qualquer dos entes federativos satisfaça a obrigação e o cidadão estará satisfeito.

Neste sentido, votou o Ministro Gilmar Mendes sobre uma ação que tinha como ponto controvertido a obrigação da prestação de serviços de saúde à uma jovem de 21 anos de idade:

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), 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.⁷³

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p.250.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada n. 175**, Agravante: União, Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, D.J 18 set. 2009. Disponível em:

A tese da obrigação solidária entre os entes federativos não é pacificamente aceita, mas, conforme se pode observar naquela e em outras decisões do Supremo Tribunal Federal, é a tese vencedora em questão de jurisprudência.

Entendendo de forma contrária, o Ministro Luís Roberto Barroso⁷⁴ sustenta que “(...) Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa.”

Logo, devido a descentralização administrativa ocorrida na área da saúde, Luís Roberto Barroso entende pela subsidiariedade da obrigação na prestação de serviços de saúde.

Em razão dessa tese, é possível observar a existência de vários processos judiciais em que se pleiteia o atendimento aos serviços de saúde existe um debate entre os entes, os quais tentam transferir a obrigação uns para os outros enquanto o autor da ação permanece sem atendimento médico, por vezes até tendo o seu quadro médico piorado em razão da demora do cumprimento da obrigação.

Entretanto, observa-se uma maior coerência na tese da solidariedade da obrigação de prestação dos serviços de saúde, tendo em vista as redações, tanto constitucional quanto da Lei 8.080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde), estabelecem a saúde como direito de todos e dever do Estado, sem distinção de ente federativo, servindo a descentralização administrativa como forma de otimizar a organização da prestação do serviço e não para escusar outros entes federativos de cumprir a obrigação de prestação dos serviços de saúde.

3.3 LIMITES À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Apesar de ser positivado na Constituição Federal de 1988 e em tantos outros textos normativos, o direito à saúde sofre diversas limitações práticas, assim como os outros direitos sociais.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 15 Fev. 2018.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 02 de Fev. de 2018.

Após a exposição do histórico, das lutas sociais e da sua disposição na Constituição Federal de 1988 na forma de direito fundamental social, se observará os empecilhos que o direito à saúde encontra dentro do contexto brasileiro e que impedem a sua eficácia.

3.3.1 Reserva do possível

Um dos maiores obstáculos à efetivação do direito à saúde é o argumento da doutrina da reserva do possível. Tal doutrina se originou na Alemanha e foi importada para o Brasil. Entretanto, se observará as efetivas diferenças entre a doutrina como foi originada na Alemanha e como ela efetivamente e equivocadamente funciona no direito brasileiro.

A doutrina da reserva do possível nasceu de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão. A decisão BVerGE 33,3033 (*numerus clausus*)⁷⁵ ocorreu no exame de constitucionalidade, em controle concreto, das leis estaduais de Hamburgo (Lei Universitária de Hamburgo) e da Baviera (Lei de Admissão às Universidades Bávaras).

No caso discutido, um grupo de candidatos as vagas nas Universidades de Hamburgo e Munique tiveram o seu acesso à universidade de medicina negado, sendo o argumento das faculdades a limitação existente no número de alunos permitido na faculdade.

O argumento dos candidatos baseava-se no disposto no artigo 12 da Lei Fundamental alemã⁷⁶, a qual dispõe que “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.” Logo, a controvérsia resume-se na possibilidade de as universidades negarem o acesso à educação previsto na Lei Fundamental alemã.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, durante o seu julgamento, se viu obrigado a reconhecer que não cabe ao legislador dispor do direito ao acesso à

⁷⁵ Tal decisão se encontra, em seu idioma original no seguinte portal: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>>. Acesso em 20 Fev. 2018.

⁷⁶ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2018.

educação, tendo em vista que o Estado alemão já tinha assumido ser “garantidor” de certos direitos, principalmente os direitos sociais. Contudo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão também reconhece que existe um limite razoável relativo ao que o indivíduo pode pleitear em relação aos serviços públicos prestados e garantidos pelo Estado alemão.

Logo, para resolver este difícil litígio, o Tribunal Constitucional Federal Alemão afirma a necessidade de se reconhecer a razoabilidade nas prestações estatais frente a necessidade individual. Ingo Sarlet⁷⁷ interpreta a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão da seguinte maneira:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Logo, observa-se que a doutrina da reserva do possível foi desenvolvida para traçar limites à atuação estatal quando esta for pleiteada e o serviço público não é possível atender este pleito.

Frise-se que, ao final da decisão, a constitucionalidade das leis que restringem a fruição dos direitos sociais de participação fica condicionada ao esgotamento das capacidades criadas com recursos públicos e se a distribuição destes recursos ocorrer segundo critérios racionais.

No Brasil, entretanto, esta doutrina foi importada equivocadamente, isto é, não se levou em conta as grandes diferenças jurídicas e sociais entre as realidades brasileira e alemã.

André de Carvalho Ramos⁷⁸ resume o conceito de reserva do possível dentro do contexto brasileiro:

A “reserva do possível” é um argumento *contrário* à intervenção do Poder Judiciário na luta pela implementação dos direitos sociais. *Grosso modo*, afirma-se que os recursos públicos não são ilimitados e, assim, a decisão de alocação desses recursos finitos deve caber, em uma sociedade democrática, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, nas suas interações que desembocam na aprovação do orçamento público.

Observa-se que a doutrina brasileira da reserva do possível se preocupa com o aspecto dos recursos públicos, enquanto se observa que a doutrina alemã se preocupa com a impossibilidade da prestação.

Enquanto o contexto social da Alemanha tratava sobre um grupo de alunos que

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 255.

⁷⁸ Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64.

não conseguiram entrar na faculdade por causa do excesso de alunos, no Brasil a “mesma” doutrina serve para negar, entre outros direitos, o acesso à saúde, o que causa dores e morte para os cidadãos brasileiros.

Sobre a utilização equivocada da doutrina da reserva do possível no contexto brasileiro, pontua Dirley da Cunha Júnior⁷⁹:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*.

Logo, observa-se que não é possível sustentar o argumento da reserva do possível. Isso se deve ao fato de que os contextos germânico e brasileiro serem muito diferentes, de modo que, enquanto na doutrina alemã a reserva do possível serve para delimitar a razoabilidade do pleito de um cidadão, na doutrina brasileira a reserva do possível serve para justificar a negativa da efetivação de direitos sociais, entre eles o da saúde.

Há também que se levar em conta a doutrina do mínimo existencial. Entende-se por mínimo existencial o mínimo que o ser humano consegue, não apenas sobreviver, mas viver com dignidade.

O mínimo existencial deve ser considerado como o núcleo duro dos direitos fundamentais, sem o qual não seria possível se falar em respeito à dignidade da pessoa humana.

Discorre Robert Alexy⁸⁰ sobre a experiência alemã da doutrina do mínimo existencial:

O caso do mínimo existencial pode ser considerado como um exemplo de um caso nesses termos. Sem recorrer a comparações é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente. Como a história e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo. Sob a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento na República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial. Simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir.

Logo, observa-se também que a doutrina do mínimo existencial está

⁷⁹DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição – 2. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 317.

⁸⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). Malheiros, São Paulo, 2015, p. 427-428.

intimamente ligada, além da dignidade da pessoa humana, mas com a proibição do retrocesso.

Tal doutrina já é aceita pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode observar na jurisprudência do citado tribunal. Apenas à título ilustrativo, um julgamento do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.⁸¹

Logo, observa-se que a proteção ao mínimo existencial supera o argumento da reserva do possível, juntamente com o papel do Poder Judiciário em assegurar o acesso à saúde.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 745745**. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 02 Dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000257228&base=baseAcordao>>. Acesso em: 21 Fev. 2018.

3.3.2 Previsão orçamentária

Como já visto, a necessidade de dotação orçamentária é um dos obstáculos da efetivação dos direitos sociais contidos no artigo 6º da Constituição Federal, e isso, logicamente, inclui o direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 determina o planejamento dos gastos públicos para cada ente federativo como forma de possibilitar previsões do exercício fiscal e fiscalização popular. Como concretização desta determinação, os entes federativos são obrigados elaborar três leis orçamentárias: o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

Tais leis são responsáveis por nortear a atuação da Administração em relação a execução das políticas públicas. Isso se deve ao fato de a Administração Pública poder agir exclusivamente em razão do princípio da legalidade.

José dos Santos Carvalho Filho⁸² resume o princípio da legalidade em relação a atuação da Administração Pública pontuando que “o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.”

Logo, observa-se que o argumento utilizado é que, tendo em vista a obediência à legalidade, a Administração Pública não poderia realizar gastos além do disposto nas leis de orçamento público.

Desta forma, Rodrigo Albuquerque de Victor⁸³ entende pela obrigatoriedade das normas orçamentárias e, por conseguinte, o poder limitador que as normas orçamentárias possuem em relação à efetivação dos direitos sociais, inclusive comprometendo o direito à saúde.

No entanto, há de se verificar que é possível realizar correções no orçamento, ainda mais quando este não atende aos preceitos da Constituição. É assim que

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 48.

⁸³ DE VICTOR, Rodrigo Albuquerque. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106-107.

entende Andreas Joachim Krell⁸⁴, entretanto, ressaltando a importância de efetuar essas correções “com a devida Cautela”.

Há, por fim, de se distinguir o argumento da previsão orçamentária e o argumento da reserva do possível, tendo em vista a similitude entre eles pode gerar uma confusão dos argumentos.

Observa-se que enquanto o argumento da previsão orçamentária se refere aos recursos públicos desde a fase de estabelecimento do orçamento, ou seja, se refere a impossibilidade realizar mais atendimentos de saúde pois o orçamento público assim não o planejou, o argumento da reserva do possível se refere a uma fase mais avançada, onde o orçamento já foi estabelecido e o dinheiro dotado é finito, logo, não é possível prestar o atendimento médico. Logo, apesar de ambos os argumentos terem o mesmo direcionamento, o núcleo do argumento da previsão orçamentária é a obediência ao princípio da reserva legal e o núcleo do argumento da reserva do possível é o limite financeiro das instituições de saúde pública.

⁸⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 99-100.

4. DO ATIVISMO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

O direito a saúde é um dos muitos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. O constituinte originário foi enfático ao querer garantir este o direito ao acesso à saúde, assumindo-o, ao mesmo tempo direito de todos e dever do Estado, garantindo um acesso universal e igualitário à saúde, destinando, apesar do fato de também ser financiado por recursos oriundos de impostos, recursos de contribuições sociais.

Apesar de tanta ênfase, o acesso à saúde tem sido raro para a população brasileira. As políticas públicas não são suficientes para servir a população brasileira, que acaba por ter que recorrer ao Poder Judiciário para garantir o acesso à saúde.

Entretanto, mesmo recorrendo ao Poder Judiciário, em alguns casos ainda existem amarras legais que dificultam ainda mais o acesso à saúde. Logo, seria a decisão do juiz que concede o acesso à saúde uma decisão “ativista”? E se for uma decisão ativista, isso é ruim?

4.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

4.1.1 ORIGEM DO TERMO

A origem termo “ativismo judicial”, apesar do que a lógica tende a sugerir, não veio de um jurista. O primeiro registro encontra-se numa revista Fortune no ano de 1947 em um artigo de autoria de Arthur Schlesinger Jr., sendo conteúdo do referido artigo a classificação dos juízes da Suprema Corte estadunidense em “*Judicial Activists*⁸⁵” de um lado, “*Champions of Self Restraint*⁸⁶” e um grupo formado por quem se encontra no meio termo⁸⁷.

No contexto do artigo, os “campeões a auto restrição” se referiam aos juízes que limitavam as ações do Poder Judiciário ao seu papel jurisdicional, seguindo a separação de poderes, enquanto os “ativistas sociais” estendiam o alcance do poder

⁸⁵ Ativistas judiciais, em tradução livre.

⁸⁶ Campeões da auto restrição, em tradução livre.

⁸⁷ KMIEC , Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 02 de Jan. 2018.

jurisdicional, compreendendo que a Suprema Corte não é capaz de furta-se do poder político e, portanto, deveria usar o poder político em prol da sociedade⁸⁸.

Vale ressaltar que, ao fazer tais descrições dos juízes da Suprema Corte, Arthur Schlesinger Jr. não chegou a determinar qual das classificações estaria correta e qual delas estaria errada, mas apenas classificou os juízes com base em suas observações.

Observa-se que já era possível visualizar o ativismo judicial em outras decisões antes mesmo da criação do termo. Neste sentido, destaca Luiz Roberto Barroso⁸⁹:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norteamericana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Logo, é possível chegar a conclusão que a origem do termo “ativismo judicial” é isenta de carga valorativa, surgindo apenas para classificar os juízes da Suprema Corte estadunidense de acordo com suas tendências de julgamento, seja mais tendente a se abster perante a lei ou seja mais tendente a julgar em favor da sociedade.

4.1.2 Diferentes acepções

O termo “ativismo judicial” possuiu e ainda possui diversas acepções. Apesar de não possuir carga valorativa em sua origem, o termo, com o passar do tempo, foi utilizado de forma pejorativa, tanto direcionado contra um perfil de decisões mais liberal, quanto direcionado contra um perfil de decisões mais conservador.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 02 de Jan. de 2018.

Neste mesmo sentido, pontua Daniel Sarmento⁹⁰:

Nos Estados Unidos, a jurisdição constitucional e o ativismo judicial são objeto de intensa controvérsia. Quando a Suprema Corte se inclina para a esquerda, as críticas vêm, geralmente, do flanco conservador; quando se posiciona de forma mais conservadora, elas provêm da esquerda.

Em consequência disso, uma das acepções que o ativismo judicial possui corresponde apenas um ataque ideológico contra uma decisão que se queira criticar, sem muito critério científico.

Em relação a conceituação do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso⁹¹ pontua que:

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

Verifica-se que o professor adota uma postura otimista, visualizando o ativismo judicial como um meio concretizador de direitos em situações em que a Constituição não se manifesta explicitamente, de inconstitucionalidade de leis ou ato normativos e situações em que o Poder Público faz algo que não deveria fazer ou, o que ocorre com mais frequência, não faz aquilo que deveria fazer.

De outro lado, Luiz Flávio Gomes⁹² trata sobre o ativismo judicial com uma perspectiva menos otimista, afirmando que o ativismo judicial “ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico.”

Além disso, o referido autor divide o ativismo judicial de acordo com o que serviu de base para a criação da norma:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de

⁹⁰NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 181.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 02 de Jan. de 2018.

⁹² GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-conceito-e-diferenciacoas,56618.html#_ftn5>. Acesso em 04 de Jan. de 2018.

uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.⁹³

Logo, para o autor, ocorre ativismo judicial quando o juiz dá origem a uma norma ou um direito completamente novos (ativismo judicial inovador), ou quando o juiz cria uma norma ou um direito com base em valores e princípios constitucionais quando diante de um caso concreto (ativismo judicial revelador).

Keenan Kmiec⁹⁴ levanta cinco acepções de ativismo judicial de acordo com a interpretação da pessoa sobre determinado julgamento: “ (1) invalidation of the arguably constitutional actions of other branches, (2) failure to adhere to precedent, (3) judicial ‘legislation’, (4) departures from accepted interpretive methodology, and (5) result-oriented judging.”⁹⁵

Para o autor, determinam como ativismo judicial: (1) a invalidação de ato oriundo do Poder Legislativo. Entretanto, descarta-se essa acepção como cientificamente viável, tendo em vista que o ativismo judicial se confundiria com o poder revisional do Poder Judiciário. (2) Quando o juiz não adere o precedente, o qual também sofre a crítica de ser conceituado como ativismo, tendo em vista que o precedente pode estar equivocado ou pode ser contrário a constituição, de modo que a não aderência ao precedente apenas faz parte da atividade comum do judiciário. (3) A criação de normas por parte do Poder Judiciário. Este ponto se assemelha ao ponto de Luiz Flávio Gomes, no sentido de que se reconhece que atividade jurisdicional comum envolve a criação de normas baseado na interpretação das normas e no caso concreto e que o ativismo seria algo que iria além do limite aceitável de criação de normas. Logo, aqui se identifica como ativismo judicial o que Luiz Flávio Gomes identifica como ativismo judicial inovador, de modo que não se identificaria o ativismo judicial revelador como ativismo judicial. (4) O afastamento das metodologias de interpretação aceitas pela comunidade jurídica é criticável como ponto caracterizador de ativismo judicial, uma vez que não há consenso na utilização de metodologias de

⁹³ Ibidem

⁹⁴ KMIEC , Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 02 de Jan. 2018.

⁹⁵ (1) Invalidação de atos constitucionalmente duvidosos 2) falha em aderir o precedente, (3) legislação judiciária (4) afastamento da metodologia interpretativa , e (5) julgamento para alcançar determinado resultado; em tradução livre.

interpretação, tanto em relação a qual interpretação usar, quanto a como usar determinada interpretação. (5) Julgamento de resultado pré-determinado, por implicar em resultado já quisto pelo julgador, iria depender de alguma confissão do julgador em querer determinado resultado no caso concreto, do contrário nunca poderia se atestar o ativismo judicial e, ainda que o resultado seja pré-determinado, não significa que existe algum vício na decisão, desde que ela seja bem fundamentada, seguindo os princípios do processo civil, inclusive o contraditório.

Já William P. Marshall⁹⁶ define e explica sete tipos de ativismo judicial:

- (1) Counter Majoritarian Activism: the reluctance of the court to defer to the decisions of the democratically elected branches;
- (2) Non-originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers;
- (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent;
- (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power;
- (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine;
- (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take government institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and
- (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.⁹⁷

Logo, é possível afirmar, em resumo, que o ativismo judicial é a atuação energética do Poder Judiciário frente a uma questão em que a legislação não resolve a situação de forma satisfatória.⁹⁸

⁹⁶ MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=970088027008065103088115102067115004086087058042010063026088020106127122045019037016049061124113007017097119087025016037076085127091099065072003119004123111038030094029092091094103028020068105081114122081075026106067092064092089116004080094001&EXT=pdf>>. Acesso em: 15 de Jan. 2018

⁹⁷ (1) Ativismo Contra-majoritário: a relutância da corte em acatar as decisões dos ramos democraticamente eleitos; (2) Ativismo não originalista: a falha das cortes em acatar alguma noção de originalismo quando da decisões de casos, seja o originalismo baseado numa estrita lealdade ao texto ou em referência a intenção original dos autores; (3) Ativismo Precedencial: a falha da corte em acatar o precedente judicial; (4) Ativismo Jurisdicional: a falha das cortes em se restringir aos limites jurisdicionais de seu próprio poder; (5) Criatividade Judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (6) Ativismo Remedial: o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas em progresso à outros ramos do governo ou colocar as instituições do governo em supervisão judicial como parte de um remédio judicialmente imposto; e (7) Ativismo Partidário: o uso de poder judicial para claramente cumprir objetivos partidários; em tradução livre.

⁹⁸ A utilização do termo "satisfatória" pode significar satisfatória para a sociedade, satisfatória na concepção do juiz ou ambos, de forma que o termo "ativismo judicial" fica, *prima facie*, isento de carga valorativa.

4.1.3 Ativismo Judicial X Judicialização

Há, no entanto, que se diferenciar o ativismo judicial da judicialização, tendo em vista que, por tratarem dos limites de atuação do Poder Judiciário, é possível confundi-los.

Luiz Flávio Gomes⁹⁹ conceitua a judicialização, inclusive diferenciando-o do ativismo judicial:

A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o “ativismo judicial” (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz “cria” uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição).

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juizes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro .

Verifica-se um que o fenômeno da judicialização consiste na atuação comum e tradicional do Poder Judiciário frente ao direito de petição garantido pela Constituição Federal de 1988¹⁰⁰ e a insuficiência de métodos administrativos e amistosos de resolução de conflito.

Logo, é possível verificar o fenômeno da judicialização sem haver ativismo judicial, é possível haver ativismo judicial sem a presença da judicialização e, por fim,

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-conceito-e-diferenciacoes,56618.html#_ftn5>. Acesso em 04 de Jan. de 2018.

¹⁰⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de Jan. 2018).

é possível que haja o fenômeno da judicialização e o ativismo judicial ocorrendo no mesmo caso.

Entretanto, é importante notar que a judicialização e o ativismo judicial estão relacionados, principalmente quando da falha das políticas públicas em servir as pessoas as quais são o alvo das políticas públicas.

4.2 EXERCÍCIO DO ATIVISMO JUDICIAL

O exercício do ativismo judicial é controverso. Se por um lado o ativismo judicial consegue efetivar direitos fundamentais como o direito à saúde, direito esse intrinsecamente relacionado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, por outro considera-se que o ativismo judicial representa a quebra da sistemática da separação de poderes em razão de estar lidando com políticas públicas, atividade que originalmente pertencem ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Neste sentido, se analisará os benefícios do ativismo judicial na concretização do direito à saúde e as críticas dirigidas ao exercício do ativismo judicial nas políticas públicas.

4.2.1 Críticas ao ativismo judicial

Observa-se que os a predominância dos movimentos sociais normalmente segue um padrão de pêndulo: uma hora se pede um Estado mais social, outra hora se pede um Estado mais liberal/mínimo.

Tendo isso em vista, observa-se que uma das principais críticas ao ativismo judicial diz respeito à alegação de invasão de competência do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, desrespeitando, desta forma, a separação de poderes.

Neste sentido, registra Rosangela Rodrigues Dias Lacerda¹⁰¹ sobre a crítica liberal:

A crítica liberal mais conhecida à atuação judiciária na esfera social é extraída o princípio da separação dos poderes. A atuação do Judiciário no campo social representaria a usurpação de competências do Legislativo e do

¹⁰¹ DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. Parâmetros para controle judicial de políticas públicas. **Revista Baiana de Direito**, n. 6, p. 204-205, Jul./Dez. 2010.

Executivo. Competiria a este Poder apenas aplicar as normas legais que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado, não lhe cabendo determinar a execução de políticas públicas, pois este controle teria por consequência o “governo dos homens” ao invés do “governo das leis”, impessoal, genérico e abstrato.

Tal alegação não é sem fundamento. De fato, é possível observar uma participação do Poder Judiciário na seara política como nunca houve antes. Há ainda quem sustente que o sistema constitucional brasileiro se baseia numa “supremocracia”, onde a última palavra pertence sempre ao Poder Judiciário.

Esse fenômeno se deve ao já explicado neoconstitucionalismo, o qual demonstra resultados na grande expansão da competência jurisdicional do Poder Judiciário.

Para demonstrar a expansão do Poder Judiciário, Oscar Vilhena Vieira¹⁰² demonstra o quanto o Supremo Tribunal Federal está cheio, seja para julgar recursos, para julgar pessoas possuidoras de foro por prerrogativa de função ou para julgar sobre assuntos políticos. Como exemplo, o autor cita dois julgamentos pendentes do Supremo Tribunal Federal: quanto ao caso das células tronco, a ADI 3.510-0, que, *prima facie*, aparenta ser decisão do Poder Legislativo permitir ou não pesquisas com células tronco; e o caso da fidelidade partidária, Mandado de Segurança n.26.603/DF, o qual também aparenta dever ser de decisão do Poder Legislativo.

Entretanto, verifica-se que estar ou não cheio de competências não ilegítima o ativismo judicial, ao menos quando concretizador de direitos fundamentais. Nos exemplos acima apenas poderia argumentar o caso das pesquisas de células tronco como um direito fundamental à vida, visto que ainda está em discussão o início da vida humana.

Quanto à separação de poderes, já foi expressado o quanto a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas não representa um desrespeito à separação de poderes, mas representa um complemento.

Há de se lembrar de ferramentas como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a sentença aditiva, as quais aparentam, *prima facie*, servir para invadir competência dos Poderes Executivo e Legislativo, e, em verdade, servem para suprir as lacunas deixadas por aqueles Poderes de maneira provisória.

¹⁰² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 28 Fev. 2018.

Uma vez que a proteção dos valores constitucionais foi concedida ao Poder Judiciário, este não deve se abster de protegê-los, quando apresentados de forma razoável.

Neste sentido, afirma Andreas Joachim Krell¹⁰³:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária pelo legislador, da incumbência constitucional.

Superada a crítica quanto ao desrespeito à separação de poderes, Leonardo Sergio Pontes Gaudenzi¹⁰⁴ elenca mais duas críticas ao ativismo judicial:

A primeira justificativa que se pode apontar é ligada a legitimidade política inerente a esses Poderes. Essa Legitimidade decorre da forma como são escolhidos os seus membros, submetidos ao escrutínio popular, de forma periódica.

Tal argumento, assim como primeiro, não é sem fundamento. O senso comum indica que, uma vez que as políticas públicas são planejadas pelo Poder Legislativo e concretizadas através do Poder Executivo, e os componentes do Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo são eleitos democraticamente, ou seja, são fruto da representação democrática, apenas aqueles Poderes estão autorizados a lidar com as políticas públicas.

Entretanto, há de se perceber que o Poder Judiciário, quando age no uso correto do ativismo judicial, ou seja, quando age no sentido de fazer cumprir direitos fundamentais de forma adequada e razoável, tem como fundamento a defesa da Constituição Federal de 1988, a qual elegeu o Poder Judiciário como seu guardião.

Da mesma forma, afirma Eric Baracho Dore Fernandes¹⁰⁵:

(...) a despeito do déficit de legitimidade democrática do Judiciário, não se pode dizer, em absoluto, que a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas configuraria uma invasão da esfera de competências do Legislativo e do Executivo. Partindo da premissa de que o Texto Constitucional veicula consensos políticos mínimos para um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que a inércia ou a opção política das maiorias ocasionais interfiram na esfera mínima de fundamentalidade garantida pelo constituinte originário. Sendo o Judiciário intérprete e guardião da Constituição, não se deve negar a ele o papel de guardião de tais consensos políticos.

¹⁰³ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 22.

¹⁰⁴ GAUDENZI, Leonardo Sergio Pontes. O Papel dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na Definição, Planejamento e Execução das Políticas Públicas no Brasil: possibilidades e limites. **Revista Baiana de Direito**, n. 6, p. 56, Jul./Dez. 2010

¹⁰⁵ FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: o Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, ano VIII n. 42, p. 93, nov./dez., 2011.

Logo, o Poder Judiciário tem legitimidade para tratar sobre políticas públicas quando age para concretizar direitos fundamentais de forma razoável.

Por fim, Leonardo Sergio Pontes Gaudenzi¹⁰⁶ continua com a última crítica ao ativismo judicial.

A segunda justificativa parece ainda mais relevante. Dispõe esses dois poderes de um aparato técnico muito mais adequado para a percepção das necessidades sociais a serem atendidas pelas diversas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado. Como decorrência dessa aptidão técnica, é muito mais provável que no seio desses Poderes sejam gestados planos que levam em consideração não pequenos recortes tomados de um cenário de proporções por vezes nacionais (mas, pelo menos, municipais), mas o quadro em sua inteireza

Tal argumento é completamente defensável. Observa-se que a atuação jurisdicional normalmente age de acordo com uma perspectiva “micro” de um problema que pode ser “macro”.

Contudo, não se pode afastar a ação judiciária em defesa da efetivação de direitos fundamentais apenas em razão da condição de sua perspectiva. Enquanto algum direito fundamental estiver sendo violado, o Poder Judiciário (quando provocado), como guardião da Constituição, tem o dever de promover os valores constitucionais.

4.2.2 Concretização do direito à saúde

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que o assunto em questão trata de direito à saúde, o qual, após vários movimentos sociais de pressão legislativa, após a morte de centenas de milhares de pessoas por descuido das políticas sanitárias, após ter sido reconhecido pela Organização Mundial de Saúde como um dos direitos fundamentais inerente a todo ser humano, foi positivado no texto constitucional como um direito fundamental, ou seja, como uma promessa a ser cumprida pelo Poder público.

Há também que se reconhecer que o ativismo judicial não serve para ser usado e abusado, mas serve apenas quando utilizado para concretizar direitos fundamentais de forma razoável.

¹⁰⁶ Ibidem., p. 57.

Neste sentido, existe uma atenção especial à concretização do direito à saúde. O direito à saúde se apresenta como indissociável ao direito à vida, a qual é o bem mais precioso de todo ser.

O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece o direito à vida e o direito à saúde como incindíveis, conforme se verifica no julgamento abaixo:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.¹⁰⁷

Por mais que existam críticas ao ativismo judicial, há também de se observar que este não é irrestrito, mas age nos limites da Constituição Federal de 1988 e para proteger os valores da Constituição.

¹⁰⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 24 Nov. 2000. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 Fev. 2018.

Sobre os limites do ativismo judicial, ensina Elival da Silva Ramos¹⁰⁸:

Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas.

No mesmo sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁹:

O crescimento do poder de atuação do juiz e a conseqüente necessidade de outros critérios de controle e da decisão judicial nada mais são do que reflexos das novas situações de direito substancial e da tomada de consciência de que o Estado tem o dever de dar proteção efetiva os direitos (...). Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Melhor explicando: se tal direito fundamental, para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a proteção – ou tutela – dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer sua missão – que é tutelar direitos – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional.

Logo, há de se dissociar o ativismo judicial que dá efetividade aos direitos fundamentais, entre eles o direito à saúde, e o ativismo judicial que desrespeita a separação de poderes.

Observa-se que, apesar de ambos se tratarem de ativismo judicial, apenas o primeiro se torna razoável o suficiente para ser sustentável, enquanto o segundo revela-se como uma flagrante invasão de competência.

É neste sentido que ensina Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda¹¹⁰

Conclui-se, portanto, que é preciso distinguir questões constitucionais que pertençam exclusivamente ao campo da Política, como a política externa ou a declaração de guerra, de outras onde há intersecção entre o Direito e a Política. Neste último caso, por de trás da questão política encontra-se em verdade uma violação de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais essenciais para a proteção do indivíduo ou para as próprias bases institucionais do sistema constitucional. Por conseguinte, na hipótese em que conjugam Direito e Política, a natureza política do caso constitucional não deve inibir juízes e tribunais, ainda que a decisão exija a revisão de escolhas e decisões adotadas pelo legislador ou pelo administrador no uso de suas competências privativas.

Logo, verifica-se que, quanto mais valioso o direito é para a Constituição, mais proteção este recebe. E, levando-se em conta que o direito à saúde está intimamente relacionado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, valores estes que

¹⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 139.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 120-121.

¹¹⁰ DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. Parâmetros para controle judicial de políticas públicas. **Revista Baiana de Direito**, n. 6, p. 204, Jul./Dez. 2010.

norteiam a Constituição Federal de 1988, é razoável proteger o direito a saúde via ativismo judicial.

5. CONCLUSÃO

As formas de organização da sociedade humana evoluem a cada dia mais. Normalmente um movimento social surge para corrigir os equívocos dos movimentos sociais anteriores.

Verificou-se a evolução da sociedade humana organizada, desde a centralização do poder nas mãos de um monarca até os dias atuais, juntamente com os movimentos sociais por trás das revoluções.

Durante a monarquia, o poder estava concentrado em apenas uma pessoa, o monarca, que utilizava o poder, em sua grande maioria das vezes, em benefício próprio.

Para combater a monarquia, surgiu o sistema de separação de poderes, com o fim de evitar os abusos cometidos pelo monarca. Entretanto, tal movimento apenas separou os poderes e se preocupou com o formalismo, deixando de lado os direitos da população.

Tal formalismo permitiu abusos por parte da classe mais rica contra a classe mais pobre, tendo como maior referência deste fenômeno a situação trabalhista na Revolução Industrial.

Como resposta aos referidos abusos, uma nova forma de organização nasce no sentido de utilizar o poder do Estado em favor do cidadão. Esse Estado é caracterizado por reunir os valores humanos mais preciosos e transforma-los em uma promessa constitucional, tanto de proteção quanto de prestação, a qual seria cumprida pelo próprio Estado.

Logo, determinando-se a posituação daqueles valores como diretrizes de políticas públicas, observou-se que era preciso que algum dos poderes se responsabilizasse pela proteção e fiel execução da Constituição, o qual foi eleito o Poder Judiciário.

Visto todo este histórico de organização do Estado e valorização da vida e dignidade da pessoa humana, ou seja, visto todo o contexto de neoconstitucionalismo, discute-se sobre os excessos de competência do Poder Judiciário, ainda mais levando-se em conta o ativismo judicial.

Entretanto, apesar de não constituir um direito absoluto, observa-se que é, ou deveria ser, aceitável o ativismo judicial quando este se refere ao direito à saúde, visto

a importância que esse direito possui no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). Malheiros, São Paulo, 2015.

ALVES, Mariana da Hora. **Junta Central de Higiene Pública: ações, estigmas e conflitos sociais (1850-1889)**. Disponível em: <http://www.encontro2012.rj.anpuh.org/resources/anais/15/1338251328_ARQUIVO_AlvesMariana_ResumoArtigoANPUH2012_2_.pdf>. Acesso em 02 Fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 02 de Fev. de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selectao.pdf>. Acesso em 02 de Jan. de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). v. 4, nº 2. Fortaleza: THEMIS - **Revista da Escola de Magistratura do Ceará**, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência** – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 de Jan. 2018).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de Jan. 2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada n. 175**, Agravante: União, Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, D.J 18 set. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 15 Fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 24 Nov. 2000. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 Fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 712/PA**. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DJ 25 Out. 2007. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002458&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 Fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 745745**. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 02 Dez. 2014. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000257228&base=baseAcordao>>. Acesso em: 21 Fev. 2018.

CAMPOS, Carlos de Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. **Direito Público**, ano VIII n. 42, nov./dez., 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2 ed. Coimbra Editora, 2001.

CARLOS NETO, Daniel; DENDASCK, Carla; OLIVEIRA, Euzébio de. **A evolução histórica da Saúde Pública** – Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento- Vol. 1. Ano. 1. Março. 2016, p. 52-67. Disponível:

<<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/a-evolucao-historica-da-saude-publica>>. Acesso em 30 Jan. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, n. 5, Jan./Jun. 2011.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática** – 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito**

fundamental à efetivação da constituição – 2. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional** – 4^a ver. ampl. e atual. JusPodivm: Salvador, 2010.

DA SILVA, Adhelmar Raymundo. Crítica do Neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, vol. 22, p.186-187, 2011.
DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. Parâmetros para controle judicial de políticas públicas. **Revista Baiana de Direito**, n. 6, Jul./Dez. 2010.

DE VICTOR, Rodrigo Albuquerque. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil**: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: o Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas. **Direito Público**, ano VIII n. 42, nov./dez., 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p.250.

GAUDENZI, Leonardo Sergio Pontes. O Papel dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na Definição, Planejamento e Execução das Políticas Públicas no Brasil: possibilidades e limites. **Revista Baiana de Direito**, n. 6, Jul./Dez. 2010

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-conceito-e-diferenciacoes,56618.html#_ftn5>. Acesso em 04 de Jan. de 2018.

GUERRA, Gustavo Rabay. Ativismo Judicial em Movimento: Direito e Política na paisagem Constitucional e seus reflexos na cidadania. In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora Jurídica 2013.

KMIEC , Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 02 de Jan. 2018.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa (Trad). Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/3270708/Clube-do-Livro-Liberal-John-Locke-Segundo-Tratado-Sobre-o-Governo-Civil-ebook>>. Acesso em 17 de Jan. de 2018.

Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. 7 ed, p. 22-23. Disponível em: ,
<https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/563508/MCASP+7%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o+Vers%C3%A3o+Republica%C3%A7%C3%A3o+2017+06+02.pdf/3f79f96f-113e-40cf-bbf3-541b033b92f6>>. Acesso em 30. Jan de 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARSHALL, William P. **Conservatives and Seven sins of judicial activism**. Disponível em:
<<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=970088027008065103088115102067115004086087058042010063026088020106127122045019037016049061124113007017097119087025016037076085127091099065072003119004123111038030094029092091094103028020068105081114122081075026106067092064092089116004080094001&EXT=pdf>>. Acesso em: 15 de Jan. 2018

MATTA, Gustavo Corrêa, MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães. Atenção à saúde. Disponível em: <<http://www.epsvj.fiocruz.br/dicionario/verbetes/atesau.html>>. Acesso em 02 Fev. 2018.

MENDES, Gilmar. **Questões Fundamentais de Técnica Legislativa**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/questoes_fundam_de_tecn_legis_-_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 23 Fev. 2018.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brede et de. **O Espírito das Leis**. Cristina Murachco (Trad.) Martins Fontes, São Paulo, 2000.
MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
PAIM, Jairnilson Silva. **Políticas de Saúde no Brasil**. In: Eouquayrol, MZ & Almeida Filho, N. Epidemiologia e Saúde. 6 ed. Rio de Janeiro, 2003.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração pública** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais a revisão constitucional**. Salvador; JusPodivm, 2009.

PORTO, Noemia A. Garcia. Constituição dirigente, o direito à legislação e omissões inconstitucionais. In: TAVARES, André Ramos, FERREIRA, Olavo A. V. Alves, LENZA, Pedro. **Constituição Federal. 15 anos: mutação e evolução**. São Paulo: Editora Método, 2003.

Preambulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2567705/pdf/12571729.pdf>>. Acesso em 22 de Jan. de 2018.

Ramos, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. 2ª tiragem. Malheiros Editores, 2009.

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

SOARES, Ricardo Maurício. Breves Notas sobre o Neoconstitucionalismo: Pós-Positivismo e Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Campo Jurídico**, n. 2, vol. 1, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, Interpretação e Argumentação: Porque me afastei do Neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora Jurídica 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, Jul-Set 1989.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 28 Fev. 2018.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.