

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

EMERSON LUIS EHRLICH

**O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DE QUESTÕES
LIGADAS À SAÚDE: UMA OFENSA AO PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Passo Fundo

2018

EMERSON LUIS EHRlich

**O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DE QUESTÕES
LIGADAS À SAÚDE: UMA OFENSA AO PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Prof^a Dra. Adriana Fasolo Pilati Scheleder.

Passo Fundo

2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa Cristiane, pelo incentivo, companheirismo e dedicação que sempre teve comigo e pelo meu trabalho. Sem o seu estímulo não teria alcançado esta etapa em minha vida.

Pelo amor, respeito e admiração que tenho por você, o grande amor da minha vida, dedico-lhe esta conquista.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em quem deposito minha fé particular. Autor da vida, da sabedoria, da alegria que ilumina o caminho e distribui forças para superar obstáculos, fazendo com que desafios sejam transformados em aprendizado.

A minha família, Cristiane, Ivone, Sueli, Osmar, Antão, Lua, Fenícia e Vicky, pelo incentivo, ajuda constante e compreensão das muitas ausências.

À professora e orientadora Adriana, pelo apoio, dedicação desde o início do trabalho, pela atenção constante, seriedade, competência e compreensão nas angústias e dificuldades.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Mestrado da UPF, pela imensa dedicação em tornarem o curso diferenciado.

A doçura, sorriso, a incansável dedicação, os exemplos de humildade, que fazem ainda sentir a presença de vocês ao meu lado, como se a distância que nos separou fosse “um nada” nessa imensidão de saudades. A vocês, minhas amadas avós Herta e Arnita, dedico este trabalho, cujo esforço fez-se quase intransponível diante das suas ausências, na certeza de que estaremos sempre juntos, antes, hoje e amanhã.

RESUMO

A eficácia do direito à saúde no Brasil tem sido tema de controversos debates, envolvendo questionamentos a respeito da implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo e a sua efetividade, diante da necessidade cada vez maior da população de atendimento de urgência junto ao Sistema Único de Saúde. Filas de pessoas em hospitais públicos aguardando atendimento, pacientes internados aguardando em corredores, esperas por médicos especialistas, por cirurgias para a colocação de próteses e tratamentos especializados, justificariam, em tese, o ajuizamento de ações judiciais em busca de liminares que concedem e impõem ao Poder Executivo o cumprimento de seu ônus, somente em relação a determinadas pessoas, as quais buscaram o apoio do Poder Judiciário. O descumprimento de metas públicas previstas em lei, bem como o descaso pelo qual passa a saúde pública no Brasil, nos dias atuais, serviram de base para o ativismo judicial, que se mostrou eficaz em determinado momento, mas que, por outro lado, interferiu de maneira desestabilizadora nos programas de governo e em seu planejamento financeiro, visto que retirou verbas públicas de determinados projetos e obrigou a colocá-las no atendimento individual de determinados pacientes que se utilizaram do acesso ao Poder Judiciário para atender a urgência que o caso individual requeria. O ativismo judicial, nos moldes como se procede hoje no país, invade competências dos outros poderes, visto que a competência para legislar não é do Poder Judiciário, bem como compete ao Poder Executivo a administração das verbas públicas, não cabendo aos demais poderes a interferência em atribuições previstas na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito à saúde. Ativismo judicial. Políticas públicas. Invasão de competências. Judicialização de políticas públicas.

ABSTRACT

The effectiveness of the right to health in Brazil has been the subject of controversial debates, involving questions about the implementation of public policies by the Executive Power and their effectiveness, in front of the increasing need of the emergency care population at the Public Health System. Queues of people in public hospitals waiting for service, patients waiting in hallways, waiting for medical specialists for surgery for the placement of prostheses and specialized treatments could justify, in theory, the filing of lawsuits seeking injunctions issued and require the executive power to comply with its burden only for certain people, who sought the support of the Judiciary. The failure in complying public goals established by law, as well as the neglect experienced by the public health in Brazil, today, the basis for judicial activism, which is effective at any given time, but on the other hand, disrupted government programs in its financial planning, since it withdrew public funds from certain projects and forced them to place them in the individual care of certain patients who used access to the Judiciary to meet the urgency that the individual case required. The judicial activism, similar as is done today in the country, invading powers of other powers, since the competence to legislate is not the judiciary, as well as the responsibility of the Executive power the management of public funds, not fitting the other powers interfering with duties provided for in the Federal Constitution of 1988.

Key words: Right to health. Judicial activism. Public policy. Invasion of competences. Judicialization of public policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 ESTADO E CONSTITUIÇÃO	11
1.1 O modelo tripartite de separação de poderes adotados no Brasil.....	11
1.2 A separação dos poderes e a preservação dos direitos fundamentais.....	25
1.3 O princípio constitucional da dignidade humana.....	37
2 O DIREITO À SAÚDE	51
2.1 A hermenêutica constitucional através do poder judiciário	51
2.2 A saúde pública no Brasil.....	58
2.3 A administração das verbas públicas pelo Estado.....	68
3 O ATIVISMO JUDICIAL.....	75
3.1 O fenômeno do ativismo judicial.....	75
3.2 A definição de ativismo judicial	79
3.3 O ativismo judicial e o direito à saúde.....	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

A questão do direito à saúde pública no Brasil é motivo para os mais diversos debates, com diferentes abordagens, destacando-se aqueles atinentes à sua eficácia, ou seja, muito se questiona a respeito da manutenção de um sistema de saúde público que, muito embora universal, gratuito e integral, mostra-se carente e incapaz de contemplar plenamente o direito à saúde.

A ineficácia atribuída a muitos programas, serviços ou ações em saúde pública no Brasil transcende ao modelo do Sistema Único de Saúde, tendo em vista que a corrupção e a péssima administração das verbas públicas disponibilizadas a esses programas são fatores preponderantes para a falência do sistema público de saúde.

Sem negligenciar a preocupação que a má prestação dos serviços e ações em saúde pública encerra, deixando à míngua de atendimentos básicos grande parcela da população que se vê marginalizada também nessa área, importante consignar que há poucas décadas, a saúde e toda a sua gama de atendimentos e procedimentos, dos mais simples aos mais complexos, não era reconhecida como um direito de todos e, muito menos, um dever do Estado em torná-la efetiva.

Não havia se falar em direito à saúde, o qual só foi reconhecido como tal com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a sua realização através de um sistema de saúde único, universal, gratuito e integral, promovendo, por meio da saúde, a redução das desigualdades sociais, em direção à realização da justiça social.

Através da Constituição Federal de 1988 a saúde alcançou um patamar de direito fundamental, cabendo ao Estado o desenvolvimento e a implementação das políticas públicas sociais necessárias à efetivação desse direito, possibilitando o acesso a toda a população, independente de requisitos, tornando-se um serviço universal, muito elogiado em sua estrutura, mas carente em sua efetividade, como se tem demonstrado ao longo dos anos.

Em razão do aumento das necessidades da população no que diz respeito à implementação e efetividade das políticas públicas em relação à saúde, aumentaram as ações judiciais objetivando a obtenção de liminares, as quais

buscaram o imediato atendimento, por parte do Estado Administrador, da obtenção de leitos em hospitais, cirurgias de urgência, bem como diversos tipos de atendimento que não eram disponibilizados, causando longas filas de espera e, por muitas vezes, levando à morte de pacientes.

Embora haja crítica a essa intervenção judicial no âmbito da saúde, com base nos argumentos de que o agir do Poder Judiciário fere o princípio da Separação dos Poderes e que o juiz não possui o conhecimento necessário acerca dos recursos públicos, defende-se, por outro lado, que o direito à saúde é condição para uma vida com dignidade, de modo que questões econômicas não poderiam servir de base para permitir a existência de falhas e omissões no atendimento público.

Enormes foram os esforços para que o direito à saúde alcançasse a condição de direito fundamental, sendo importante salientar a importância desse direito para o alcance de uma sociedade mais desenvolvida e igualitária, uma vez que o bem-estar físico, mental e social deve ser considerado como condição para o progresso individual e social de toda a sociedade.

Quando se discutem políticas públicas de saúde no Brasil, não se pode ignorar que a Constituição Federal de 1988 reconhece a saúde como direito fundamental das pessoas e um dever do Estado na sua prestação, ou seja, cabe ao Estado efetivá-lo.

Os problemas latentes na falha da implementação das políticas públicas relativas à saúde vêm aflorando em milhares de ações judiciais espalhadas pelo país, centenas delas culminando na mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se, nessas ações, um claro descompasso entre o que o Poder Judiciário e o que o Estado vêm entendendo por direito à saúde, uma vez que os especialistas em saúde pública partem da premissa de que os recursos da saúde são necessariamente limitados em relação à demanda, tendo por consequência que fazer escolhas sobre a utilização desses recursos.

Por tais razões, o direito à saúde, nesse contexto, é limitado e não absoluto, uma vez que a saúde das pessoas é determinada por uma série de fatores sociais, econômicos, ambientais e biológicos inter-relacionados, e não exclusivamente pelos cuidados médicos a que se tem acesso.

A atenção à saúde depende, portanto, de políticas multissetoriais abrangentes que vão muito além dos serviços médicos e do fornecimento de medicamentos, sendo que diante da irrefutável importância desses valores e da força normativa que a Constituição lhes empresta, o problema da escassez de recursos é colocado em um plano secundário por parte do Poder Judiciário, uma vez que, na visão da maioria dos tribunais, não pode se sobrepor aos bens maiores da saúde e da vida.

Além disso, na maioria das ações que chegam ao Poder Judiciário, o que se pleiteia são intervenções médicas pontuais e específicas, como a realização de determinada cirurgia ou o fornecimento de certo medicamento, não havendo, por parte do Poder Judiciário, preocupação com a administração dos recursos financeiros por parte do Estado Administrador.

O capítulo que inaugura o presente estudo trata da separação dos poderes e o modelo tripartite, possibilitando entendimento de que a divisão de competências está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, sem previsão de delegação de funções. Em seguida, abordam-se os direitos fundamentais previstos na carta constitucional e a separação dos poderes, sendo em seguida analisado, sob este aspecto, o princípio da dignidade humana, com viés na ausência de atendimento efetivo à saúde; a saúde pública no Brasil nos dias atuais e a interpretação do Poder Judiciário em relação ao tema, em uma hermenêutica constitucional através do órgão julgador; a administração das verbas públicas por parte do Estado e a sua ligação com a legalidade. Encerra-se, com uma análise e do fenômeno do ativismo judicial, através de uma definição conceitual, bem como aborda-se o tema em relação à saúde.

1 ESTADO E CONSTITUIÇÃO

Para que se possa entender a dimensão do direito à saúde no ordenamento jurídico vigente, faz-se necessário compreender o modelo de separação dos poderes adotado no Brasil, visto que expresso na carta constitucional a atribuição de cada poder em favor da preservação do Estado Democrático de Direito.

O Estado, em sua divisão de tarefas, possui atribuições previstas no ordenamento constitucional, a fim de ficar definida a atuação de cada poder, sem que interferências ou insurgências prejudiquem a administração do próprio Estado e a preservação das competências de cada órgão de poder.

O presente capítulo, portanto, tem por escopo analisar o princípio constitucional da separação dos poderes adotado no Brasil e a sua aplicação em um modelo de Estado Constitucional.

1.1 O modelo tripartite de separação dos poderes adotado no Brasil

As relações humanas não se deram sempre da mesma forma, uma vez que grandes conflitos e guerras causaram feridas definitivas na história da humanidade, sempre tendo como principal objetivo a disputa pelo poder.

A busca pelo poder absoluto, pelo domínio cada vez maior de áreas, bem como a ganancia pela riqueza, condicionaram a existência humana a conviver com longos períodos de guerras e conflitos, que levaram a dizimar dezenas de milhares de vidas humanas ao longo da história¹.

Durante determinados períodos da história humana houve momentos em que as relações humanas não eram objeto de consideração pelo direito, não sendo uma relação juridicamente pertinente, não se incluindo no campo da consideração e regulamentação pelo direito.

¹ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21.

A riqueza obtida com as invasões e aquisições militares fomentava cada vez mais as barbáries e crimes cometidos pelos governantes ao longo do tempo, não havendo nenhuma preocupação com as consequências desses atos e em relação as suas vítimas.

No transcurso do tempo, formas de governar foram criadas para controlar a sociedade de cada época, permitindo que governos autoritários passassem a obter lucros não somente com as conquistas extraterritoriais, mas com o trabalho da própria população, através da cobrança de impostos sobre a produção, extorquindo ou explorando a sua própria gente².

Pobreza e miséria não são vividas apenas pelos povos do século atual, mas são situações que sempre acompanharam a humanidade, seja por dificuldades tecnológicas ou por imposição dos governos, mas sempre causando danos irreparáveis aos seres humanos.

Pequenas conquistas foram obtidas pelos povos ao longo do tempo, sendo que formas de regulamentação de direitos remontam somente a períodos recentes da história da humanidade, tendo sido a Revolução Francesa de 1789 um dos principais movimentos reformadores do período absolutista do Estado com profundas modificações políticas, sociais e econômicas³.

Em cerca de dez anos, de 1789 a 1799, a aristocracia do antigo regime francês perdeu seus privilégios, libertando os camponeses dos antigos laços que os prendiam aos nobres e ao clero, desaparecendo as amarras feudais que limitam as atividades da burguesia, criando um mercado de dimensão nacional⁴.

O modelo revolucionário francês ainda hoje serve como exemplo do poder do povo em relação aos seus governos, demonstrando que as mudanças podem acontecer, mas dependem da vontade dos governados e não apenas dos governantes.

² BARROSO, Luis Roberto, **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

³ BARROSO, Luis Roberto, **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. p. 26.

⁴ BARROSO, Luis Roberto, **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. p. 26.

A Revolução Francesa foi a alavanca que levou a França do estágio feudal para o capitalista e mostrou que a população era capaz até de condenar um rei, sendo um marco evolutivo de liberdade para o mundo⁵.

É possível fazer uma relação da Revolução Francesa com o momento político vivido no Brasil nos dias atuais, visto que a grande instabilidade política é fruto de uma mudança política que ocorreu décadas atrás, visando à mudança de um governo militar para um governo popular, no qual se depositou a expectativa de mudanças que possivelmente modificariam para melhor as condições de vida das classes sociais menos favorecidas.

Não foi o que aconteceu, pelo contrário, o anseio popular atual é de tentar retirar do poder os atuais governantes na busca de mudança do cenário político, visto que o atual governo reveste-se de acusações de corrupção e desvios de conduta que empurram o país a uma profunda crise econômica, situação similar a que fomentou a Revolução Francesa, embora diferentes as épocas e os cenários políticos, mas iguais em relação ao descontentamento popular quanto aos detentores do poder em detrimento das classes sociais menos favorecidas.

Nesse panorama histórico de conquistas e conflitos, o direito surgiu como um reflexo do pensamento dominante de cada época e de cada lugar, sendo o resultado daquilo que a classe dominante apresentava como o melhor, mais adequado, mais justo, para aquele determinado período da história⁶.

O povo necessitava de proteção mínima, a fim de que direitos pudessem inibir atos arbitrários ou desumanos de seus governantes, os quais eram motivados pela desregrada busca por mais poder e por conquistas de territórios⁷.

Os povos conquistados, na maioria das vezes, eram colocados em situação de inferioridade em relação a direitos dos povos conquistadores, mesmo sendo anexados ou incorporados por aqueles que os dominavam, situações que

⁵ HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. **A Revolução Francesa e uma nova ideia de História**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014. p. 3.

⁷ HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. **A Revolução Francesa e uma nova ideia de História**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

aumentavam cada vez mais a miséria e a fome, sem contar as atrocidades praticadas pelos exércitos em relação aos povos conquistados⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar sobre a concepção jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis do homem, leciona que:

ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a concepção de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chaves, que posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que essa fase costuma também ser denominada de “pré-história” dos direitos fundamentais⁹.

Com o avanço das tecnologias disponíveis em cada época, como por exemplo, a navegação, houve a possibilidade de aproximação dos povos, seja por conquistas, seja por estarem subjugados ou submetidos aos comandos dos conquistadores, motivo pelo qual houve a mistura, pode-se assim dizer, de costumes, tecnologias e modos de vida, permitindo o aprimoramento e a criação de novas regras de convívio social¹⁰.

A história mostra que as organizações surgiam e se sucediam no sentido de círculos cada vez mais largos e de cada vez maiores integrações dos grupos sociais, sendo o Estado, o resultado de lenta e gradual evolução organizacional do poder, que não pode ser confundida com as formas de agrupamento sociais antigas, as quais, embora respeitassem o governante, não podem ser consideradas como modelo de formação de Estado¹¹.

⁸ HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. **A Revolução Francesa e uma nova ideia de História**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37-38.

¹⁰ HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. **A Revolução Francesa e uma nova ideia de História**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

¹¹ HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. **A Revolução Francesa e uma nova ideia de História**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

Apesar de importantes semelhanças políticas e sociais, não se pode considerar o Estado escravista, Estado antigo, Estado egípcio, Estado medieval, Estado feudal, como verdadeiramente formas de Estado, no sentido como hoje é empregado, uma vez que aqueles que agora sustentam o Estado usam o velho procedimento de dar nova roupagem a coisas antigas, tentando aproveitar as vantagens apresentadas pela tradição¹².

As formas constitucionais históricas diversamente construídas foram necessárias para compor as variadas estruturas feudais em um só mercado nacional, sob o mesmo poder político, visando à formação de uma comunidade negocial, que pudesse estabelecer relações mais harmônicas, visando à obtenção de lucro e à pacificação de conflitos.

Decorrente do poder estatal anteriormente formado, o monopólio do Estado tomou força institucional, antes dispersa por entre várias entidades legais e clericais, inclusive, das forças armadas, uma vez que o mercantilismo integrou a poligarquia feudal nesse monopólio soberano, o que definiu essa nova forma de organização política¹³.

O modelo de Estado, conforme se conhece hoje surgiu somente no século XV, em virtude de sua estruturação, que o definiu como conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, a fim de promover a harmonização entre os detentores do poder, seus governantes e o povo, prevendo o maior número de regras possíveis, vedando, em parte, o arbítrio estatal¹⁴.

A necessidade de racionalização e humanização das relações sociais fez com que os textos escritos exigissem que todo o âmbito estatal estivesse organizado por normas jurídicas, e que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustasse ao que fora determinado pelas previsões legais, ou seja, a submissão de todos ao Estado de Direito.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

Sobre o conceito de Constituição e a formação de uma hierarquia estatal, leciona Alexandre de Moraes que:

Constituição, *latu sensu*, é o ato de construir, de estabelecer, de firmar, ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas, organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, a formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas¹⁵.

O tema relativo à separação de poderes, ao longo da história, tem sido objeto de estudo e considerações por parte de grandes pensadores como Platão, Aristóteles, Locke, Montesquieu, dentre outros, que culminaram no modelo tripartite conhecido atualmente, inclusive como princípio constitucional inserido no ordenamento jurídico pátrio, também utilizado na maioria das organizações de governo das democracias ocidentais, como a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789¹⁶.

De acordo com Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Montesquieu, na obra 'Política', repartiu as funções de Estado em deliberante, que consiste na tomada de decisões fundamentais, executiva que consiste na aplicação pelos magistrados das decisões e judiciária que consiste em fazer justiça¹⁷.

A clássica visão da separação dos poderes também pode ser conceituada e entendida como uma definição formalista, que possui em seu cerne a conexão entre formalismo e a ideia de que o governo deve ser baseado em leis e não na vontade arbitrária e ambiciosa dos homens.

No Brasil adotou-se o modelo tripartite, possibilitando, dessa forma, meios de controle dos poderes, atribuindo a cada um deles, quais sejam executivo,

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

legislativo e judiciário, funções específicas e atribuições harmônicas em prol da manutenção dos direitos e garantias previstos na carta constitucional de 1988¹⁸.

O conceito de separação de poderes diz respeito a uma forma e modelo de governar cuja criação remonta à Grécia Antiga, sendo a essência dessa teoria o princípio de que os três poderes que formam o Estado devem existir e coexistir de forma independente e harmônica, mantendo-se as características de Estado único e indivisível¹⁹.

O Estado unitário simples é um modelo também utilizado e diz respeito a uma forma centralizada administrativa e jurídica, sendo que todas as decisões são concentradas no poder central, evitando, desse modo, decisões conflitantes que interfiram na área de atuação dos demais poderes. Entretanto, é possível dizer que a centralização das decisões serviu de base para a formação dos Estados autoritários e que essa forma de Estado não contribuiu para o processo democrático, tendo em vista que não houve espaço para que a população das diversas regiões participasse do processo de formação da vontade nacional, como é o caso da democracia²⁰.

O Estado Unitário simples, portanto, só pode existir de forma sustentável, em pequenos Estados, onde existe identidade de cultura, língua, costumes e religião, sendo que a pequena área administrada pelo governante único, torna mais fácil e simples governar, até mesmo porque pode haver uma espécie de consulta popular das necessidades daquela comunidade, situação que não se mostra viável em países com grande extensão territorial²¹.

No modelo de Estado unitário desconcentrado, muito embora não existam diferentes esferas de poder em nível central, regional e local, o poder central mantém órgãos de representação dentro de divisões territoriais, sendo que essas

¹⁸ Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 156.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**.

representações atuam em nome do poder central, que mesmo unitário, se torna presente junto à população.

No Brasil, temos um modelo muito parecido que são os distritos, os quais pertencem ao município sede, mas possuem um administrador ligado ao poder central, mas que está diretamente apto a atender as necessidades locais dos municípios.

O Estado unitário descentralizado pode ser visto como uma evolução dos Estados unitários desconcentrados que ao longo do tempo passaram a receber competências administrativas transferidas por lei e adquiriram personalidade jurídica própria, conseqüentemente, quanto maior o número de competências administrativas transferidas ao ente territorial, maior é o grau de descentralização²².

O Estado regional e o autônomo são exemplos de Estados unitários descentralizados, sendo que a descentralização ocorre não só em relação às competências administrativas, mas também em relação às competências legislativas ordinárias, fazendo com que a organização e a execução de competências tenham certa liberdade delegada a outros órgãos da própria administração do poder²³.

Luis Roberto Barroso, ao tratar sobre o tema democracia e forma de Estado leciona que:

já no tocante à democracia, é possível considerá-la em sua dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas, como as liberdades de expressão, de associação, de locomoção, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado²⁴.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 136.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 41. ed. São Paulo, Saraiva: 2015. p. 63.

A delegação de competências legislativas e administrativas é autorizada pela Constituição do Estado e é efetivada por meio de lei, sendo que a descentralização ocorre de cima para baixo, já que parte do poder central e, portanto, fica a critério desse poder conceder, reduzir ou ampliar as autonomias das regiões, ou seja, é o poder central que deve decidir sobre a concessão de autonomia para as regiões.

A forma unitária de Estado foi adotada no Brasil durante o Primeiro e o Segundo Reinados, sendo que após a Proclamação da República, em 1889, a forma federalista passou a ser a utilizada, condicionando cada poder a sua área de atuação, dentro de limites estabelecidos na carta constitucional, limitando os poderes²⁵.

A Constituição Federal de 1988, visando evitar principalmente o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais previu a existência dos poderes do Estado independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem ser exercidas, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia de perpetuidade do Estado Democrático de Direito²⁶.

Não há como se falar em poderes harmônicos entre si sem que haja limitações de competência para cada um atuar, ou seja, a limitação ou delimitação de atribuições se mostra essencial a fim de que não haja possibilidade de invasão de competências, desestruturando o próprio poder ou criando conflitos que tornem impossível a manutenção do próprio Estado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que a concentração ou a confusão de poderes não é propícia à liberdade individual, estando melhor assegurada pela separação, ou pela colaboração dos poderes, que implica distinção ou separação de funções²⁷.

Sem sombra de dúvidas, o objetivo da separação dos poderes é de que ambos devem existir e coexistir em um Estado Democrático de Direito da forma

²⁵ CONSTITUIÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66800/69410>>. Acesso em: 6 out. 2017.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 411.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

mais harmônica possível, sem que o poder fique concentrado nas mãos de uma pessoa apenas, como acontecia no Estado Absolutista, em que o governo e a justiça se concentravam nas mãos de um único governante, que era o rei.

No Brasil, ocorre atualmente um conflito entre os poderes, visto que em razão da ausência de políticas públicas que deveriam ter sido implementadas pelo Poder Executivo em relação a questões como saúde, medicamentos, vagas em hospitais e transplantes, forçaram o Poder Judiciário a interferir na competência dos outros poderes e, por consequência, determinaram o bloqueio de valores da União, dos Estados ou Municípios a fim de custearem tratamento médico, fornecimento de medicamentos ou a internação hospitalar de pessoas que ingressaram com ações judiciais, interferindo, e às vezes de forma instabilizadora, no orçamento dos referidos entes públicos.

Tassia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Hennig Leal, ao tratarem sobre a judicialização da política pública e ativismo judicial, lecionaram sobre a atuação mais incisiva do Poder Judiciário, sob pena de se negarem direitos previstos na Constituição, ou seja, a própria eficácia dos direitos fundamentais reclama uma atuação mais incisiva do Judiciário, sob pena de termos uma Constituição repleta de direitos, mas que são negados a todo tempo pelo Poder que deveria assegurá-los²⁸.

Separação dos poderes não significa isolamento ou distanciamento entre os mesmos poderes, mas sim, distinção entre as suas funções, de modo que, harmoniosamente, possam atingir os fins e objetivos previstos na Constituição, que são de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

O Estado Federal é democrático pela própria natureza, sendo que a existência de duas ordens governamentais não pode possibilitar que existam conflitos de competências entre essas ordens, uma vez que esses conflitos devem ser resolvidos de forma pacífica e por meios adequados, a fim de não comprometerem a própria existência do Estado.

²⁸ GERVASONI, Tassia Aparecida; HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 66.

O Poder Judiciário no Estado Federal deve ser um órgão encarregado da fiscalização do exercício das competências que lhe foram atribuídas constitucionalmente, a fim de que haja uma demarcação entre o campo federal e o estadual, ou seja, além de outras atribuições, tem a função de guardião dos limites constitucionais da distribuição de competências, visando à manutenção da forma federativa de Estado.

Nada obstante, a atividade interpretativa pode variar de acordo com fatores políticos, econômicos e sociais, levando à centralização de determinadas competências que, de acordo com os princípios básicos do federalismo, seriam dos outros entes federativos, gerando, dessa forma, o chamado fenômeno do ativismo judicial.

A supremacia da Constituição é a especial característica que lhe confere predominância sobre as demais normas jurídicas, subordinando-a aos seus comandos, conforme aponta Nagib Slaibi Filho, ao dizer que é justamente tal qualidade de supremacia que atribui à determinada norma jurídica a denominação de Constituição ou leis constitucionais, estas as normas supremas que não estejam consolidadas em uma coletânea, como aquela²⁹.

John Locke, um inglês nascido em 1632, considerado o pai do liberalismo político, que se opunha ao regime absolutista vigente até então, entendia que a forma de governar não poderia ou permitiria concentração, sob pena de condicionar o poder à tirania do governo e aos arbítrios desmedidos do detentor do poder, que era perpétuo naquele tempo. Diz Brecho Mota que,

de acordo com sua teoria, os homens viviam antes num estado natural em que prevaleciam a liberdade e a igualdade absoluta, sem o controle de nenhuma espécie de governo. A única lei existente era a da natureza, isto é, cada indivíduo punha em execução sua própria lei para proteger seus direitos naturais: vida, liberdade e propriedade. Como cada um estabelecia sua vontade, o resultado final acabaria sendo o caos³⁰.

²⁹ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

³⁰ BRECHO; BRAICK. **História das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997. p. 254.

A divisão dos poderes, segundo o critério funcional, é a célere separação dos poderes, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade³¹.

Ao Poder Legislativo coube a função precípua de produzir e fiscalizar a execução das leis, existindo a atividade administrativa dentro de cada Poder, a fim de que possa gerenciar e administrar sua própria organização interna.

Ao Poder Executivo coube a atividade administrativa do Estado, devendo dar cumprimento às leis, atendendo às necessidades da população, em relação à infraestrutura, saúde, educação e cultura, além de correta e adequadamente aplicar as verbas públicas.

Ao Poder Judiciário coube a função de dizer o direito, pacificando a sociedade e resolvendo os conflitos levados ao seu conhecimento, sendo a última instância a ser procurada, quando os meios propiciados pelo Executivo, na sua função de administrar, não conseguirem resolver o problema, ou possibilitar em meios para a solução pacífica do conflito, conduzindo, dessa forma, ao ajuizamento das ações, provocando o Poder Judiciário a solucionar o conflito³².

Um dos sistemas hoje praticados, o convencional ou governo de assembleia, que é adotado na Suíça, escapa à apreciação crítica de que desrespeita os princípios democráticos. Entretanto, esse sistema não contempla concentração, uma vez que a administração da justiça é confiada a órgãos independentes, resguardando a liberdade individual³³.

Os chamados freios e contrapesos previstos no ordenamento jurídico constitucional pátrio permitem um balanceamento e ao mesmo tempo um controle harmônico dos poderes, fazendo com que decisões tomadas por um dos poderes não sejam dotadas de absoluta ausência de controle por parte dos demais, ou seja, não existe poder absoluto, sem qualquer controle por parte do outro poder.

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 410.

³² COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 15 ago. 2016.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141.

Importante mencionar a independência do Ministério Público, o qual exerce a função de fiscal da execução da lei e, em muitos casos, é o autor das ações judiciais, que também restou preservada pela Constituição Federal de 1988, fazendo com que houvesse um ente público, ao qual se atribuiu a função independente de fiscalizador dos mandos do Estado e da conduta do cidadão, fazendo cumprir a lei, sob pena de o mesmo agir através de ações judiciais e administrativas próprias como a ação civil pública e o inquérito civil, que permitem ajustamento de condutas ou condenação dos envolvidos por meio de posteriores decisões judiciais.

No âmbito de controle constitucional, o controle de constitucionalidade está ligado à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também a de rigidez constitucional e proteção aos direitos fundamentais³⁴, obrigando a análise das demais leis e regramentos jurídicos sob a luz da Constituição, ou seja, a interpretação deve se dar sempre com a prevalência e observância dos ditames previstos no ordenamento constitucional³⁵.

O objetivo da Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visou principalmente à defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria separação dos poderes, legitimando o tratamento diferenciado fixado aos seus órgãos de poder, em face da prevalência do princípio da igualdade e da manutenção do Estado Democrático de Direito.

As garantias que possuem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de independência e autonomia baseiam-se em finalidades essencialmente constitucionais, exercendo ambas as funções únicas do Estado, dentro de uma visão contemporânea das funções estatais, que reconhece o Estado constitucional de direito assentado na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercer atos de soberania.

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 710.

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. p. 710.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a concentração dos poderes não é contrária à democracia, considerada em abstrato, uma vez que exercida de maneira democrática e responsável não permite riscos ao Estado³⁶.

O governo exercido pelo povo diretamente, como foi praticado em Atenas, compreendia a união de todas as funções do Estado em mãos de um único órgão, a alta assembleia, da qual todos podiam participar, sendo que referido modelo não pode ser mais utilizado nos dias atuais, em razão da enorme população brasileira, e em razão das próprias dificuldades do Estado, em razão do seu tamanho.

A experiência histórica ensinou que a completa e absoluta concentração só serviu à opressão e ao desrespeito dos princípios democráticos, propiciando a certos governantes a possibilidade de crimes contra a própria humanidade, como ocorreu em países, como Alemanha, Angola, Síria e muitos outros.

Na visão ocidental de democracia, o governo pelo povo e a limitação de poder estão indissoluvelmente combinados, pois o povo escolhe seus representantes que, agindo como mandatários, decidem o destino da nação.

José Afonso da Silva, ao tratar do tema sobre garantias constitucionais dos direitos, ensina que

são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e visam impedir o arbítrio, com o que constituem ao mesmo tempo técnicas assecuratórias de eficácia das normas conferidoras dos direitos fundamentais³⁷.

Embora o momento histórico seja preocupante no Brasil, importante mencionar que alguns artifícios ou mecanismos constitucionais são utilizados pelo detentor do poder máximo junto, ao executivo a fim de eximir-se da responsabilização penal ou administrativa, visto que ao distribuir verbas públicas aos deputados permitiu-se o arquivamento da proposta de impeachment

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

³⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 415.

apresentada junto ao Congresso Nacional, situação que se amolda a exacerbação do poder conferido ao executivo, delineando um Estado sem o equilíbrio que a carta constitucional buscou preservar e manter.

Dessa forma, o que a Constituição Federal de 1988 buscou concretamente foi a harmonia, o convívio pacífico e evolutivo do Estado, para que o país pudesse crescer e se desenvolver sem sofrer influências negativas ou autoritárias por parte de seus governantes ou de seus representantes internos, a fim de que o poder, embora legitimado, pudesse pender para um dos lados, criando ou possibilitando a criação de um Estado autoritário, sem controle de seus mandos e desmandos por parte de apenas um dos poderes constituídos.

1.2 Separação de poderes e a preservação dos direitos fundamentais

O ser humano, para viver em sociedade, se utiliza de instrumentos de controle social que lhe possibilitam conviver em grupos, nos quais existem limitações entre as relações humanas em prol da pacificação social, tendo em vista que, sem esses mecanismos, as relações humanas seriam incontroláveis, face ao interesse individual que poderia preponderar sobre o interesse da coletividade, levando aos caos social. Os direitos fundamentais surgem como uma limitação ao agir governamental e devem ser respeitados e garantidos à população, independentemente dos ideais políticos que predominam no cenário vigente³⁸.

A organização do homem, para viver em grupos sociais, produziu muitos confrontos armados e perdas de vidas humanas, uma vez que as relações humanas não se deram sempre da mesma forma, tendo em vista que as sociedades humanas foram constituídas, na maioria das vezes, de acordo com seu principal meio de subsistência para cada época (predominantemente caçadoras, coletoras, pastorais, nômades), sendo constituídas, essencialmente, por grupos agrícolas e industriais³⁹.

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 28.

³⁹ HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. **A Revolução Francesa e uma nova ideia de História**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

Em termos de relações políticas, as sociedades cresceram em tamanho e complexidade, constituindo-se em bandos, tribos e sociedades estatais, passando a estabelecer diferentes graus de poder político, dependendo dos ambientes culturais, geográficos e históricos, nos quais estavam inseridas⁴⁰.

Ao longo do tempo, algumas culturas evoluíram para formas mais complexas de organização e controle e essa evolução sociocultural teve um efeito profundo sobre os padrões da comunidade, uma vez que tribos de caçadores-coletores passaram a se estabelecer em torno de fontes de alimentos sazonais para se tornarem aldeias agrárias⁴¹.

As aldeias cresceram para se tornarem vilas e cidades e as cidades se transformaram em Cidades-Estados e Estados-Nação, sendo que no princípio era a força que predominava e mantinha as relações de poder e, posteriormente, vieram as famílias, as tribos e as sociedades primitivas, com os mitos e os deuses, múltiplos, ameaçadores e vingativos⁴².

Em determinados períodos da história da humanidade líderes religiosos tornaram-se os chefes absolutos, sendo que na antiguidade pré-bíblica havia também os sacrifícios humanos, guerras, perseguições e escravidão⁴³.

Nesse período formaram-se as primeiras civilizações, no Egito, na Babilônia e Pérsia, época em que entre os hebreus consagrou-se o monoteísmo e a lei assumiu uma dimensão simbólica, ainda que como ato divino, pacto de Deus com o povo escolhido⁴⁴.

A força política da lei prosseguiu com o Cristianismo, que deu origem à tradição milenar batizada como judaico-cristã, sendo os gregos, os inventores da

⁴⁰ HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. **A Revolução Francesa e uma nova ideia de História**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 37.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 37.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 38.

ideia ocidental de razão, do conhecimento científico fundado em princípios e regras de valor universal, sendo que por séculos os romanos tornaram-se depositários desses valores racionalistas⁴⁵.

Atenas, na Grécia antiga, é historicamente identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político entre governo de leis e participação dos cidadãos nos assuntos políticos, embora houvesse potências militares e territoriais de grande expansão naquele período⁴⁶.

O centro da vida ateniense era a *Assembleia* local onde se reuniam e deliberavam os cidadãos, sendo que o órgão principal de poder era o *Conselho* composto de quinhentos membros, dentre os quais eram escolhidos os que conduziriam a administração⁴⁷.

A *Assembleia* reunia-se próxima à *Agora*, que era a praça pública e as discussões ali eram monopolizadas, aparentemente com consentimento geral, por um pequeno número de cidadãos proeminentes, denominados *demagogos*, termo que não tinha, na sua origem, a conotação negativa que hoje adquiriu⁴⁸.

Nesse período se conceberam ideais e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, com a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válido para todos.

O poder era repartido por instituições que o controlavam, sendo que nos séculos imediatamente posteriores à queda do Império Romano, em 476 antes de Cristo, a Antiguidade Clássica defrontou-se com o Império Bizantino, continuação reduzida do Império Romano, com Imperador, em que as tribos germânicas

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 38.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p.41.

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 42.

⁴⁸BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 43.

invasoras se impuseram sobre a cristandade latina e o mundo árabe do Islã, que se expandiu a partir da Ásia, através da África do Norte⁴⁹.

Crescem os conflitos no mundo em razão da fé desmedida praticada por grupos armados, que em nome da religião cometem crimes contra a humanidade em diversas partes do mundo, evidenciando uma separação cultural e religiosa da humanidade cada vez mais latente.

Essas formas de poder históricas foram necessárias para compor as diversas estruturas feudais em um só mercado nacional, sob um só poder político, sendo que durante esse período principiou o monopólio do Estado na força institucional, antes dispersa por entre várias entidades legais e clericais, monopólio, inclusive, das forças armadas, uma vez que o mercantilismo integrou a poligarquia feudal nesse monopólio soberano, o que definiu a organização política⁵⁰.

O Estado moderno surgiu no início do século XVI, no final da Idade Média, após a ruína do feudalismo, tendo surgido absolutista, com seus monarcas unidos pelo direito divino, tendo aos poucos o poder secular se libertado progressivamente do poder religioso⁵¹.

A criação do Estado foi amplamente motivada por fatores como a necessidade de convivência pacífica entre homens e a complexidade das relações sociais, bem como em razão dos conflitos de interesses que eclodiam no seio da sociedade e que ameaçavam a paz social.

O surgimento do ente estatal não se deu de forma uniforme e tampouco de forma simultânea nas mais diversas sociedades humanas, mas sim, obedeceu a uma ordem natural e gradativa, conforme a necessidade humana de agir se manifestava nesse sentido.

A organização social por meio do constitucionalismo determinou a importância de se estipular limites para a atuação do Estado, a fim de que a

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 44.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 43.

ordem social não fosse mais importante do que a proteção dos direitos dos seres humanos, em um Estado Democrático de Direito.

Alexandre de Moraes. ao tratar de direitos fundamentais como direitos de defesa, esclarece que

na visão ocidental de democracia, o governo pelo povo e a limitação de poder estão indissolavelmente combinados. O povo escolhe seus representantes que, agindo como mandatários, decidem o destino da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado⁵².

Os direitos humanos modernamente conceituados são aqueles conquistados historicamente pelos homens e que são protegidos independentemente da anuência dos Estados, no âmbito internacional e de forma universal, ou seja, sem qualquer distinção de sexo, cor, etnia, raça, classe social ou nacionalidade.

Os direitos humanos como direitos inerentes àqueles que possuem a condição humana os coloca, em muitos países, como direitos fundamentais da sociedade, que não dependerá de uma concessão do Estado, já que a condição humana é causa determinante para a existência desses direitos.

A primeira geração dos direitos fundamentais correspondeu ao ideal de liberdade, abrangendo os direitos individuais e os direitos políticos.

Ao tratar de direitos fundamentais e o papel do Estado, Alexandre de Moraes vale-se das palavras de Renato Barros colocadas a seguir:

O papel do Estado será o de consagrar, garantir e viabilizar o exercício dos direitos humanos, sem distinções de qualquer natureza como raça, cultura, etnia e nacionalidade. Os direitos humanos, assegurados pela sociedade internacional após a constatação histórica da importância de defesa de direitos, fruto da Segunda Guerra Mundial, passaram a ser

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33.

consagrados pela legislação interna de grande parte dos Estados nacionais e seus textos constitucionais⁵³.

Nas civilizações antigas, a figura mítica do líder como aquele detentor das habilidades necessárias para conduzir o seu povo contava diretamente com o auxílio divino e lhe possibilitava plenos poderes no exercício de seu governo, sendo um ser privilegiado enviado por Deus para que pudesse governar aquela povo, sem limites ou medidas, sacrificando de forma cruel seus governados⁵⁴.

A religião e o poder andaram de mãos dadas por um longo período da história da humanidade, sendo que no Egito Antigo se acreditava na natureza divina e inquestionável do Faraó.

Na cultura hebraica, Moisés conduziu o povo pelo deserto até Canaã, depois da fuga do Egito, inspirado por Deus, exercendo a função de líder espiritual e de organização do povo hebreu⁵⁵.

Em Roma, os Césares impunham seus castigos inexoráveis e suas celebrações místicas. Na Europa, os Senhores feudais supostamente garantiam amparo protetivo aos seus vassallos em troca de mão de obra praticamente escrava, e os Monarcas, em seus Estados Absolutos e imponentes, legitimaram o exercício do poder através do mundo das crenças e de valores míticos.⁵⁶

A separação entre Estado e Igreja possibilitou uma delicada democratização do poder sob a égide do pensamento iluminista do século XVIII, na visão liberal de um ordenamento jurídico devidamente positivado e racionalizado, sem que a Igreja se mantivesse no poder absoluto, como ocorreu ao longo de dezenas de anos⁵⁷.

⁵³ BARROS, Renata Furtado de. **Direito Constitucional I**. Rio de Janeiro: Estácio, 2016. p. 62.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 43.

⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 43.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 43.

Os ideais da Revolução Francesa, desencadeada pela ânsia de mudanças sociais e pelo desejo de liberdade e igualdade frente ao exercício despótico do poder, tornou-se o terreno favorável para uma transformação que levou o mundo a um patamar superior, consoante processos de afirmação dos direitos do homem, originando o Estado de Direito, de essência liberal⁵⁸.

As experiências oriundas da Segunda Guerra Mundial, em face do Estado nazista alemão e fascista italiano de Mussolini, indicaram a ineficiência na tutela de alguns direitos, sendo que nos períodos de guerras e conflitos militares, houve e ainda existe uma sensível desobediência ao Estado de Direito, sem falar nas flagrantes e absurdas violações aos direitos humanos, sempre firmados sob a bandeira da conquista da paz no mundo.

Em razão das experiências vividas no Pós-Guerra, chegou-se à conclusão da necessidade de adoção do termo democracia, sendo entendido como um processo de convivência social em liberdade, uma forma participativa, plural, solidária, destinada à redução e ao combate das desigualdades sociais, ampliando o rol de participação da população nos contextos políticos, culturais e sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar sobre dimensões da dignidade, afirma que

um “princípio constitucional” como a “dignidade humana” em termos de realização pelo Estado e sociedade, bem como no que diz com a concretização, apenas tendencialmente pode ser imposto pelo direito constitucional. A autocompreensão individual e comunitária do cidadão não é menos constitutiva. A educação para o respeito da dignidade humana constitui um destacado objetivo pedagógico do Estado Constitucional: dignidade humana para cada um, bem como para o próximo, no sentido dos “outros” (como tolerância, “solidariedade”)⁵⁹.

Os direitos fundamentais se manifestam como direitos positivos de embasamento constitucional através de valores éticos e morais, sendo que a luta

⁵⁸ HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. **A Revolução Francesa e uma nova ideia de História**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia e de Direito Constitucional**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 136.

pela afirmação desses direitos está entrelaçada à história do constitucionalismo e se constitui no maior desafio na atualidade.

Em relação à efetividade e à proteção, há uma distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, estes sendo de teor internacional e, desfrutando de uma ampla proteção ancorada em tratados e convenções internacionais. Já os direitos fundamentais têm o *status* de direito público interno, por contar com mecanismos de defesa e aplicação domésticos, por meio de leis constitucionais e infraconstitucionais.

Com o interesse em se discutir e preservar os direitos humanos foi criada na Europa, através do Estatuto de Roma de 1950, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na qual foi constituída a Corte Europeia de Direitos Humanos que reúne protocolos previstos na Carta Social Europeia, com legitimidade apenas para avaliar violações relativas aos direitos inerentes à Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo que os Estados signatários são submetidos à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Strasbourg, na França⁶⁰.

Na América, foi criada a Convenção Americana de Direitos Humanos, com a elaboração do Pacto de San José da Costa Rica, em 1969, com jurisdição exercida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1978, tendo o Brasil se tornado signatário apenas em 1992, sendo que um dos fatores que impediram ou retardaram um desenvolvimento mais concreto na América Latina foram as ditaduras e os seus desdobramentos políticos⁶¹.

No Brasil, a preocupação do legislador originário sempre foi evidente quanto aos Direitos do Homem (primeira Constituição brasileira, de 1824), na vanguarda até mesmo em relação à Constituição Belga de 1831, que continha em suas disposições gerais direitos civis e políticos.

Após, as constituições de 1891, 1934, 1937, já sob a égide ditatorial, ampliaram o rol de direitos com a inclusão da ordem econômica social, sendo que

⁶⁰ Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁶¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

a Constituição de 1946 não consagrou o direito à subsistência, isto ocorrendo apenas com a Constituição de 1967 e, posteriormente, com a Constituição de 1969, que elencaram os direitos econômicos e sociais⁶².

A Constituição Federal de 1988 reservou especial atenção aos direitos fundamentais, no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, conferindo por força do art. 5º, §1º, o caráter de aplicabilidade imediata para as garantias fundamentais, e ainda, com o rol abstraído do art.60, § 4º, no qual as cláusulas pétreas são limitadoras à atuação do poder constituinte derivado, por ocasião da tentativa de reforma ou exclusão.

A posição de centralidade dos direitos fundamentais é típica e essencial de um Estado Democrático de Direito. Por muito tempo, no entanto, foram considerados direitos fundamentais apenas aqueles que exigiam uma abstenção do Estado, os chamados direitos fundamentais de primeira geração, característicos do pensamento liberal-burguês que dominava o Direito no século XVIII. Considerados direitos do indivíduo contra o Estado, podem ser exemplificados pelos direitos à vida, à liberdade, à propriedade privada⁶³.

São conhecidos por direitos fundamentais de segunda geração e denotam uma posição intervencionista do Estado nas relações privadas. Apesar da eficácia jurídica reforçada conferida aos direitos fundamentais pela própria Constituição Federal, persistem discussões acerca da extensão e do conteúdo que eles podem assumir, ainda mais quando analisados os direitos sociais⁶⁴.

Ao buscar o ideal democrático e a preservação aos direitos fundamentais, verificou-se que a legitimação democrática do poder se deu pela implementação do princípio da soberania popular, segundo o qual se permitia a igual participação de todos os envolvidos na formação da vontade do Estado, buscando, dessa

⁶² Os Direitos Humanos e as Constituições Brasileiras. Disponível em: <http://www.geocities.ws/cp_adhemar/dh_005_fdhist_Constbrasil_cor.html>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46-47.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 47-47.

forma, a participação do povo na decisão pública, ou seja, a instauração de um processo de efetiva incorporação de todo o povo no controle das decisões.

Sobre o conceito de Constituição, no sentido de hierarquia, leciona Alexandre de Moraes que

Constituição, *latu sensu*, é o ato de construir, de estabelecer, de firmar, ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas, organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes a estruturação do Estado, a formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas⁶⁵.

Em um Estado Democrático de Direito, a lei deve buscar a alteração de situações concretas com vistas à igualdade, ou seja, a lei deve ter, sobretudo, a função de concretização dos valores socialmente estabelecidos nas constituições e a de implementar reais modificações.

Luis Roberto Barroso, sobre direito constitucional positivado, assim propõe:

O direito constitucional positivo é composto de conjunto de normas jurídicas em vigor que tem o status de normas constitucionais, isto é, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema. A conquista de normatividade foi capítulo decisivo na ascensão científica e institucional do direito constitucional⁶⁶.

A supremacia constitucional está ligada à ideia de afirmação da normatividade constitucional e, com isso, da efetiva vinculação dos poderes públicos às normas constitucionais.

Em relação à força jurídica da Constituição, Nagib Slaibi Filho assim entende:

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**, Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71

Assim, não basta que haja a Constituição como fato político, é necessário que a Constituição tenha força jurídica no sentido de impor as condutas da sociedade, do Estado e dos indivíduos, limitando o exercício do poder, dando certa forma de organização ao próprio poder e à sociedade. A Constituição é, assim, um conceito jurídico ao significar o conjunto de normas jurídicas, dotados da qualidade da supremacia, que impõe condutas a sociedade, ao Estado e ao indivíduo⁶⁷.

A lei é a melhor forma de garantia do indivíduo frente ao poder, pois este não poderá atuar à margem da lei, mas apenas dentro de seus limites, sendo que a lei também é o instrumento idôneo a garantir as liberdades individuais, pois é por meio dela que o povo converte-se na voz que pronuncia o direito.

Após longo período histórico de evolução na conquista dos direitos humanos, em certos momentos, se verifica que os mesmos não são respeitados minimamente, visto a enormidade de conflitos bélicos, em busca, supostamente, pela paz, bem como devido a fome no continente africano, a guerra e a intolerância religiosa na Ásia, a migração na Europa, a frágil democracia na América, o que comprova que direitos fundamentais, como a vida, não estão sendo respeitados.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar das dimensões da dignidade humana, leciona que

a dignidade humana no direito internacional encontra-se, sobretudo, no preâmbulo das Constituições, sendo que na Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, afirma-se o compromisso com os direitos fundamentais do homem, na dignidade e na personalidade humana⁶⁸.

Ao se enfrentar longas filas em hospitais, aguardando leitos para internações, se está infringindo direitos fundamentais encartados na Constituição Federal de 1988, visto ser desumana e degradante a longa espera, com risco de morte e com casos reais de morte de pacientes em filas de hospitais.

⁶⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 90.

Os direitos fundamentais são direitos que o homem obtém pelo fato de ter nascido, são inatos e possuem extensão universal. Sem os direitos fundamentais o ser humano não seria capaz de participar plenamente da vida, uma vez que se trata de um conjunto institucionalizado de direitos e garantias com o propósito de respeitar a dignidade dos homens sujeitos à proteção e domínio do Estado.

Por serem direitos da pessoa reconhecidos e positivados por determinado Estado, os direitos fundamentais adquirem sua plenitude quando assegurados em texto constitucional, ou seja, ao restringir e deixar de atender a população no tocante ao fornecimento de medicamentos ou ao atendimento emergencial em hospitais públicos se pratica por parte do Estado afronta aos direitos humanos consagrados na Constituição Federal de 1988, uma vez que a dignidade da pessoa humana está em risco, face à temeridade pela vida que ocorre, por ato praticado pelo ente público.

A discussão toma por base as conquistas históricas na proteção da vida humana e o desrespeito dos governos, no Brasil, em razão do descumprimento de metas, do desvio de verbas públicas e da precariedade da rede pública de saúde, conduzindo a população mais carente e necessitada ao caos social, visto que sem tratamento ou atendimento básico de urgência.

Evidente a ligação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, bem como a compreensão da saúde dentre esses, sendo a dignidade da pessoa humana elemento integrante e irrenunciável de sua natureza, e algo que se reconhece, respeita e protege.

Ao promover-se os direitos humanos e à medida que estes se fortalecem e se propagam por todas as nações, defendendo a todos os seres humanos, retirando-os da zona de vulnerabilidade e respeitando a dignidade da pessoa humana, estará se resolvendo um grande problema de saúde, visto que o custo financeiro do Estado será reduzido, pois a preservação custa menos do que o tratamento.

1.3 O princípio constitucional da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica, uma vez que o homem teria sido feito à imagem e semelhança de Deus, sendo que durante muito tempo, a relação do homem com os Deuses dominou as nações, atribuindo aos governantes a possibilidade de decidirem os destinos de seus comandados em nome do Deus, o qual somente era o destinatário das vontades divinas.

Atrocidades, barbáries, conflitos sangrentos, fome, miséria, doenças, bem como a incontáveis sacrifícios foram submetidos os povos que habitaram por séculos os continentes do planeta, mudando consideravelmente o destino de nações que eram submetidas aos desmandos do soberano que as comandava, sempre sob o manto da ligação com o Deus local e amparado por um aparato militar com centenas de milhares de soldados.

Ao se referir a ditadores cruéis, com personalidade à beira da loucura e comportamento desumano, se podem mencionar os líderes tirânicos do século XX, como Hitler, Mussolini ou Stalin, dentre outros⁶⁹.

No entanto, o mal e a loucura não são patrimônio apenas do século XX, uma vez que em todas as épocas e todos os lugares os povos tiveram seus representantes poderosos e ao mesmo tempo sanguinários.

Ressalta-se a gravidade dos atos cruéis dos ditadores e, dentre os mais cruéis cita-se Ranavalona I, que tomou o trono de Madagascar em 1828, depois de assassinar todos os descendentes de seu marido até se transformar na única herdeira, sendo que a sua primeira decisão foi romper com todos os tratados internacionais e expulsar os estrangeiros da ilha, mobilizando o exército para perseguir os cristãos, executando todos os que carregassem a Bíblia ou professassem em público, implantando técnicas inéditas de tortura⁷⁰.

⁶⁹ A Tirania no Século XX. Disponível em <<http://www.lepanto.com.br/historia/tiranos-do-seculo-xx/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁷⁰ A Tirania no Século XX.

A ilha ficou em tal estado de isolamento que seu filho Radama II chegou a pedir a Napoleão que a invadisse, porém Madagascar só voltou a se abrir ao mundo quando a rainha faleceu.

Na Rússia, Ivan IV, conhecido como “Ivan o Terrível”, após a morte de suas sete esposas, em 1560, transformou-se em um Czar extremamente autoritário e desequilibrado, tendo arregimentado uma terrível segurança pessoal e polícia estatal, com fins militares e repressivos, através dos quais executou membros do clero e das famílias feudais russas.

Ivan castigou com a pena de morte um príncipe acusado de participar de uma orgia homossexual e, anos mais tarde, atacou a cidade de Nóvgorod, torturando, decapitando e empalando milhares de habitantes⁷¹.

Vlad “o Empalador”, Príncipe de Valáquia entre 1456 e 1462, entrou para a história por sua obsessão pelo empalamento, técnicas de tortura e execuções ordenadas contra milhares de pessoas. Declarava-se inimigo do roubo, da mentira e do adultério e, quanto maior fosse o grau de traição, maior era o castigo⁷².

Leopoldo II, da Bélgica, foi responsável pela produção de borracha na colônia belga do Congo, tendo escravizado a população indígena. Para aumentar a produção, os soldados belgas cobravam, com base na quantidade de borracha coletada, sendo que os métodos de pressão sobre os trabalhadores se tornaram cada vez mais brutais. Durante os anos de Leopoldo, foram torturados e exterminados dez milhões de nativos do Congo⁷³.

Átila, o rei dos hunos, um guerreiro terrível, arrogante e volúvel, definido como “A vara da ira de Deus”, chegou a dominar da Europa Central ao Mar Negro e do rio Danúbio ao Mar Báltico, sendo inimigo declarado e temido pelo Império Romano, época em que se dizia que, por onde passasse o Rei, não crescia

⁷¹ A Tirania no Século XX. Disponível em <<http://www.lepanto.com.br/historia/tiranos-do-seculo-xx/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁷² Você sabe quem foram os tiranos mais sanguinários da história. Disponível em: <<https://seuhistory.com/noticias/saiba-quem-foram-os-tiranos-mais-sanguinarios-da-historia>>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁷³ A Tirania no Século XX.

grama, em referência ao pânico que causava a passagem devastadora de seu exército⁷⁴.

A civilização humana, desde os seus primórdios, até a atualidade, passou por inúmeras fases, cada uma delas com suas peculiaridades, com seus pontos negativos e positivos, de modo que as evoluções científicas, tecnológicas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas foram muitas vezes lentas e gradativas.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é um valor moral inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito e, tal constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito, estando elencado no rol dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.

A dignidade humana abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade em geral e, amolda-se à realidade e à modernidade da sociedade, estando em constante evolução, sendo que ganhou a sua formulação clássica através da obra de Immanuel Kant, na "Fundamentação da Metafísica dos Costumes" que defendeu que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio ou objeto⁷⁵.

A dignidade humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, mencionada em incontáveis tratados internacionais, em Constituições, leis e em decisões judiciais, sendo que o conceito de dignidade humana não é algo contemporâneo, sendo que em sentido filosófico e político, originário da antiguidade, a dignidade humana estava atrelada à posição social que ocupava o indivíduo, inclusive considerando o seu grau de reconhecimento por parte da comunidade na qual estava inserido.

Em determinado período da história antiga, a posição social do indivíduo era preponderante para determinar em que grau lhe era permitido agir com liberdade, sendo a condição econômica e política, fatores importantes no meio social em que se vivia, sem considerar e legitimar a atuação do Estado no sentido de proteção.

⁷⁴ Você sabe quem foram os tiranos mais sanguinários da história. Disponível em: <<https://seuhistory.com/noticias/saiba-quem-foram-os-tiranos-mais-sanguinarios-da-historia>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁷⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100-110.

Os primeiros passos de defesa da dignidade e dos direitos do ser humano encontram-se expressos no Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria e no Código de Manu, na Índia, sendo que na filosofia grega, o homem era considerado um animal político ou social e no período pós-Segunda Guerra Mundial o que prevalecia era um ambiente envolto sob a neblina da dignidade da pessoa humana, como sendo um valor indispensável para a instauração de um Estado de Direito Democrático e que fosse promissor⁷⁶.

A dignidade, como espécie de princípio fundamental, serviu de base para todos os demais princípios e normas constitucionais, inclusive as normas infraconstitucionais e, não há como se falar em desconsideração da dignidade da pessoa humana em nenhuma forma ou meio de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas, pois, se trata de um supraprincípio constitucional.

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 representou um papel ativo no que se refere a alguns direitos fundamentais, como a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Já a Constituição Federal de 1988 surgiu em um contexto histórico de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas, sendo que como princípio do Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana interessa não só pelo seu caráter principiológico, mas também pelo seu relacionamento com os direitos sociais previstos na Constituição, a qual apresenta como característica a clareza no que se refere à importância da dignidade humana, em consequência de todo o contexto histórico em que foi elaborada, uma vez que em um cenário de pós-ditadura e de abertura política.

Entretanto, na prática, o Estado não tem conseguido garantir esse mínimo constitucional que, aliado à ignorância ou desconhecimento por parte do povo quanto aos seus direitos ou à forma de exercê-los, tem-se como resultado a falta de aplicabilidade da vontade do legislador constituinte.

Flávia Piovesan, ao tratar da estrutura normativa do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos, aponta

⁷⁶ A dignidade da pessoa humana e o aspecto histórico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7427>. Acesso em: 21 maio 2017.

[...] sob um enfoque legalista, a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Nessa visão, assumindo a forma de declaração (e não tratado), vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos e fundamentais, consagrando um código a ser seguido por todos os Estados⁷⁷.

O descumprimento por parte do Estado do seu encargo constitucional pode ser visto no que tange à saúde, uma vez que pessoas enfermas são desrespeitadas todos os dias nos hospitais e postos de saúde do Brasil, sem atendimento de emergência, sem leitos, sem profissionais da saúde para atendê-las, bem como sem sequer ter previsão de que serão atendidas, situação que se mostra cada dia mais grave.

A Constituição aborda a dignidade da pessoa humana em seu duplo significado, ora como princípio fundamental, ora como princípio geral, sendo a dignidade um atributo humano sentido e criado pelo homem, por ele desenvolvido e estudado, existindo desde os primórdios da humanidade, mas só nos últimos dois séculos percebidos plenamente nas sociedades.

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo direito é resultado da evolução do pensamento humano, sendo o avanço que o direito constitucional apresenta atualmente resultado, em parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a ideia de democracia, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Ingo Wolfgang Sarlet, na obra que trata das dimensões da dignidade humana, leciona que

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 157.

a dignidade da pessoa humana como “reação” aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial é digna de nota, destacando-se a dimensão prospectiva da dignidade, apontando para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa humana⁷⁸.

Assim sendo, os princípios constitucionais foram transformados em fundamento normativo sob os quais se assenta todo o complexo jurídico do sistema constitucional, podendo se afirmar que adquiriram eficácia imediata.

Cabe citar o princípio da interpretação conforme a Constituição, em que a lei deve ser interpretada, sempre, vinculada aos preceitos da lei maior, ou seja, o princípio abarca não apenas os direitos individuais, como também os de natureza social, econômica e cultural, uma vez que no Estado Democrático de Direito a liberdade não é apenas negativa, entendida como ausência de sujeição, mas liberdade positiva, consistente na amputação de impedimentos sociais, econômicos e políticos, capaz de bloquear a plena realização do ser humano.

Ao tratar da terminologia, pode-se designar os direitos essenciais à pessoa humana, como “direitos humanos”, “direitos morais”, “direitos naturais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos dos povos”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais, sendo importante mencionar a influência das Revoluções Inglesa, Francesa e Americana no reconhecimento e na positivação dos direitos essenciais da pessoa humana⁷⁹.

Com o Iluminismo a teoria de que o homem é o centro de tudo migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo, sendo que ao longo do século XX, ele se torna objeto também político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade.

Após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão do surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 91

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. p. 91.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar da pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel, menciona que na jurisdição, todavia, como elemento último da sociedade civil, o homem vale expressamente como homem, isto é, também independentemente de seus invólucros sociais⁸⁰.

No âmbito constitucional pátrio, a dignidade humana foi elevada à condição de princípio, uma vez que apresenta a dimensão de peso ou importância, sendo que entre os princípios aplicáveis ao caso concreto, é eleito aquele que apresentar maior peso relativo aos demais em face da situação analisada.

Em caso de conflito entre regras, uma poderá ser excluída do ordenamento, ou, ainda, em casos mais ambíguos, aquela que apresentar maior poder descritivo e regulador prevalecerá. O critério de resolução, diferentemente da situação de colisão de princípios, não se dá por uma regra de superar a outra em virtude de seu maior peso, mas sim, por uma questão técnico-descritiva.

Portanto, regras são comandos definitivos, enquanto princípios são requisitos de otimização, ou seja, se a regra é válida e aplicável, requer seja feito o que se prevê em sua íntegra. Já princípios são normas que exigem que algo seja realizado em seu maior nível possível, em razão das condições do caso em estudo, contendo assim uma ideia de gradação.

Ruy Samuel Espindola, ao tratar de conceitos de princípios constitucionais, refere que

pode-se concluir que a ideia de princípio ou sua conceituação, seja qual for o campo de saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem ou subordinam. [...] Assim, na Ciência Jurídica, tem se usado o termo princípio, ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes⁸¹.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 50.

⁸¹ ESPINDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. p. 47, 1988.

A dignidade da pessoa humana passou a ser incluída em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos, sendo que, conceitualmente, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana, se tomada como fundamento do Estado Democrático de Direito, princípio fundamental no ordenamento pátrio, norte constitucional, mínimo de direitos que garantem uma existência digna, não pode ser relativizada por constituir valor absoluto, vez que, nessa hipótese, o indivíduo é protegido por ser colocado em contraposição à sociedade ou ao Poder Público, portanto, estando em situação de vulnerabilidade.

Alexandre Coutin Pagliarini, em sua obra “A Constituição Europeia como signo: Da superação dos dogmas do estado nacional”, ao referir-se ao “Direito Internacional Público dos Direitos Humanos” elucida:

A efetiva proteção internacional dos Direitos Humanos só teve início depois das barbáries cometidas durante as duas grandes guerras. Sobretudo após o momento da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. Isso pode se afirmar firmemente sob um prisma institucional, uma vez que antes da criação da ONU, só se verificam alguns poucos tratados que tinham como finalidade a proclamação e a garantia de Direitos Fundamentais no contexto jurídico dos países signatários⁸².

Assim, o limite da dignidade passa a ser direito do outro, não se podendo privilegiar um em detrimento de outro, com igual dignidade ou direito, sendo o princípio em si relativo no que tange às relações individuais entre particulares com

⁸² PAGLIARINI, Alexandre Coutin. **A Constituição Europeia como Signo: da superação dos Dogmas do Estado Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 35.

a aplicação do justo juízo de ponderação para mitigação ou relativização dos princípios envolvidos.

Por outro lado, o valor contido na dignidade da pessoa humana como fundamento da República é absoluto, inafastável, não podendo inclusive ser renunciado, porque consiste no respeito à integridade do homem e deve sempre predominar por constituir a essência e o fim maior do Estado Democrático de Direito.

Rodolfo Viana Pereira, ao tratar em sua obra “Direito Constitucional Democrático. Controle e participação como elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade”, menciona que:

a figura do Estado de Direito materializou, em sua origem a concepção mais elaborada de controle como artefato de limitação. Como solução inovadora ao problema de legitimidade da ordem e domínio na modernidade-isto é, da possibilidade de exercício da autoridade no seio de uma sociedade formada por homens livres- o Estado de Direito ancorou sua primeira justificação na capacidade de conter a manipulação da esfera pública através da normas jurídicas em prol da liberdade individual⁸³.

Assim, como a maioria das atuais Constituições Latino-Americanas, a Constituição Federal Brasileira de 1988 é fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar, surgindo em um contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade nas mais diferentes áreas.

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou expressamente ao seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e como uma ordem objetiva de valores, ou seja, como o reflexo dos anseios da sociedade em um determinado momento histórico.

Essa nova ordem permite que valores que se constroem ao longo da história da sociedade aos poucos se incorporem ao texto constitucional,

⁸³ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Controle e participação como elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 42.

preservando-o, sempre, de acordo com as necessidades sociais, políticas e jurídicas de seu tempo.

Desse entendimento em relação ao constitucionalismo contemporâneo, depreende-se a necessidade de se compreender a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, não só como uma consequência histórica e cultural, mas como valor que por si só agrega e se estende a todo e qualquer sistema constitucional, político e social e, portanto, o reconhecimento de que o ser humano passou a ser o centro de todo o ordenamento constitucional, devendo este trabalhar em prol do indivíduo e da coletividade e não o contrário.

Ao tratar sobre Direito Constitucional Contemporâneo, Luis Roberto Barroso se pronuncia, dizendo que

as constituições são elaboradas em quatro grandes cenários: criação ou emancipação de um Estado, reestruturação do Estado após uma guerra, na sequência de movimento revolucionário ou culminando algum processo de transição política negociada. Em todas essas situações verifica-se uma ruptura com a ordem jurídica anterior e a instituição de outra ordem jurídica, fundada em novos valores e em nova ideia de direito. A essência desses valores e desse direito da identidade a Constituição. Se eles não forem preservados, estar-se-á diante de uma nova Constituição e não de uma mudança constitucional⁸⁴.

A formulação principiológica da dignidade da pessoa humana, embora não lhe determine um conceito fixo, atribui-lhe a máxima relevância jurídica cuja pretensão é a de ter plena normatividade, uma vez que colocado, pelo Constituinte, em um patamar axiológico-normativo superior e, por isso, a importância desse princípio como valor fonte, não apenas do sistema constitucional brasileiro e latino-americano, mas como fonte da hermenêutica constitucional contemporânea.

Em relação à “função democrática: o poder democraticamente controlado”, Rodolfo Viana Pereira entende que

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42.

[...] as normas de controle têm como objetivo repor a normalidade constitucional, alterada através da promoção do ajustamento constitucional da situação irregular de poder, ou seja, segundo ações corretivas que supram irregularidades correlatas a desvios e omissões na condução de questões de interesse público constitucionalmente protegido, resgatando, assim, a normatividade jurídico-constitucional minada. A diferença essencial está em que, na dimensão fundante, as normas têm como finalidade inserir um corte normativo no seio dos sistemas político social, a fim de controlar o processo democrático de formação do poder, seja no que se refere às estruturas institucionais (poderes estatais, arenas públicas institucionalizadas) seja, no que tange aos procedimentos decisórios (processo eleitoral, processo legislativo, canais participativos, etc.) seja quanto às auto-vinculações materiais definidas pela própria comunidade política⁸⁵.

Neste prisma, a dignidade da pessoa humana é atribuída ao caráter jusnaturalista, uma vez que passa esta a ser vista como algo inerente a todo ser humano, em molde de característica física inata e ao ordenamento jurídico não cumpre determinar o seu conteúdo, as suas características ou permitir que se avalie essa dignidade.

Não há dúvida que a dignidade da pessoa humana coloca-se entre os “valores supremos” a que se refere o preâmbulo da Constituição, quando afirma que o Estado Democrático é instituído para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, sendo que todos esses valores integram a ideia de dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, por depender das garantias da igualdade, liberdade, bem-estar, segurança, justiça, constitui, sem dúvida, um valor supremo, um ideal a ser levado em consideração pelos três Poderes do Estado, no exercício de suas funções institucionais.

Alexandre de Moraes, ao tratar sobre o princípio da igualdade, assim se pronuncia:

⁸⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Controle e participação como elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 248.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente se protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito⁸⁶.

A dignidade da pessoa humana tem a natureza de princípio, no sentido de origem, causa, gênese do ordenamento jurídico de uma sociedade, uma vez que existe independentemente de existir o Estado e, não é criado pela Constituição ou pelas Declarações de Direitos, sendo apenas reconhecido ou declarado por esses instrumentos.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar das dimensões da dignidade humana, refere que:

o tema “dignidade da pessoa humana” padece, hoje em dia, de alguns paradoxos. Se se compreender como fundamento da dignidade da pessoa humana a subjetividade orientada pela razão, também o crescente controle da natureza e, assim, por derradeiro, também a auto-objetivação do homem como ser natural é, com isso, por si mesmo, o resultado. Mais do que isso: se quiser proteger o indivíduo, em sua autofinalidade, na condição de ser racional, busca-se a fundamentação para tanto numa propriedade que caracteriza a espécie como um estado de regularidade em cujo nome se procura tornar vinculantes certas representações humanas também ali onde o indivíduo atingido sequer vê a sua dignidade ameaçada⁸⁷.

As vantagens de uma vida em coletividade devem ser distribuídas equitativamente entre todos os membros, sendo que em qualquer reunião de homens enquanto a competitividade imperar sobre a cooperação, haverá sempre

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 42.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade da pessoa humana**: Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45.

uma tendência contínua e abusiva de concentração de privilégios a uma minoria, restando aos demais miséria e debilidade.

A partir do momento em que há um considerável desequilíbrio entre os elementos humanos que compõem uma coletividade, faz-se necessário trazer de volta, então, a segurança, a paz e a estabilidade sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar das dimensões da dignidade humana, destaca ainda que

Kant explicou que o homem deve um respeito incondicionado à lei. Ora, a lei por excelência é a de que toda pessoa jamais pode ser considerada um meio, mas um fim, Isso porque, para o filósofo o homem não deve respeitar somente a dignidade do outro, mas também a sua própria dignidade. Da dignidade da pessoa humana decorrem, pois, os deveres. Assim, mesmo que, quaisquer que sejam as circunstâncias, a dignidade fundamental do homem não possa ser atingida, é contrário à dignidade de um indivíduo atingir, por meio de atos, a dignidade de outra pessoa⁸⁸.

Atualmente, no que diz respeito aos princípios constitucionais, percebe-se o grande e fundamental valor que possui o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, tendo como base a igualdade de direitos entre todos os homens, a impossibilidade de degradação do ser humano e a garantia de um patamar existencial mínimo, que se coloca como dever do Estado à garantia de todos os direitos necessários ao alcance destas prerrogativas, para que de fato o ser humano tenha condições dignas de sobrevivência.

Sendo assim, diante da enorme posição ocupada por este princípio no ordenamento jurídico contemporâneo, faz-se extremamente necessária a compreensão dos fundamentos filosóficos do mesmo, das contribuições da filosofia no surgimento deste princípio e a interpretação jurídica consiste em processo silogístico de subsunção dos fatos à norma.

A lei é premissa maior, os fatos representam a premissa menor e a sentença é a conclusão, sendo que o papel do juiz consiste, portanto, em revelar

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 83.

a vontade da norma, desempenhando a atividade de conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do direito para o caso concreto.

A norma jurídica possui uma espécie de moldura estabelecida por seu texto, dentro do qual o aplicador do direito tem margem de livre apreciação, maior ou menor para preenchê-la, podendo optar pela aplicação que julgar mais adequada entre as várias possíveis.

Nesse modelo de Estado o papel desempenhado pelo Judiciário é fortalecido pela ampliação de sua competência para invalidar atos legislativos e interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição, sendo que o limite de discricionariedade na aplicação do Direito é ampliado com a utilização de técnicas de ponderação e argumentação.

Maiores exigências da postura judicial contemporânea foram aumentadas como consequências da crescente sofisticação da doutrina e da jurisprudência, principalmente decorrentes do processo contínuo de complexidade da sociedade atual, sendo que o objetivo dos processos de interpretação foi limitar a discricionariedade do intérprete, por meio da fixação de parâmetros destinados a reduzir o subjetivismo.

O processo de aplicação do direito deve utilizar dados da sociologia, da ciência política, da economia, além de outros saberes exigidos pelo âmbito normativo da prescrição a ser concretizada, sendo que os elementos de política constitucional fornecem valiosos pontos de vista materiais para a compreensão e implementação prática de normas constitucionais, com referência à ponderação das consequências e à consideração valorativa de conteúdos.

2 O DIREITO À SAÚDE

O caos em que se encontra a saúde pública no Brasil decorre, principalmente, da falha dos governos na aplicação das verbas previamente estipuladas nos planos estatais, visto que os desvios de verbas, em razão da corrupção, potencializaram a falta de dinheiro para o correto e adequado cumprimento de metas dos governos em relação à saúde pública.

Torna-se difícil saber se o plano orçamentário do Estado permite cumprir as metas de governo no tocante à saúde básica da população, visto que ao longo dos anos os desvios de verbas tem tornado cada vez maiores, diminuído consideravelmente o gasto público efetivamente aplicado na saúde.

A interpretação que o Poder Judiciário confere às causas que são levadas a seu conhecimento permite entender que a análise que faz em relação à saúde pública não leva em conta a questão econômica do Estado.

No presente capítulo busca-se fazer uma abordagem em relação à interpretação por parte do Poder Judiciário em relação às demandas de saúde pública.

2.1 A hermenêutica constitucional através do poder judiciário

Conforme abordado no capítulo anterior, no Brasil adotou-se o modelo tripartite, no qual os poderes são separados, independentes e harmônicos entres si, com vistas à proteção do próprio Estado e, em respeito à democracia e ao Estado Democrático de Direito.

Por tais razões, se tem os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, autônomos e harmônicos entre si, cada qual responsável pelo exercício de uma função típica do Estado.

Em período recente da nossa história, além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Poder Moderador que era aplicado, exclusivamente,

pelo Imperador, sendo o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época Imperial⁸⁹.

Nagib Slaibi Filho ao tratar do tema Estado Democrático de Direito, cita à obra de Luiz Ferandno Whitaker da Cunha referente, “Democracia e Cultura”, que alude à limitação do exercício do poder:

Decorre da evolução liberal-democrática, numa cadeia de acontecimentos perfeitamente ordenada, o Estado de Direito, definido por Kant como “a reunião de grande número de homens sob as leis jurídicas”, levando, principalmente, em conta a relação governo povo. Kant, aliás, contratualista influenciado, como Beccaria, por Russeou, mais moderado, entretanto, do que ele, e que via na tutela do direito o fim do Estado, está nas bases da democracia ocidental⁹⁰.

Por tais razões, coube ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade e da legalidade das leis e dos atos administrativos, exercendo função importante e relevante para a sociedade, não implicando, por tais, funções nenhuma superioridade frente aos demais Poderes do Estado.

Os Poderes devem atuar em estrita observância às normas e limites constitucionais, cumprindo as atribuições que lhes foram conferidas pelo Poder Constituinte de origem, sendo que o papel moderador do Poder Judiciáriosó deve ser exercido diante de eventual excesso ou abuso por parte dos outros Poderes, seja pela ação ou pela omissão, sendo desejável que cada Poder funcione adequadamente e cumpra suas funções e atribuições constitucionais, sem que haja a interferência, ainda que legítima, dos demais Poderes.

Nilo Marcelo de Almeida Camargo ao tratar da forma Federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós Constituição de 1988 leciona que:

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 362-364.

⁹⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 125.

interpretação constitucional é, pois, concretização. Na solução de problemas concretos que lhe são postos, o interprete deve, conjugando princípios, regras e valores, procurar obter a resposta mais adequada à solução do litígio posto. Com efeito, resposta mais adequada, não a unilateralmente correta, tampouco a certa ou verdadeira⁹¹.

A Constituição Federal foi promulgada há quase 30 anos e até hoje várias matérias importantes e relevantes para a sociedade brasileira não foram devidamente implementadas pelo Poder Executivo ou, se foram, não estão adequadamente sendo cumpridas, sendo que, nesses casos, a omissão do Poder Executivo foge da razoabilidade e enseja a atuação do Poder Judiciário para que direitos constitucionais e fundamentais dos cidadãos sejam assegurados.

Nessas hipóteses, a atuação do Poder Judiciário se justifica para evitar ou amenizar os efeitos da omissão do Poder Executivo, que não vem observando as Normas Constitucionais, nem cumprindo as atribuições conferidas pelo Poder Constituinte. E para cumprir essa missão constitucional, não se pode omitir nem sofrer censura ou interferências dos demais Poderes.

Luis Roberto Barroso, ao tratar da efetividade da Constituição, elucida que

a efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. [...], é preciso que haja, da parte do constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis⁹².

Para exercer seu papel constitucional de forma satisfatória, o Poder Judiciário precisa ter magistrados independentes, isentos, capacitados, eticamente comprometidos, bem remunerados e inamovíveis, ou seja, necessita de autonomia e independência em todos os sentidos.

⁹¹ CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma Federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2005. p. 97.

⁹² BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 244.

A independência precisa ser real e ampla, tanto no que diz respeito ao funcionamento dos órgãos e instituições, quanto à atuação dos magistrados na atividade jurisdicional. Entretanto, o Poder Judiciário depende da colaboração e respaldo dos outros Poderes para atender suas necessidades básicas, já que estes comandam e controlam o ciclo financeiro, orçamentário, bem como a atividade legislativa.

Nesse contexto, a colaboração entre os Poderes constituídos não pode sucumbir frente a outros interesses ou questões alheias aos fins do Estado, sendo que em primeiro plano deve estar sempre a Constituição Federal, que deve ser fielmente observada e cumprida por todos os Poderes, notadamente no que diz respeito à independência de cada um deles.

O exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais, por caracterizar atividade típica do Poder Judiciário, não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes. Em face dessa posição singular, a interpretação da Constituição deve levar em conta específicas regras hermenêuticas, sem se desvincular dos métodos e critérios tradicionais.

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito, detectando a especificidade da interpretação constitucional, alertam:

Vê-se, para logo, que o nosso intento doutrinário é distinguir, sem separar. Isto é, sem negar que os modelos jurídicos sejam umbilicalmente unidos, formando um todo compacto e indissociável, pensamos que os de índole constitucional agregam, aos caracteres básicos de todo o conjunto, traços complementares que lhes são privativos. Daí justificam e até mesmo exigem, por merecimento intrínseco ou virtude própria, o recorte de moldes interpretativos ajustados à respectiva silhueta. Melhor falando, justificam a formulação de uma técnica especial de manejo dos já conhecidos métodos de interpretação jurídica, principalmente o histórico, o lógico-sistemático e o teleológico⁹³.

No sistema jurídico pátrio, em que predomina o texto legal como principal fonte de Direito, a interpretação literal assume importância que vai se esvaindo com a maior conscientização jurídica da sociedade, ao perceber, de um lado, que

⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 11-12.

o legislador humano, diversamente do divino, também traduz no texto legal os interesses parciais que pretende proteger, e que é impossível ao legislador prever toda a multidão de casos que acontecem no mundo fático.

Pode-se dizer que a crescente demanda de ações judiciais decorre em razão dos mais variados tipos de conflitos sociais, os quais buscam, em tese, a resolução por parte do Poder Judiciário, o qual seria o credenciado a solucionar as crises, uma vez que o Estado, na sua função de administrador, não teria competência para solucioná-las.

No caso específico da saúde, em sendo direito social, é direito fundamental de segunda dimensão, podendo ser classificada, como sendo um direito de prestação, no que diz respeito ao dever do Estado em desenvolver políticas públicas que visem a sua efetivação, impedindo que o Poder Público pratique qualquer ato atentatório à dignidade e à saúde dos demais indivíduos. Ingo Wolfgang Sarlet esclarece a respeito:

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar; fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde⁹⁴.

Na legislação processual civil e na lei de introdução às normas do processo civil se extrai que a principal fonte do direito em nosso sistema jurídico é a lei, e somente no caso de omissão, pode o juiz decidir a causa, lançando mão da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Paulo Bonavides, ao lançar a crítica aos métodos positivistas, escreve que

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

a Constituição para o positivismo jurídico é tão somente sistema formal de leis constitucionais, sendo a norma, um ato de vontade do estado expresso em forma de lei. A ciência do direito nada tem que ver nessa concepção com os fatos históricos e sociais contemporâneos. Se o direito não os nega, lhes é, contudo indiferente⁹⁵.

A corrente jusfilosófica do positivismo jurídico acentua a importância do texto legal e, conseqüentemente, da interpretação literal, assim, na linha do racionalismo filosófico que embasou o espírito das leis, afirmando que os juízes nada mais são do que quem pronuncia os ditames da lei, reduzindo-os ao mero papel de declaração do direito previamente explicitado pelo legislador.

Enquanto a interpretação literal focaliza determinado dispositivo, a interpretação sistemática busca o sentido da norma através da apreensão do significado linguístico de diversos dispositivos sobre a mesma matéria, estejam ou não no mesmo diploma legislativo.

Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Hennig Leal, ao tratarem sobre a judicialização da política pública e ativismo judicial, lecionam sobre a crítica do ativismo judicial em relação à interpretação de determinados casos levados ao Supremo Tribunal Federal, destacando que

o que se costuma olvidar em meio a um turbilhão de críticas e acusações, é que nada disso é criação ou invenção do Judiciário. Há um ordenamento jurídico, uma Constituição, que estabelece deveres ao Estado e, além disso, prevê instrumentos para exigí-los⁹⁶.

As constituições modernas, tratando das mais diversas matérias e que não se resumem ao simples objeto de declarar os direitos individuais e organizar os Poderes do Estado, são redigidas de forma principiológica, vinculando as regras ou os preceitos aos princípios fundamentais ou estruturais, gerais ou especiais.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 501.

⁹⁶ GERVASONI, Tássia Aparecida; HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 68.

A inteligência da Constituição não abstrai do quadro cultural nem pode se dar pela perspectiva estreita de dispositivos isolados, insuficientes por si só, para indicar o comando legislativo que, ressalte-se, não decorre tão somente do significado linguístico ou da expressão literal da lei, mas de todo o conjunto normativo, no qual prepondera a vontade do constituinte originário.

Ao tratar sobre a eficácia dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, aponta que

conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. A previsão desta norma no título dos direitos fundamentais, atribui-se a influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte, destacando-se, nesse contexto, o art. 18/1 da Constituição Portuguesa, o art. 332 da Constituição do Uruguai e o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental da Alemanha⁹⁷.

Já a interpretação axiológica funda-se na apreensão dos valores tutelados pela norma jurídica, nos princípios postos pelas normas constitucionais, de modo a fazer prevalecer, em cada caso, o valor de patamar superior.

Tassia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Hennig Leal, por sua vez, ao tratarem sobre a judicialização da política pública e ativismo judicial, assim se pronunciam:

Não é o Judiciário que escolhe os conflitos que tem que resolver, mas o Judiciário é provocado, é obrigado a responder aos conflitos que a ele são levados. Eis um fator interessante: uma vez provocado, o Judiciário não pode se furtar a decidir, até mesmo em virtude da garantia constitucional de acesso ao Judiciário⁹⁸.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 269.

⁹⁸ GERVASONI, Tassia Aparecida, HENNIG LEAL, Mônia Clarissa, **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 49.

Nesse relevante papel, o Poder Judiciário cumpre a sua função de interpretar os casos concretos levados ao seu conhecimento, sendo que, ao fazer isso, não deixa de lado conceitos e influências sociais do momento político que se vive, uma vez que reflexo da própria sociedade.

2.2 A saúde pública no Brasil

A saúde pública se insere no âmbito constitucional, no campo dos direitos fundamentais com aspecto visando ao campo social, tendo a constitucionalização do direito à saúde, permitindo a ampliação formal e material de sua força normativa, com vistas à sua concretização, através de prestações públicas, em face da imperatividade do comando constitucional inscrito na Constituição Federal, impondo ao Estado o dever jurídico de cumprir o conteúdo prestacional da saúde pública.

Em meio à industrialização do século XIX ficou condicionada ao Estado a obrigação de assumir a responsabilidade pela saúde da população, uma vez que a falta de planejamento e de saneamento nas vilas propiciou a proliferação de doenças⁹⁹.

Com o desenvolvimento da anatomia patológica durante a modernidade, após o retrocesso ocorrido na Idade Média, onde a saúde, sob forte influência da Igreja Católica, passou a ser vista, novamente, como uma graça divina e a doença como a purificação de algum pecado, uma nova concepção de saúde entra em cena, qual seja: a da ausência de doença. De fato, a partir da prática de dissecação de cadáveres passa-se a compreender que a doença está no corpo e não fora dele, como até então ocorria, de modo que, ao transformar a doença em patologia, a saúde passa a ser entendida como seu oposto lógico, ou seja, a ausência de doença¹⁰⁰.

⁹⁹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à Saúde**: uma perspectiva constitucionalista. Passo Fundo: UFP, 2003. p. 120.

¹⁰⁰ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32.

O Estado tem o dever de prestar assistência efetiva aos cidadãos no campo da saúde, por imposição constitucional, sendo que abster-se de cumprir esse compromisso leva à conclusão de que no Brasil, nos dias atuais, ocorre grave ofensa à dignidade da pessoa humana, que é praticada diariamente pelos governantes, os quais descumprem sistematicamente as metas e programas previstos na área da saúde pública.

A respeito da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet explica:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas¹⁰¹.

A existência, no campo da saúde de um direito social originário a prestações ou encargos por parte do Estado significa dizer que é reconhecido, de forma incontestada, o dever do Estado na criação de pressupostos materiais indispensáveis ao efetivo exercício do direito à saúde e à possibilidade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações que o concretizem, visto se tratar de direito fundamental ligado à vida.

Diariamente se vê, através da televisão, nos sites de notícias e mídias de informação, que pessoas deixam de ser atendidas em hospitais públicos, aguardam por cirurgias de urgência, mesmo estando em situação grave de saúde, com risco de vida, sendo que em muitos casos as pessoas acabam morrendo nas filas antes de serem atendidas, ou seja, a situação que vivemos nos dias atuais violou o direito fundamental à vida, pondo em risco o bem maior que possuímos.

A efetividade do direito à saúde passa pela análise de sua natureza e eficácia, que indubitavelmente é de matiz fundamental, sendo condição indissociável tanto do direito à vida, quanto da dignidade da pessoa humana, não se podendo pensar em deixar sem amparo o cidadão que mais necessita, ou seja,

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 62.

as classes mais pobres financeiramente, as quais não possuem alternativas, a não ser o sistema público de saúde.

O respeito à dignidade da pessoa humana é elemento essencial do Estado Democrático de Direito, uma vez que o gestor, o legislador e o julgador não podem, a pretexto de respeitar a autonomia e independência dos poderes, admitir situação que seja ofensiva a tal núcleo estruturante do próprio Estado Brasileiro.

Ingo Wolfgang Sarlet faz uma análise apenas parcial das dimensões que envolvem a saúde dizendo:

Tem-se por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁰².

Analisando a urgência que os fatos requerem, como no caso de pessoas aguardando em filas de hospitais para atendimento, colocadas em macas e corredores, por dias, enquanto não são atendidas, há uma mudança de paradigma com relação à função dos direitos fundamentais vinculados às prestações estatais, uma vez que não se trata mais de uma mera recomendação do legislador constituinte ao gestor público e ao legislador infraconstitucional, existindo uma verdadeira imposição constitucional legitimadora de ações estatais, para que busque a efetivação de tais direitos.

O direito à saúde remete à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conferindo à norma constitucional o caráter de dirigente da atuação estatal, criando, para o poder público, o dever permanente de concretização das condições mínimas de sua estruturação, sob pena de se anular o dispositivo da

¹⁰² SARLET, Ingo W. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: uma compreensão jurídicoconstitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo W.; LEITE, Geroge Salomão (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 38.

Constituição Federal, tornando letra morta o texto constitucional, visto que a saúde precisa ser implementada através de iniciativas concretas do próprio Estado.

O direito à saúde confere aos seus titulares a faculdade de ver seus interesses juridicamente protegidos, pois é fruto da adequação da realidade social para com as metas estipuladas constitucionalmente, levando em consideração a preocupação social, ou seja, não se trata de uma série de normas jurídicas desprovidas de eficácia, mas de uma proposta que deve estar familiarizada com os demais preceitos constitucionais, conforme leciona Germano Schwartz¹⁰³.

Para Pilau Sobrinho, a saúde é um direito individual-coletivo da pessoa humana, mas para isso é necessário um modelo de promoção e prevenção que englobe avanços da engenharia genética, dando condições de igualdade às pessoas, no intuito de elevar sua expectativa e qualidade de vida¹⁰⁴.

A partir da sua posição no texto constitucional, o direito à saúde exige do Estado prestações positivas, que devem ser materializadas em políticas públicas, as quais efetivamente permitem atendimento básico à população, visto que a maior parte da população não possui plano de saúde, necessitando do atendimento na rede pública de saúde.

A Constituição Federal de 1988 fez incontroversa opção pelo Estado Social, com valores e princípios que obrigam o gestor público no sentido de tornar efetivos os direitos de liberdade, segurança jurídica e saúde, proclamados pelo modelo implantado do Estado Liberal, ou seja, efetivamente existe uma obrigação do Estado a ser cumprida.

Coube ao Estado Social distribuir bens jurídicos dotados de conteúdo material que impliquem na efetiva possibilidade de condições dignas de existência da população, tratando-se de tarefa típica do Estado Social, que fez opção pela redução das desigualdades sociais, devendo programar políticas públicas que agreguem medidas e que confirmem atendimento adequado no que diz respeito aos aspectos essenciais da vida dos cidadãos.

¹⁰³ SCHWARTZ, Germano Doederlein. **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: Edição Universidade de Passo Fundo, 2003. p. 48-56.

¹⁰⁴ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à Saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UFP, 2003. p. 128.

Para atender aos mandamentos constitucionais, o Estado deve organizar as funções públicas governamentais, as políticas públicas, objetivando a promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos, sendo que referidas políticas devem objetivar ações preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade da saúde, definindo objetivos e estratégias de atuação e de distribuição dos recursos necessários para atingir as metas estabelecidas.

Para Sarlet, a Carta Magna de 1988 não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria¹⁰⁵.

Saúde é uma das principais preocupações do brasileiro e também um dos maiores desafios dos governantes, visto que o gasto público com saúde é sempre motivo de reclamação e choro dos administradores públicos, tendo em vista a alegação de elevadas despesas e a possibilidade de baixa destinação de recursos, em face de ausência de verbas para referido fim público.

Pilau Sobrinho entende que o direito à saúde pode ser compreendido de diferentes ópticas. Tudo depende da titularidade e da divisibilidade do bem tutelado. Para ele, não há como questionar a existência de um direito individual à saúde, enquanto um direito restrito a incolumidade ou segurança individual, porém a tendência da contemporaneidade deve centrar-se na dimensão de proteção dos direitos metaindividuais da sociedade¹⁰⁶.

O sistema de saúde pública que tem a pretensão de atender a todos os brasileiros, sem distinção, apresenta falhas em seus principais programas, tendo como exemplo a saúde da família, que tem o objetivo de atuar na prevenção de doenças, alterando um modelo de saúde centrado nos hospitais, sendo que, em 20 anos, no entanto, nenhum Estado alcançou cobertura completa, tendo apenas dois Estados atingido os 90% de cobertura (Piauí e Paraíba).

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, p. 2, 2002, Acesso em: 17/1/2017.

¹⁰⁶ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à Saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UFP, 2003. p. 100.

Na outra ponta da tabela, sete Estados têm atendimento abaixo da metade (Amazonas, Rio de Janeiro, Paraná, Roraima, Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal), com 20%, sendo que a consequência dessa e de outras falhas são hospitais lotados com longas filas na espera de atendimento¹⁰⁷.

Informações obtidas no site Tribunal de Contas da União¹⁰⁸ (TCU) indicam que 64% dos hospitais estão sempre com superlotação, sendo que apenas 6% nunca estão cheios, somado ao fato de que existe outro problema de âmbito nacional, que é a mão de obra, uma vez que não só faltam médicos no interior, mas também estrutura para o atendimento e oportunidades para a capacitação dos profissionais.

O financiamento do SUS é outro problema existente a ser resolvido, tendo em vista que o Brasil é um dos países que menos investe em saúde, menos de 490 dólares por habitante, em 2017, muito abaixo das reais necessidades da população, tendo como parâmetros países como o Canadá ou a Inglaterra, que investiram, respectivamente, mais de quatro mil dólares e mais de três mil dólares por habitante no mesmo período do ano. Entre os países da América do Sul, a Argentina investe quase 700 dólares por pessoa e o Chile, quase 550 dólares¹⁰⁹.

Em 2000, a Emenda Constitucional nº 29 determinou que os municípios deveriam investir em saúde pelo menos 15% do que arrecadam, e os Estados, 12%. Já o governo federal deveria investir, pelo menos, o mesmo valor do ano anterior reajustado pela inflação, entretanto, somente os limites mínimos são investidos, sem que metas mais animadoras sejam realizadas pelos entes públicos¹¹⁰.

Pode-se entender como saúde pública um conjunto de discursos, práticas e saberes que objetivam o melhor estado de saúde possível das populações, isto é, se refere à saúde da coletividade, sendo que os conceitos hoje em dia aplicados são distintos, uma vez que o alvo e o campo de práticas da saúde pública

¹⁰⁷ JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 6 out. 2017.

¹⁰⁸ JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

¹⁰⁹ JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

¹¹⁰ JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

dependem de diversos fatores, tais como, a concepção do papel de Estado nos campos econômico e social e a concepção das responsabilidades individual e coletiva sobre a saúde e sobre os fatores intervenientes no processo saúde.

É importante destacar que o processo saúde de uma coletividade é decorrente de diversos aspectos sociais, políticos, econômicos, ambientais e biológicos, sendo que determinantes sociais como a urbanização e a industrialização crescente, bem como as condições de moradia, de saneamento básico, de nutrição e de alimentação, de escolarização, de recreação e lazer, de acesso aos serviços de saúde de trabalho, de emprego e de renda são pontos importantes na qualidade de vida e saúde do brasileiro.

O direito à saúde se encontra garantido nas constituições de muitos países, mas ainda está longe de se tornar uma realidade para as populações da maioria dos países da América Latina, sendo que a maior dificuldade no acesso e a ineficácia dos serviços prestados na atuação primária têm contribuído cada vez mais para a superlotação dos hospitais públicos, onde milhares de brasileiros padecem nas filas, mendigando por uma simples consulta, um exame diagnóstico ou uma cirurgia de urgência.

Fruto de um longo e gradual processo de incorporação da saúde como um direito de cidadania, o SUS nasce como o maior sistema de saúde pública do mundo, que tem como suas principais inflexões, em relação ao sistema anterior,

O deslocamento em direção a uma forma universal e igualitária de organização da proteção; o adensamento do caráter redistributivo; a ampliação e a extensão dos direitos sociais; universalização do acesso e expansão da cobertura; o maior comprometimento do Estado e da sociedade no financiamento de todo o sistema; a noção de seguridade social como forma abrangente de proteção¹¹¹.

A Organização Mundial da Saúde criou a Comissão sobre os Determinantes Sociais da Saúde, integrada por pesquisadores da área e membros da sociedade civil, objetivando o aprofundamento acerca dos meios de

¹¹¹ IBAÑEZ, Nelson; ALBUQUERQUE, Mariana Vercesi. O Sistema Único de Saúde – estrutura e organização. In: ROCHA, Juan Stuardo Yazlle. **Manual de Saúde Pública e Saúde Coletiva no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, p. 128.

combate às desigualdades no âmbito da saúde. Ficou definido, pela referida Comissão, que os determinantes sociais da saúde são as condições sociais em que as pessoas vivem e trabalham, tendo influência sobre a saúde da população e, portanto, contribuindo para as desigualdades¹¹².

A busca pela saúde é uma constante na história da humanidade que, desde os mais remotos tempos, dedica-se a encontrar curas para as doenças, sendo que a construção e evolução do conceito de saúde acompanha a trajetória de evolução dos homens e da sociedade, refletindo as conjunturas sociais, políticas, locais, filosóficas, culturais e religiosas de cada época.

Nas primeiras civilizações, onde o objetivo maior dos povos era a sua própria sobrevivência, as doenças eram vistas como causas externas ao corpo, resultado de forças alheias ao organismo que neste se introduzem por causa do pecado ou de maldição.

Alguns grupos da população são mais vulneráveis que outros, sendo que parte das enfermidades está relacionada à faixa etária e às diferenças ocasionadas pelas doenças específicas de cada sexo, ficando evidenciadas as desigualdades decorrentes das condições sociais em que as pessoas vivem e trabalham.

Os determinantes sociais da saúde incluem as condições gerais de uma sociedade, notadamente aquelas que envolvem fatores socioeconômicos, culturais e ambientais, e se relacionam com as condições de vida e trabalho de seus membros, como habitação, saneamento, ambiente de trabalho, serviços de saúde e educação, incluindo também as redes sociais e comunitárias.

O conceito de direitos humanos abriga a ideia de que toda pessoa deve usufruir de seus direitos sem distinção de raça, cor, sexo, gênero, orientação sexual, classe, idioma, religião, opiniões políticas, nacionalidade ou marcadores sociais.

Referidos direitos são garantidos legalmente no direito internacional através de tratados e outras fontes de lei, protegendo indivíduos e grupos contra ações que interfiram nas liberdades fundamentais e na dignidade humana. Os direitos humanos são, portanto, valores fundamentais de todo e qualquer sistema

¹¹² ROCHA, Juan Stuardo Yazlle; LAPREGA, Milton Roberto. Os determinantes sociais da saúde. **Manual de saúde pública e saúde coletiva no Brasil**, São Paulo: Atheneu, 2013. p. 31.

jurídico, pelo menos em um Estado Democrático de Direito, sendo a dignidade da pessoa humana um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Para Schwartz, mesmo que o direito à saúde necessite dos meios materiais necessários para sua efetivação, o Poder Público tem responsabilidade na área da saúde, e nenhum dos entes federados componentes da República Brasileira pode eximir-se de tal obrigação¹¹³.

As políticas e programas de saúde têm a capacidade de promover ou violar os direitos humanos, incluindo o direito à saúde, dependendo da forma como são concebidos ou executados.

A omissão das políticas de Saúde Pública em relação às populações mais pobres caracteriza também uma violação dos direitos humanos, na medida em que todos deveriam ter igual acesso à saúde.

O STF tem grandes julgados tratando do direito à saúde. Em célebre julgamento no STF, o Ministro Celso de Mello, ao julgar caso de paciente com HIV que dependia de medicamentos do SUS assegurou que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida¹¹⁴.

O Min. do STF Ayres Britto ao julgar a Ação Cautelar 2.83623, afirmou que “a saúde é constitucionalmente qualificada como direito fundamental de dupla face (direito social e individual indisponível)”. O Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento do RE 724293, ressaltou a decisão do Tribunal de origem que garantiu “com efeito, o direito à saúde é direito fundamental do ser humano, corolário do direito à vida”¹¹⁵.

Em julgamento recente o Ministro Lewandowski afirmou que o julgador, ao ser confrontado entre proteger o direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, entende que por razões de ordem

¹¹³ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 160.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 271286**. RS, Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 11/9/2000, Segunda Turma. Acesso em: 20/2/2017.

¹¹⁵ _____. _____. **Ação Cautelar 2.836**. SP, Relator: Ayres Britto. Data de Julgamento: 27/03/2012, Segunda Turma. Acesso em: 20/2/2017.

ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas¹¹⁶.

As violações ou a falta de atenção aos direitos humanos podem ter sérias consequências para a saúde, sendo que a discriminação visível ou implícita na prestação de serviços de saúde viola os direitos humanos fundamentais.

A criação das Nações Unidas acabou por fornecer um fórum ideal para o desenvolvimento e adoção de tais instrumentos, sendo que, posteriormente, muitos Estados passaram a adotá-los em suas constituições e outros documentos, protegendo assim, formalmente, os direitos humanos básicos.

Portanto, encontra-se consagrado no texto constitucional, o “direito à saúde”, como direito-dever do Estado, em prestar uma saúde digna e eficaz à população, prestação que, acima de tudo, atinge seu escopo de atender com dignidade a todos, fazendo prevalecer aquilo que há tempos o Legislador Constituinte já definiu como “obrigação do Estado e direito da sociedade”, elevando a nível constitucional tal previsão, fazendo com isso que tal direito esteja dentre aqueles constitucionalmente consagrados, e que gozam da mais alta proteção jurídica.

Por tais razões, considerando eventuais falhas no desempenho público no campo da saúde, se torna imprescindível a atuação judicial para a manutenção do direito à saúde, sendo certo que é o particular que recorre ao Poder Judiciário, para que sua situação concreta seja apreciada e resolvida. Neste ponto, ocorre a judicialização da política pública, cabendo então ao magistrado apreciar as circunstâncias do caso concreto, dando a este solução consentânea com os comandos constitucionais e legais.

Em virtude dos fatos mencionados, o Direito Fundamental à Saúde se apresenta como um dever fundamental do Estado, fundamentado na irrenunciabilidade da dignidade da pessoa humana de maneira que ao pleitear esses direitos a realização da dignidade é um argumento fortíssimo que representa um grande peso nas decisões.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 706931**. RN, Relator: Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 15/5/2013. Acesso em: 30/5/2017.0

2.3 A administração das verbas públicas pelo Estado

As políticas públicas são as metas e os instrumentos de ação que o poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger, compreendendo não só a definição das metas, das diretrizes, das prioridades, como também a escolha dos meios de atuação.

A Constituição Federal de 1988 teve como grande marco, ser a primeira dentro do ordenamento jurídico brasileiro a destinar um capítulo aos Princípios Fundamentais, além de também ser a primeira a elevar a Dignidade da Pessoa Humana como um Princípio Fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como já visto, impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam impedindo as pessoas de viverem com dignidade.

Miguel Carbonell, ao tratar sobre neoconstitucionalismo, leciona que:

identificare dos aspectos y dos ordenes de factores de la crisis, que afectan uno al Estado legislativo de Derecho Y outro al Estado constitucional de Derecho: em uma palavra, al Estado de Derecho tanto em sentido débil como fuerte. Em ambos aspectos, la crisis se manifiesta em otras tantas formas de regresion a um Derecho jurisprudencial de tipo pré-moderno: por um lado, es colapso de capacidade reguladora de la ley e el retorno al papel creativo de la jurisdiccion; por outro, la perdida de la unidad y coherencia da las fuentes y la convivencia y superposicion de diversos ordenamentos concurrentes¹¹⁷.

O dever de proteção imposto, principalmente ao poder público, abrange, inclusive, a proteção da pessoa contra si mesma, de forma que o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade, situação esta permitida pela condição de ser irrenunciável a dignidade da pessoa.

¹¹⁷ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 20.

Constata-se que o princípio serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas e, portanto também contra o uso excessivo dos direitos.

Flávia Piovesan, ao tratar sobre Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, menciona que:

[...] cabe considerar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando entre as Constituições mais avançadas no mundo no que diz respeito à matéria. Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]¹¹⁸.

No campo específico da saúde, para financiar as iniciativas na área, a Constituição Federal determina que o orçamento da seguridade social deva destinar recursos especificamente a esta área, com base em receita estimada, de acordo com proposta elaborada pelo SUS e conforme metas e prioridades estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

André Ramos Tavares, ao tratar sobre direito constitucional econômico, apresenta uma alternativa para o Estado na questão da saúde pública no Brasil, dizendo:

[...] não há qualquer proibição a maneira de como o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento da saúde; se é certo e necessário que apresente um sistema público único de saúde, este não impede que receba ajuda de terceiros, do setor privado, em típica parceria. Nesse ponto, a constituição de 1988 é “aberta”. Assume, portanto, uma postura permissiva¹¹⁹.

¹¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

¹¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 324.

O orçamento público destinado à saúde deve refletir a projeção das despesas previstas na lei e planos orçamentários, plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual, pela qual se espera que o gestor realize um planejamento adequado para efetivar os gastos públicos, mesmo porque tal comportamento está previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

A deficiência da implantação e extensão de adequados serviços de saúde no Brasil vincula-se, exatamente, ao mau planejamento orçamentário, de todo insuficiente para fazer frente à demanda sempre crescente, sendo que o orçamento público da União é, seguramente, o principal instrumento de curto prazo para a implementação das políticas públicas requeridas pela sociedade no âmbito federal.

Ao Estado cabe planejar e orçar corretamente os recursos necessários para uma adequada prestação do serviço de saúde pública, cabendo-lhe como gestor prevenir e garantir ao cidadão o fornecimento da medicação, do tratamento ou da internação, sem que tenha que fazer uso de uma ação judicial para materializar o direito que possui, conforme previsão constitucional.

A fixação de despesas no orçamento público deve estar embasada em um levantamento criterioso dos gastos fixos relativos à manutenção das atividades do Estado, dos projetos que dizem respeito aos investimentos no crescimento do aparato estatal e das despesas obrigatórias.

A saúde deve ser vista como um bem público, sendo que os benefícios de um bem público auferidos por uma pessoa dependem da quantidade deste proveito existente na sociedade, ou seja, quanto mais houver desse bem para essa pessoa, mais também deverá haver para as demais.

Os recursos do Sistema Único de Saúde atualmente financiam uma camada da população que poderia prescindir do suporte público, e ao mesmo tempo deixam sem acesso uma parte expressiva da população mais pobre do país, que ainda vive em regiões com falta de infraestrutura de saúde.

Em outras palavras, o sistema de saúde no Brasil atende de maneira desproporcional às necessidades daqueles que podem financiar parcial ou totalmente suas necessidades de saúde, através de canais privilegiados do SUS ou de processos de judicialização, e nega o direito dos mais pobres em ter uma

cobertura básica que lhes permita garantir assistência em condições de dignidade.

As redes regionais de saúde deveriam harmonizar o financiamento do SUS e dos planos de saúde privados, integrando os serviços através da demanda, onde aqueles com capacidade de financiamento manteriam seus planos enquanto que aqueles sem capacidade de financiamento receberiam subsídios integrais ou parciais para ter acesso aos mesmos serviços, através de estratégias subsidiadas que lhes garantam os mesmos direitos nas mesmas unidades assistenciais.

Fernando Laélio Coelho afirma que na atual conjuntura política, social e econômica do país, a “alegada” escassez de recursos deve ser resolvida pelo Poder Judiciário que diante do caso concreto utilizará a regra da proporcionalidade para estabelecer critérios na resolução do conflito existente entre os princípios que norteiam a reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais, uma vez que a questão de escassez de recursos, mesmo que natural, é possível de ser sanada, e o Estado teria, sim, condições de arcar com as prestações de direitos sociais¹²⁰.

E exatamente com a intenção de afastar qualquer possibilidade de os entes públicos constituírem sistemas autônomos, ou subsistemas de saúde, é que consta a formação de um sistema único de saúde, onde os entes constituem-se como parte de um todo, organizado em um sistema e em torno de alguns princípios estruturantes¹²¹.

A Constituição Federal que deveria por obrigação proteger a população é desrespeitada, por isso mais de 150 milhões de brasileiros que não possuem convênios com hospitais particulares vivem a míngua quando necessitam ir aos hospitais públicos do Brasil.

O orçamento público é considerado o instrumento fundamental das finanças públicas e tem como características traduzir os projetos e programas de governo, bem como as políticas financeiras, econômicas e sociais adotadas pelo

¹²⁰ COELHO, Fernando Laélio. **Os direitos sociais**: A proporcionalidade como um limite à reserva do possível, 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. p. 111.

¹²¹ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.151.

chefe do Poder Executivo, sendo que é nele que está discriminada a origem e a estimativa do montante dos recursos a serem obtidos e das despesas que pretende realizar, com clareza e responsabilidade, de uma forma planejada e integrada para atender as necessidades públicas, quer seja para manutenção das suas atividades, quer seja para a execução de seus projetos.

Francismery da Ponte Cervo Lima, ao tratar do tema orçamento público como instrumento de planejamento e controle, explica:

Orçamento Público é o planejamento feito pela Administração Pública para atender, durante determinado período, aos planos e programas de trabalho por ela desenvolvidos, por meio da planificação das receitas a serem obtidas e pelos dispêndios a serem efetuados, objetivando a continuidade e a melhoria quantitativa e qualitativa dos serviços prestados à sociedade¹²².

Na gestão pública, o orçamento ganha importância a partir do momento em que se torna instrumento para execução de projetos que tenham sentido para a comunidade atendida e que atendam aos interesses públicos.

Nas diversas áreas que necessitam a intervenção do governo, o orçamento deve ser bem planejado e conter os atributos e ações que permitam a obtenção de resultados que satisfaçam o cidadão, o qual é o usuário final das políticas de governo.

O orçamento público, ou sistema orçamentário, evoluiu progressivamente com o passar dos anos, mas sempre tendo como requisitos assegurar o controle dos gastos, estabilizar a economia e promover a eficiência na prestação de serviços.

Nos dias atuais, o orçamento pode ser reconhecido como um instrumento que apresenta diversas funções, que vão desde a função de controle político, administrativo, gerencial, contábil, financeiro e de planejamento.

Os governos atuam de diversas formas na economia do país, podendo tal atuação se dar através da administração de empresas estatais, pela condução da

¹²² O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO E CONTROLE: Análise da execução orçamentária do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (período 2008 a 2011) FRANCISMERY DA PONTE CERVO LIMA, D. V. de; CASTRO, R. G. de. Contabilidade Pública: integrando União, Estados e Municípios (Siafi e Siafem). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

política monetária, regulamentação de mercados privados, e principalmente pela condução de sua atividade orçamentária. Estas ações são formas de participação do governo e refletem diretamente nas atividades econômicas.

O orçamentário público concentra todas as receitas e as despesas estatais, logo, a fidedignidade da atividade orçamentária condiciona-se à estrita observância das diretrizes que alicerçam a contabilidade pública, sendo que esses preceitos contribuem para a transparência e o controle das operações financeiras do Estado, conferindo validade e legitimidade ao processo de elaboração, execução e avaliação do orçamento público.

O orçamento centraliza todas as receitas e as despesas do Poder Público, e, em sua confecção, além da observância aos regramentos básicos do sistema contábil, devem ser observados os princípios orçamentários, que são instrumentos a serviço da máxima efetividade das políticas financeiro-orçamentárias do Estado, uma vez que conferem legalidade e legitimidade ao orçamento público, amarrando-o ao interesse coletivo.

A aplicação dos princípios orçamentários evidencia o significado e o alcance das normas orçamentárias e torna a peça orçamentária mais transparente e suscetível aos controles exercidos pela sociedade, pelo Legislativo e pelo Tribunal de Contas, de suma importância para sua efetiva aplicação.

O orçamento é um instrumento de fundamental importância para o desenvolvimento do país e também para implantação e manutenção das mais diversas políticas públicas no Brasil.

Trata-se de uma poderosa ferramenta de fiscalização, participação e controle das ações do governo, uma vez que é através dele que as necessidades da população são priorizadas, tais como serviços de saúde, segurança, educação, transporte, assistência social e as mais diversas áreas que necessitam de atenção do Estado.

Nesse passo, a própria evolução tecnológica traz consigo notórias possibilidades à saúde, sejam curativas, sejam preventivas. Estabelece-se, assim, o poder de, conforme Foucault, fazer viver e deixar morrer

[...] uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: “poder de fazer “viver” e de “deixar” morrer. O direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer e de deixar viver. E depois, este novo direito é que se instala: o direito de fazer viver e de deixar morrer¹²³

Por fim, vale a pena registrar que a questão da saúde não pode ser vista como um ponto de fricção entre os poderes constituídos do Estado. O ideal neste campo das políticas públicas tão relevante para a população é que haja uma análise conjunta e responsável de todos os envolvidos, elaborada com atenção à tríade orçamentária já referida neste trabalho e observância da Lei de Responsabilidade Fiscal, construindo-se critérios transparentes na distribuição deste bem público essencial, que estejam em plena correspondência com a dicção do texto constitucional.

¹²³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 287.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

A postura proativa do Poder Judiciário Brasileiro, ao fazer cumprir os ditames constitucionais, mais especificamente no âmbito da saúde pública, criou o denominado ativismo judicial, demonstrando que a via de interpretação democrática criada nos Estados Unidos, da mesma forma foi albergada pelo órgão de poder pátrio.

3.1 O fenômeno do ativismo judicial

A postura proativa do Poder Judiciário Brasileiro, ao fazer cumprir os ditames constitucionais, mais especificamente no âmbito da saúde pública, criou o denominado “ativismo judicial”, demonstrando que a via de interpretação democrática criada nos Estados Unidos, da mesma forma foi albergada pelo órgão de poder pátrio.

Em um Estado Democrático de Direito, como já tratado anteriormente, se faz necessário que haja a legitimação dos poderes que nele se manifestam, uma vez que quanto menor a centralização de poder, maior a garantia de que não existirão arbitrariedades, uma vez que se um poder for superior ao outro ou controlador dos demais, chega-se ao Estado ditatorial, situação que historicamente mostrou-se de trevas para a humanidade.

Ao tratar da interpretação constitucional e as liberdades democráticas, Luis Roberto Barroso, escreve:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca das extensões de seus poderes¹²⁴.

Na maioria das constituições modernas adotou-se a teoria da tripartição dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, possibilitando harmonia entre os mesmos poderes, a fim de que não houvesse nenhum tipo de controle hierárquico de um poder em relação ao outro, permitindo um balanço ou contrapeso entre os poderes constituídos, fazendo com que ambos exercessem as suas competências com liberdade e independência, mas ao mesmo tempo sendo fiscalizados pelos demais.

A partir do século XX, ocorreram significativas alterações na visão das normas constitucionais, sendo a constituição não mais vista como um documento essencialmente político, ocorrendo significativas mudanças na visão dos princípios que saíram do campo do abstrato, para se tornarem ativos no campo da interpretação por parte dos julgadores.

Na atualidade, o Poder Judiciário do Brasil tem exibido uma posição claramente ativista, uma vez que é possível perceber que na maioria das decisões consideradas ativistas o que se buscou foi a efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, ou seja, embora seja em relação a casos específicos levados ao conhecimento dos juízes singulares ou em termos de tribunais e da Suprema Corte, impondo, através de decisões judiciais, obrigações ao Poder Executivo.

Importante trazer a citação de Norberto Bobbio sobre liberdade, ao tratar da Era dos direitos, tendo em vista a liberdade e direitos fundamentais do cidadão, em contrapartida à efetividade do direito à saúde, prevista na carta constitucional de 1988:

¹²⁴ JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

Definindo o direito natural como o direito que todo o homem tem de obedecer apenas à lei de que ele mesmo é legislador, Kant dava uma definição de liberdade como autonomia, como poder de legislar para si mesmo. (...) uma vez entendido o direito como a faculdade moral de obrigar os outros, o homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido a homem pela natureza e não pela autoridade constituída é a liberdade, isto é a obediência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou mais uma vez, liberdade como autonomia¹²⁵.

O Poder Executivo, por sua vez, diante da Burocracia Estatal e da ineficiência dos administradores não consegue garantir aos brasileiros a efetividade das políticas públicas da maneira determinada na Carta Constitucional, sendo que diante desse cenário, o Poder Judiciário tem tomado decisões, amparadas diretamente no texto constitucional, para tentar efetivar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988.

Com a Constituição de 1988, que restabeleceu a democracia no Brasil, devolveu-se a independência ao Poder Judiciário e fortaleceram-se instituições como o Ministério Público, concedendo-lhe mais atribuições, além de organizar e prever a instituição da Defensoria Pública, possibilitando maior atuação e atendimento às classes menos favorecidas e mais necessitadas da população brasileira, exemplificando, a assistência judiciária prestada pelas Defensorias Públicas e o atendimento direto feito pelas Procuradorias de Justiça.

A Carta Política, mais conhecida como Constituição cidadã, positivou em seu texto um elevado rol de direitos, dentre eles os Direitos Individuais, Direitos Sociais, Direitos na Seguridade Social (saúde, assistência social e previdência social), sendo que o art. 5º, § 1º da Constituição prevê que os Direitos Fundamentais possuem aplicação imediata, ou seja, deve haver efetividade no resultado da aplicação das verbas públicas em relação à saúde pública.

Entretanto, em razão do não cumprimento de metas previstas na carta constitucional, em relação à saúde pública em geral, obrigou-se a população a buscar soluções através do Poder Judiciário, o qual, através de decisões

¹²⁵ Bobbio, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 48-62.

judiciais, obrigou o Estado a atender quem procurou o auxílio judicial, criando a chamada interpretação ativista ou “ativismo judicial”.

O fenômeno do ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos da América em 1857, no julgamento de um caso entre *Dred Scott v. Sanford*, quando a Suprema corte daquele país realizou uma interpretação conservadora da Constituição americana para dar amparo ao regime de segregação racial e barrar eventuais leis sociais, sendo que referida posição começou a se inverter na metade do século XX, quando a Suprema Corte Americana passou a proferir decisões progressistas, buscando garantir direitos fundamentais a negros e mulheres¹²⁶.

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, sendo uma forma de atuação mais pragmática do judiciário, ocupando, inclusive, espaços que seriam destinados ao legislativo e ao executivo¹²⁷.

O comportamento contrário ao ativismo judicial é a autocontenção judicial, sendo este comportamento pelo qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes, aguardando que os temas sejam regulados pelo legislador ordinário, sendo mais rígidos e conservadores na análise de constitucionalidade de leis e atos normativos, procurando não interferir na aplicação de políticas públicas.

É importante fazer um comparativo entre o ativismo judicial ou postura proativa do Poder Judiciário em relação às políticas públicas no Brasil, a democracia e o Estado Democrático de Direito, visto que a suposta invasão de competências praticada por um dos poderes constituídos ao interpretar a norma positivada pode colocar em risco a manutenção do Estado Democrático de Direito, criando-se um Estado ditador, em razão de que um dos poderes preponderaria sobre os demais.

Ao longo dos anos, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário vem sofrendo significativas mudanças, que vão muito

¹²⁶ JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

¹²⁷ JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.

além de apenas aplicar as leis, ou seja, é chamado a decidir aplicando não somente a literalidade da lei, mas ampliando seu entendimento e aplicando princípios constitucionais, tudo com vistas a preservar a própria Constituição Federal.

Luis Roberto Barroso, ao tratar sobre a construção de um novo modelo constitucional,

[...] se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que a legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e seus limites¹²⁸.

Essencialmente nos dias atuais, o Poder Judiciário assumiu papel de grande relevância frente à sociedade, tendo em vista ter se tornado concretizador dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna, uma vez que se o Estado administrador deixou de cumprir suas obrigações, sendo o Estado como julgador chamado a concretizar os comandos constitucionais, motivo pelo qual a importância da postura adotada pelo Poder Judiciário na atualidade.

Nesse contexto de busca de efetivação e concretude das normas constitucionais, face ao vácuo do executivo no cumprimento de sua obrigação, é que surgiu o ativismo judicial, sendo que positivo ou negativo em sua postura, ocasionou diversas discussões na doutrina e na jurisprudência, notadamente quando se trata de questões controvertidas, visto que a repercussão social é imensa.

3.2 A definição de ativismo judicial

A doutrina diverge quanto à definição do ativismo judicial, comumente associando a judicialização da política, o que pode vir a ocasionar conflito quanto ao entendimento desse fenômeno, uma vez que tanto o ativismo quanto a

¹²⁸ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.p.411.

judicialização estão relacionados a um processo de ampliação decisória do Poder Judiciário em relação à esfera de competência exercida pelos demais poderes.

No dizer de Luís Roberto Barroso,

o ativismo e a judicialização “são primos”, ou seja, embora sejam fenômenos próximos, são distintos um do outro, sendo que o ativismo expressa uma postura do interprete, “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. Já a judicialização deriva da vontade do constituinte, porquanto, “decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais¹²⁹”.

O ativismo não é uma interpretação absolutamente livre do magistrado, ao julgar determinado caso concreto, mas sim de uma postura na aplicação do direito positivo, baseando-se na força normativa dos princípios constitucionais, sendo que a judicialização da política é mais ampla, porquanto é contingencial, decorrendo da omissão do Poder Executivo na implementação dos direitos fundamentais sociais.

Por tais razões, deve o judiciário promover a conservação e a promoção dos direitos fundamentais mesmo contra a vontade das maiorias políticas como sendo uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático, tendo em vista que a intervenção do Judiciário nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando a lei inconstitucional dá-se a favor e não contra a democracia.

Luís Roberto Barroso ensina que:

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC, n.17, p. 105-138, jan./jun. 2011.

o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interagir devendo prover uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder num gesto de autolimitação espontânea. Confirma que o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outros poderes. Finda Barroso seu brilhante artigo que o ativismo judicial tem sido parte da solução e não do problema, funcionando como um poderoso antibiótico cujo uso deve ser eventual e controlado. [...] “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 [...]” A judicialização abrange uma transferência de poder para juizes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade¹³⁰.

O ativismo judicial se caracteriza, sem sombra de dúvidas, pela interferência do Poder Judiciário nas áreas de atuação dos demais poderes, no intuito de intensificar os valores e os objetivos constitucionais, revelando-se como ampliação da competência jurisdicional, demonstrando que os princípios previstos na Constituição Federal serão respeitados mesmo que negligenciados por um ou dois dos poderes da República.

O que existe nos dias atuais é uma dificuldade de interpretação do termo ativismo judicial, principalmente ao se verificar quando uma decisão judicial pode ou não ser considerada proativa, pois se trata de atividade de interpretação, ficando o entendimento do julgador passível de críticas por parte da sociedade em geral.

Luís Roberto Barroso, no artigo sobre Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, argumenta sobre os riscos para a legitimidade democrática. Argumenta sobre dois aspectos, normativo e filosófico¹³¹:

a) O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC, n.17, p. 105-138, jan./jun. 2011.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**.

predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito.

b) A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, o Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo, o poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Em razão da conduta omissiva por parte do Poder Executivo é que é chamado a ingressar nos casos concretos o Poder Judiciário que, muito embora não possa substituir os demais Poderes e criar normas ou políticas públicas para efetivar os ditames previstos na Constituição, é o destinatário de inúmeras demandas ajuizadas por cidadãos de todo o Brasil na busca da efetivação de seus direitos, o que acarreta o ativismo judicial.

Importante trazer a citação de Norberto Bobbio sobre liberdade, ao tratar da Era dos direitos, argumentando que se deve transformar aspirações em direitos propriamente ditos:

Num discurso geral sobre direitos do homem, deve se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas) em direitos propriamente ditos¹³².

O ativismo judicial demonstra uma atitude do intérprete constitucional, o qual adota uma postura na aplicação do direito positivo, baseando-se na força normativa dos princípios constitucionais, potencializando o sentido e o alcance das normas constitucionais, como alternativa para dirimir a falha do administrador público na correta aplicação das políticas públicas para a implementação dos direitos fundamentais, como é o caso da saúde.

Ingo Wolfgang Sarlet, na obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, escreve:

Verifica-se que na doutrina constitucional pátria as garantias apresentam papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por ela protegidos, além de legitimarem ações estatais para a defesa dos direitos fundamentais¹³³.

Diante desse contexto social, o ativismo judicial surgiu inserido no conjunto de demandas que buscam a atuação positiva por parte do Estado, ou seja, os cidadãos buscam a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que na ausência de atendimento em hospitais públicos por falta de médicos ou na realização de cirurgias de urgência, com risco de morte, não resta alternativa à população senão buscar amparo junto ao Poder Judiciário.

¹³² Bobbio, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio De Janeiro: Elsevier, 2004. p. 62.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Livraria do Advogado, São Paulo: 2015. p. 185.

3.3 O ativismo judicial e o direito à saúde

A forma de interpretação dos princípios estampados na Constituição Federal, embora com severas críticas por parte de muitos juristas e doutrinadores, é sempre no sentido da invasão da competência, visto que ao interpretar os ditames constitucionais o interprete estaria avançando o limite que o separa dos demais poderes, intrometendo-se em competência que não seria sua, causando a desestabilização do plano de governo do outro Poder.

Da mesma forma, existem severas críticas acerca da politização da justiça e da falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias, uma vez que não compete ao Poder Judiciário ou à Suprema Corte, formular e programar políticas públicas, tendo em vista estar limitado pelo princípio constitucional da separação dos poderes.

Clóvis Gorcevski, ao tratar sobre direitos humanos e participação política, ensina que

desta forma o que acontece na prática é que se a realização das metas sociais não forem satisfatórias, o culpado será o legislador, permanecendo a Constituição acima de qualquer crítica, protegida pela pretensão de transformar uma realidade cruel, transformação esta que só não se verifica devido a insensibilidade do legislador¹³⁴.

A partir do descumprimento dos demais Poderes dos encargos que lhes foram conferidos pela Carta Constitucional, o Poder Judiciário é acionado pela parte prejudicada ante a inércia do Executivo, evitando que os cidadãos fiquem à mercê da boa vontade política do Poder Executivo para poder usufruir de determinados direitos, sob o risco de as normas programáticas constitucionais, converterem-se em uma promessa constitucional sem qualquer efetividade.

Luis Roberto Barroso, ao tratar sobre conceitos fundamentais, leciona que:

¹³⁴ GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos Humanos e participação política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 25.

no direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável aos valores jurídicos supra-positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central (...) Modernamente, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios nos quais as regras desempenham o papel referente a segurança jurídica, previsibilidade e objetividade das condutas, e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem a realização da justiça ao caso concreto¹³⁵.

Por tais razões, o ativismo judicial pode ser entendido como um posicionamento ativo no combate às desigualdades sociais, porquanto, tende a solucionar diversos problemas sociais relacionados à problemática de aplicação dos direitos fundamentais, mediante interpretação da Constituição Federal, em situações omissas dos demais Poderes, cumprindo, desse modo, a intenção da própria Constituição.

Luis Roberto Barroso, sobre a eficácia interpretativa, elucida:

A eficácia interpretativa consiste em que o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa¹³⁶.

Entretanto, é necessário fazer um contraponto do ativismo judicial com relação a conceito de democracia ou Estado Democrático de Direito, visto que ao se permitir que um poder avance sobre os limites de sua competência, poder-se-ia estar dando margem a um prejuízo à solidez das instituições de poder solidificadas pela democracia, surgindo um Estado ditatorial.

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 342.

¹³⁶ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 346.

A palavra democracia tem origem no grego *demokratía*, que é composta por *demos* (que significa povo) e *kratos* (que significa poder). Neste sistema político, o poder é exercido pelo povo através do sufrágio universal¹³⁷.

A democracia é um regime de governo em que todas as importantes decisões políticas estão com o povo, que elege seus representantes por meio do voto, sendo um regime de governo que pode existir no sistema presidencialista, onde o presidente é o maior representante do povo, ou no sistema parlamentarista, onde existe o presidente eleito pelo povo e o primeiro ministro que toma as principais decisões políticas.

Lênio Streck, trata da hermenêutica jurídica, ensinando que:

“Povo” não deve funcionar como uma metáfora; povo deve poder aparecer como sujeito político empírico. A concepção não necessita de “o povo” como expressão que não obriga a nada a e cobra tudo; ela não necessita de nenhuma “vontade geral” que não se deixasse verificar e identificar na política empírica, mas de um “povo” que possa, no plano das instituições, efetivamente entrar em cena como destinatário e agente de controle e de responsabilidade: eleição, destinatário do mandato por votação, bem como votação livre como componente democrático do cerne da Constituição¹³⁸.

A democracia tem princípios que protegem a liberdade humana e baseia-se no governo da maioria, associado aos direitos individuais e das minorias, sendo que uma das principais funções da democracia é a proteção dos direitos humanos fundamentais, como as liberdades de expressão, de religião, a proteção legal, e as oportunidades de participação na vida política, econômica, e cultural da sociedade.

Friederich Muller, na obra *Fragmento sobre o Poder Constituinte do Povo*, argumenta que o povo é quem define os seus representantes, sendo, portanto, estes legitimados a decidir sobre questões afetas aos seus destinatários, não legitimando outro poder a realizá-las:

137

¹³⁸ MULLER, Friedrich. *Fragmento sobre o Poder Constituinte do Povo*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

Não há como olvidar, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição possa ser qualificada como fundamental¹³⁹.

Saúde, pode-se afirmar, não é simplesmente ausência de doença, mas sim é um bem-estar social, direito à moradia, ao trabalho, ao salário digno, à água, à vestimenta, à educação.

Sobre o tema, o site Pense SUS, do Instituto Fiocruz, menciona a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, que define que o ser humano tem direito a um padrão de vida apto e capaz de lhe assegurar bem-estar e saúde

Por tais razões, o direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas, muito embora o acesso a esses serviços tenha relevância, como direito fundamental, mas o direito à saúde implica também na garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

Lênio Streck, ao tratar sobre hermenêutica jurídica, ensina que:

“judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos”¹⁴⁰.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Livraria do Advogado, São Paulo: 2015, p. 93.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 15.

O ministro Luiz Fux falou da questão durante o 10.º Encontro Nacional do Poder Judiciário, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Segundo ele,

o Poder Judiciário só faz isso porque há omissão do parlamento. “Há várias questões em relação às quais o Judiciário não tem capacidade institucional para solucionar. É uma questão completamente fora do âmbito jurídico. Mas, mesmo assim, temos que decidir. E por que temos que decidir? Porque a população exige uma solução.”¹⁴¹

Ao se contrariar a posição ativista do Poder Judiciário, pontos importantes da Constituição devem ser levados em conta sobre os limites da ação do Poder Judiciário, sendo o princípio da separação dos poderes o primeiro deles, uma vez que cada qual dos poderes deve possuir o seu espaço próprio de atuação, embora coexistindo harmonicamente com os demais poderes.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martins Coelho e Paulo Gustavo GOnet Branco, ao tratarem sobre Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, alertam que

a constituição, pela forma como atua sobre o poder-afirma Burdeau- deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito, pois se antes dela o Poder é um mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas que o disputam, com a Constituição esse poder muda de natureza, para se converter em Poder de Direito, desencarnado e despersonalizado¹⁴².

Outro princípio importante é o democrático, na base na constituição que diz que todo poder emana do povo e é exercido por seus representantes eleitos, ou seja, toda e qualquer alteração legislativa deve emanar dos representantes do

¹⁴¹ <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4>>

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Jurídica, 2000. p. 32.

povo, sem que haja qualquer forma de delegação ou assunção de competências por parte dos outros poderes.

E, por último, o princípio na inafastabilidade da função jurisdicional, ou seja, a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito. Entretanto, não permite ao Estado Juiz legislar ou criar normas, apenas interpretá-las, sem fugir aos princípios estampados na carta constitucional de 1988.

Esses três pontos estão na base do ativismo judicial, sendo que há uma distinção clara entre a função legislativa e a jurisdicional, uma vez que a lei tem âmbito universal e, por natureza, é abstrata, já que é impossível prever todas as situações em que a lei será aplicada.

Já o Juiz atua sobre o presente ou passado, em relação a fatos ocorridos ou na iminência de ocorrer, sendo que a lei só passa a ter clareza na medida em que um preceito escrito se transforma em comando concreto, através da interpretação que lhe é dada pelo juiz.

Importantes discussões sobre esse tema se travam no sentido de que se o juiz deve atender à vontade do legislador ou à vontade da lei, ou seja, o juiz deve fidelidade básica ao que foi definido pelo legislador. Ocorre que, se não há lei ou o prevista pela lei não alcançou o que está prevista na Constituição, há um espaço importante de criação de norma pelo juiz, quando o legislador não atua ou o Executivo não cumpre o ditame constitucional.

Fábio Konder Comparato, ao tratar sobre a afirmação histórica dos direitos humanos, afirma que é necessária uma reorganização global sobre respeito aos direitos humanos, situação que se amolda perfeitamente ao que se vive atualmente no Brasil, no caso do desrespeito do Estado com os cidadãos, no caso específico das políticas públicas ligadas à área da saúde

Cessadas as hostilidades, as consciências abriram-se, afinal, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a reorganização da vida em sociedade em escala planetária, com base no respeito absoluto à pessoa humana¹⁴³.

¹⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 540.

Por tais razões, resta clara a importância do princípio democrático como valor fundamental da pessoa humana, na medida em que o cidadão é sujeito de direitos e obrigações criadas pelo Estado, devendo, assim, ser-lhe possibilitado meios de acesso à saúde como forma de manutenção da própria vida, sendo dever do Estado possibilitar esse acesso e atendimento, visto que obrigação imposta pela Constituição Federal de 1988, sendo que a omissão ou negligência pode ser considerada ato criminoso, praticado contra o próprio Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, verificou-se que é importante que se reconheça no direito à saúde a existência de um direito subjetivo individual que permita aos cidadãos a busca perante o Poder Judiciário das prestações necessárias, quando estas não tiverem sido efetivadas de forma administrativa pelo Poder Público.

Contudo, é necessário estabelecer novos critérios orientadores do agir judicial, a fim de que se possam produzir decisões uniformes sem comprometer a totalidade dos recursos materiais existentes na ordem estatal e, por consequência, prejudicar a sociedade em sua totalidade.

O ativismo judicial surgiu para resolver a inércia do Poder Executivo em dar efetividade, no caso específico da aplicação das verbas públicas destinadas à área da saúde pública, visto que verdadeiro caos se mostra instalado na rede pública de saúde, causando até mesmo a morte de pacientes que aguardam na fila de atendimento em hospitais por todo o país.

A regra constitucional da separação dos poderes veda a invasão de um poder em relação à competência de outro, sendo que, por tal razão, administrar as verbas públicas é da competência exclusiva do Poder Executivo, restando ao Poder Judiciário apenas a função de julgar os casos levados ao seu conhecimento através das ações judiciais.

Pois é exatamente nesses casos, que a competência do Poder Judiciário não se amplia, uma vez que não se deve conferir efetividade ao princípio constitucional da dignidade humana, em razão de que a saúde encontra-se abarcada pelo referido princípio, atuando ou legislando em casos de inércia dos demais poderes, visto tratar-se de competência exclusiva, sem ampliação.

O ativismo judicial surgiu excepcionalmente, como forma de solucionar o impacto da omissão executiva na efetividade das normas constitucionais. Entretanto, deve se afastar a qualidade ativista do Poder Judiciário, principalmente por se tratar de violação aos princípios da separação dos poderes.

Por tal conduta proativa do Poder Judiciário, a democracia é enfraquecida com o ativismo judicial e violada, os Poderes Legislativo e Executivo, que estão à frente do processo democrático e da representatividade popular, mesmo que

notavelmente estejam sofrendo uma crise de legitimidade, não resta ao Poder Judiciário preencher esse vácuo deixado junto à população.

A Constituição Federal prevê que o Poder Judiciário é seu intérprete final e que os Poderes devem ser harmônicos e independentes entre si, sendo que os Poderes Executivo e Legislativo são legitimados diretamente pelo voto, pelas urnas, por isso a Constituição os incumbiu de decidir as questões que envolvam temas polêmicos e controversos na sociedade.

Entretanto, o ativismo judicial tem como uma das causas o enfraquecimento da legitimidade dos demais poderes do país, diante do sentimento de que os políticos não representam mais a vontade do povo, e sim, seus interesses pessoais, crescendo a vontade do povo que clama por soluções para os problemas sociais.

Concluiu-se por haver invasão de competências e não efetividade na interpretação da norma constitucional que manda o Estado prestar correta e adequada assistência à saúde da população, mesmo que diante da negligência dos entes públicos, na efetividade de aplicação das verbas públicas, uma vez que grande parte da população continua sem o atendimento necessário, desrespeitando-se, desse modo, princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do respeito aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

A DIGNIDADE da pessoa humana e o aspecto histórico. 2010. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7427>. Acesso em: 21 maio 2017.

A TIRANIA no Século XX. 2008. Disponível em <<http://www.lepanto.com.br/historia/tiranos-do-seculo-xx/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

BARROS, Renata Furtado de. **Direito Constitucional I**. Rio de Janeiro: Estácio, 2016. p. 62.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC, n.17, p.105-138, jan./jun. 2011.

_____. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21; 25; 26; 28; 33; 42; 43; 44; 63; 71. 2015. p. 244; 312; 411.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva. 1982. p. 11-12.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 48-62.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 362; 364; 501.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 271286**. RS, Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 11/9/2000, Segunda Turma. Acesso em: 20/2/2017.

_____. **Ação Cautelar 2.836**. SP, Relator: Ayres Britto. Data de Julgamento: 27/3/2012, Segunda Turma. Acesso: em 20/2/2017.

_____. **Recurso Extraordinário 706931**. RN, Relator: Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 15/5/2013. Acesso em 30/5/2017.

BRECHO; BRAICK. **História das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997. p. 254.

CAMARGO, Nilo Marcelo de Almeida. **A forma Federativa de Estado e o Supremo Tribunal Federal pós - Constituição de 1988**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2005. p. 97.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 20.

COELHO, Fernando Laél. **Os direitos sociais: A proporcionalidade como um limite à reserva do possível**, 2008. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, 2008. p. 111.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 540.

CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

CONSTITUIÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO. 1977. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66800/69410>>. Acesso em: 6 out. 2017.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>._Acesso em: 21 maio 2017.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 15 ago. 2016.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 1988. p. 47.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.136; 140; 141.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2014. p. 3.

FOUCAULT. Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 287.

GERVASONI, Tássia Aparecida; HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 49; 66; 68.

GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos Humanos e participação política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 25.

HISTÓRIA E REVOLUÇÃO. A Revolução Francesa e uma nova ideia de História. 1989. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25437/27182>>. Acesso em: 6 out. 2017.

IBAÑEZ, Nelson; ALBUQUERQUE, Mariana Vercesi. O Sistema Único de Saúde – estrutura e organização. In: ROCHA, Juan Stuardo Yazlle. **Manual de Saúde Pública e Saúde Coletiva no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atheneu. p. 128.

JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_S_elecao.pdf>. Acesso em: 6 out. 2017.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. 2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 6 out. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100-110.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Jurídica, 2000. p. 32.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2; 6; 33; 410; 411; 710.

_____. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 42.

MULLER, Friedrich. Fragmento sobre o Poder Constituinte do Povo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004. p. 60.

Os Direitos Humanos e as Constituições Brasileiras. Disponível em: <http://www.geocities.ws/cp_adhemar/dh_005_fdhist_Constbrasil_cor.html>.

Acesso em: 21 maio 2017.

O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO E CONTROLE: Análise da execução orçamentária do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (período 2008 a 2011) FRANCISMARY DA PONTE CERVO LIMA, D. V. de; CASTRO, R. G. de. Contabilidade Pública: integrando União, Estados e Municípios (Siafi e Siafem). 3. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

PAGLIARINI, Alexandre Coutin. **A Constituição Europeia como Signo**: da superação dos Dogmas do Estado Nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 35.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Controle e participação como elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 42-248.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24-157.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à Saúde**: uma perspectiva constitucionalista. Passo Fundo: UFP, 2003. p. 120.

ROCHA, Juan Stuardo Yazlle; LAPREGA, Milton Roberto. Os determinantes sociais da saúde. **Manual de saúde pública e saúde coletiva no Brasil**, São Paulo: Atheneu, 2013. p. 31.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, 2002, p. 2. Acesso em: 17/1/2017.

_____.Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia e de Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45; 83; 136.

_____.Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, 2007.

_____.SARLET, Ingo W. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARLET, Ingo W.; LEITE, Geroge Salomão (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p. 38.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46-47.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37; 38; 93.

SCHWARTZ, Germano Doederlein. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32-160.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 415.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3-125.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 15.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3.e d. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 324.

VOCÊ sabe quem foram os tiranos mais sanguinários da história. Disponível em: <<https://seuhistory.com/noticias/saiba-quem-foram-os-tiranos-mais-sanguinarios-da-historia>> Acesso em: 18 mar. 2017.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.151.