

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

INGRID SALES MACHADO

OS PARADIGMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVIDADE
DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO.

SOUSA
2014

INGRID SALES MACHADO

OS PARADIGMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVIDADE
DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade
Federal de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos
necessários para obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Jacyara
Farias.

SOUSA
2014

INGRID SALES MACHADO

OS PARADIGMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVIDADE DO
DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade
Federal de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos
necessários para obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Jacyara
Farias

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 15/04/2014.

Orientador: Profa. Dra. Jacyara Farias– UFCG
Professora Orientadora

Geórgia Graziela de Aragão Abrantes
Examinador

Eligidério Araújo
Examinador

*“A base da sociedade é a justiça;
o julgamento constitui a ordem
da sociedade: ora o julgamento
é a aplicação da justiça.”*

Aristóteles

*Dedico à luz da minha vida,
companheira fiel, minha mãe
Leusanira Sales.*

AGRADECIMENTOS

Profundamente sou grata à Deus, minha fortaleza de fé e amor, O mestre que guia meus passos e concretiza meus sonhos, conduzindo ao caminho meu caminho mesmo na escuridão, em momentos difíceis. Ele estará sempre preparando algo de melhor para mim. Obrigada por toda misericórdia contemplada, sempre conduzindo a atitudes certa e coerentes ao teu amor.

A minha mãe de amor imensurável, Leusanira Sales, a quem devo toda minha vida e por ter se dedicado a mim e pela eterna compaixão compartilhada. Essa vitória não teria sido conquistada sem suas palavras de fé e força para continuar essa caminhada, mesmo que distante, dolorida e repleta de obstáculos.

A minha irmã querida, Isabelle Sales, pela presença constante, pelo amor a mim concedido, de algumas formas mal explanados sabia de todo seu carinho a afeto a mim. Te amo Irmã!

Ao meu namorado, amigo e companheiro e espelho de homem, Felipe Carlos Campelo, pela paciência dedicada, pela ajuda nos momentos tristes, aforça quando foi preciso, pela confiança e acima de tudo pela reconhecimento que nosso amor seria superior a qualquer distância. Sempre presente e por transformar os meus dias em momentos únicos e inesquecíveis, repletos de sorrisos e carinho.

A minha tia, Luzanira Sales, mulher de fibra, humilde e amante ao Filho do Pai, de testemunha de todo amor de Deus a mim concedido, sempre com uma palavra de fé a me repassar e por toda sua trajetória de vida que será sempre um exemplo para mim, Obrigada por tudo!

A minha família, minha base e estrutura que não me fizeram desistir. Obrigada aos meus tios Antônio Maria, Jackson Machado, Fabiane Machado por todo apoio concedido, serei eternamente grata à vocês.

A minha vó, que sempre presente e atuante, sempre presente as dificuldades da vida.

Ao meu pai, e meus irmãos prova de todo meu amor.

Às minhas amigas, Carina, Lívia, Malaki, Wynie e Monique que mesmo na distância declaram força e sucesso nessa caminhada que conquistei. Sempre presentes com palavras de força e amizade por todo esse tempo.

As companheiras de faculdade e irmãs de vida Mariana Torres, Brenna Sauny, Jorgiana Acioly, Dávula Manuela e Natália de Sousa, por toda companhia prestada: por compartilhar momentos difíceis e por crescer e amadurecer junto com vocês.

E aos amigos Lucas Macário, obrigada por toda presteza a mim concedida e a Rafaela Luna por ter me acolhido e demonstrado caminhos da trilhas no meio acadêmico, e por ser determinante em momentos importantes.

A minha nobre e amável cocadinha, Flávia Bahia, por ter florescido na minha carreira acadêmica o amor pelo Direito Constitucional, onde foi comprovado o fiel propósito de Deus em minha vida, onde deixe que Ele a coordenasse, e com Ele utilizou de toda sua didática e amor pelo magistério, como instrumentos determinantes na conquista da minha inserção nos quadros da Ordem e principalmente pela descoberta de seus estudos na área de estudo deste trabalho. Muito grata sou/serei!

A minha orientadora, figura de profissional dedicada aos afazeres acadêmico, reconhece cada discente seu pelo nome, e carrega como uma mãe em seu ventre, sendo responsável a todo seu caminho dentro ou fora da Universidade. Obrigada professora Doutora Jacyara Farias, por toda presteza e disponibilidade desde o dia em que lhe comuniquei meu desejo como sua orientanda.

Ao corpo docente do curso de Direito da UFCG pelos ensinamentos ministrados. E funcionário desta IES, os quais levarei comigo cada um.

RESUMO

É notório na jurisprudência pátria a força normativa que a Constituição de 1988 adquiriu e a sua efetividade ante os anseios sociais. Em relação ao direito fundamental à saúde ocorreu um afastamento de cunho estritamente político exercido pelo Legislativo e Executivo, para adquirir aplicabilidade direta e imediata pelos juízes e tribunais constitucionais. Nesse sentido, os direitos fundamentais e sociais ganharam feições de direitos subjetivos resguardados pela tutela jurisdicional. A essa intervenção judicial que impõe ao poder público determinações que busquem a efetivação de políticas públicas se denomina judicialização da política. A questão precipuamente versa no tocante a aplicação e destinação dos recursos públicos, se estes são da competência exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, e sendo assim, seria invasão de competência e desrespeito ao sistema de freios e contrapesos, instituído pela Carta Magna de 1988 diante da possibilidade do Judiciário determinar a aplicação de recursos orçamentários em sede governamental diante da aplicação efetividade dos direitos e garantias constitucionais. Assim com o advento do neoconstitucionalismo, se buscou garantir funcionalidade dos direitos constitucionais, admitindo, portanto, uma reinterpretação da Teoria da Separação dos Poderes que coadunasse com o novo cenário social e político da democracia contemporânea. Objetiva-se analisar o fenômeno da judicialização da política como órgão efetivador dos direitos fundamentais, através de um estudo acerca dos poderes do Estado determinando qual o limite do Estado-juiz sem comprometer a estrutura organizacional do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada foi do método de procedimento o histórico-evolutivo, quanto ao método de abordagem seria o dedutivo exegetico-jurídico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Judicialização da Política. Efetividade. Direito à saúde.

ABSTRACT

It is clear in the jurisprudence homeland normative force that the Constitution of 1988 and acquired its effectiveness against social expectations. In relation to the fundamental right to health a departure from strictly political nature exercised by the Legislative and Executive occurred, to acquire direct and immediate applicability by judges and constitutional courts. In this sense, fundamental and social rights won features of subjective rights safeguarded by judicial review. At that judicial intervention requiring the public power determinations that seek effective implementation of public policies is called legalization of politics. The issue as primarily versa regarding the application and allocation of public resources, if they are the exclusive responsibility of the legislative and executive branches, and thus, would be invasion of competence and disrespect to the system of checks and balances established by the Constitution before 1988 the possibility of the judiciary to determine the application of budgetary resources at government headquarters on the implementation effectiveness of constitutional rights and guarantees. So with the advent of neoconstitutionalism, we sought to ensure functionality of constitutional rights, thus admitting a reinterpretation of the Theory of Separation of Powers that expected from the new social and political landscape of contemporary democracy. The objective is to analyze the phenomenon of judicialization of politics as efetivador body of fundamental rights, through a study of the powers of the state determining what the limits of the state court without compromising the organizational structure of a democratic state. The methodology used was the method of historical - evolutionary procedure, the method of approach would be the exegetical - deductive legal and technical bibliographic and documentary research.

Keywords : Legalization of Politics. Effectiveness.Righttohealth.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ADPF -Argüição de Descumprimento á Preceito Fundamental

MI - Mandado de Injunção

EC - Emenda Constitucional

STF - Supremo Tribunal Federal

RE - Recurso Extraordinário

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

SUS - Sistema Único de Saúde

OMS - Organização Mundial da Saúde

LOS - Lei Orgânica da Saúde

ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

INCA - Instituto Nacional do Câncer

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	14
2.A DOCTRINA DO ESTADO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	18
2.1 ORIGEM E FORMAÇÃO DO ESTADO.....	19
2.1.1Breves considerações sobre o Constitucionalismo Moderno e o Neoconstitucionalismo.....	22
2.1.2Estado brasileiro contemporâneo.....	25
2.2 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	27
2.1.1Discursões acerca das impropriedades terminológica.....	29
2.1.2 Separação dos Poderes por Jonh Locke.....	30
2.1.3 Separação do Poderes por Montesquieu.....	31
2.1.4 Separação dos poderes na doutrina dos Estados Unidos.....	32
2.1.4.1 Os federalistas.....	33
2.1.4.2 O caso <i>Marbury versus Madison</i>	34
2.3 PODER JUCIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	36
3.JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	40
3.1 REFERENCIAL TEÓRICO E A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO.....	40
3.1.1 A expansão global do poder judicial: C.N. Tate e T. Vallinder.....	42
3.1.2 O guardião das promessas: Antoine Garapon.....	44
3.1.3 Juizes legisladores: Mauro Cappelletti.....	46
4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
4.1 ESTADO DE DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	51
4.2 JUIZ ATIVISTA E O ESTADO JUDICIAL.....	55
4.2.1 Papel central da aplicabilidade judicial aos Direitos Fundamentais.....	57

4.2.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e o Mandado de Injunção (MI) para efetividade dos direitos fundamentais.....	65
4.3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	Erro! Indicador não definido.
4.3.1 Direito à saúde no Estado Brasileiro.	77
4.3.2 Controle Judicial: Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.	81
4.3.3 Posicionamento da Corte Suprema.....	90
4.3.4 Análise Jurisprudencial das decisões do STF.	92

1 INTRODUÇÃO

A busca pela realização concreta dos direitos fundamentais sempre foi e será um desafio para o Estado por muitos, considerado uma utopia do direito constitucional social, em que foi construído com bases sólidas de uma Constituição Cidadã. Entretanto, aplicar um direito fundamental significa eleger um meio de efetivação concreta deste respectivo direito, ou melhor, representa uma opção política que tende a levar em consideração a relevância, o interesse, a conveniência e a oportunidade por parte do Estado-executor. Uma das formas de concretizá-las é através de uma ideologia política, cujo produto assume a forma de políticas públicas. Se as políticas públicas são fruto de opções ideológicas tomadas por representantes da comunidade, eleitos pelo povo, no âmbito de um Parlamento, o seu produto é executado, no âmbito imparcial, legal e burocrático pela Administração. Nesse contexto, ao ser levado ao Judiciário e a uma judicialização da política.

Das heranças trazidas pela teoria da Separação de Poderes, a determinação dos recursos orçamentários, em sua maioria, são efetuadas direta ou indiretamente pelos representantes do povo, ou seja, a partir de uma forma que respeitasse os corolários da Democracia: diretamente, pela eleição de meios, pela alocação de recursos orçamentários e criação das políticas públicas concretas pelo Parlamento; indiretamente, pela execução legal e imparcial destas medidas pela Administração. Por sua vez, o papel do Judiciário seria contentar-se em atuar de forma mais predominante no cumprimento dos direitos de liberdade, por meio de sua atuação negativa, isto é, após a violação de um Direito, operando, por meio da coerção, o seu efetivo cumprimento.

Contudo, nos últimos anos, observou-se consideravelmente a transferênciadessas competências para os magistrados, conhecidos como juízes constitucionais. Estes passaram a conhecer matérias que anteriormente eram vistas como essencialmente políticas, de tal maneira que questões fundamentais do país passam atualmente a transitar pelo Judiciário. No entanto, quando o Judiciário passa a julgar acerca destas matérias, em especial, a casos onde refere-se à efetivação de direitos fundamentais, particularmente (de direito sociais, em destaque ao direito fundamental à saúde, aos casos individuais), embora examinem em seus julgados, que venham a proteger os respectivos bens jurídicos em tela, não passe a substituir

totalmente a competência do poder que possui a competência originária de outro, com isso gera conflitos de competência e macular os ditames essenciais da Democracia, a independência e harmonia dos poderes.

A implementação do Estado Social determinou a implantação desse fenômeno judicial, essas práticas reiteradas ocasionaram o movimento reconhecido pela Suprema Corte, a efetivação de direitos fundamentais, decorreu que assumissem posicionamento impositivas ao Poder Executivo. Isto não implicou em ameaça à prática democrática, uma vez determinada por Montesquieu ao explanar a respeito da Separação de Poderes, que a função Parlamentarista e do Executivo seria de elaboração e execução de políticas públicas, sendo justificada sua atuação devido a forma democrática representativa. Contudo, sabe-se que pelos magistrados apesar de suas especialidades técnicas também possuem capacidade fundamentalmente democrática uma vez que são sabatinados por um certame, constituído por uma concurso público de provas e títulos, nada mais democrático e imparcial que se admita tal atuação como juízes constitucionais. Além das feições neoconstitucionalistas que embasam esse trabalho ao admitir uma remodelagem da estrutura constitucional da Separação de Poderes, uma adaptação ao contexto atual, a fim de buscar uma maior efetividades dos direitos contidos nas Cartas Constitucionais.

Com isso, a problemática se firmará quanto ao fato de que: no tocante ao direito fundamental à saúde pública no Brasil, qual o papel do Supremo Tribunal Federal? Tem a Corte uma postura ativista na efetivação deste direito fundamental social ou a atuação do Supremo está circunscrita apenas à Judicialização?

Assim o tema da Judicialização da política acarreta intensas discussões doutrinárias, ante fatoa admissibilidade do posicionamento do Poder Judiciário em analisar o julgamento de questões que excedam seus limites de competência. Neste norte o objetivo deste trabalho será relacionar o alcance e às consequências dessa atitude institucional, particularmente quando analisada sob o critério da harmonia entre os poderes constituídos. Por fim, será compreendido a partir de decisões da Suprema Corte qual posicionamento adotado e suas consequências efetivas ao Poder Executivo.

A metodologia utilizada para a realização desse estudo norteou-se nos ditames e preceitos do método histórico-evolutivo, a partir de uma análise evolutiva da concepção de Estado, passando pela Teoria da Divisão de Poderes, de ideais

iluministas e adentrando a uma fase democrática, até a atual concepção de Estado Moderno ou Contemporâneo. O método dedutivo e exegético-jurídico, com a técnica de pesquisa manejava-se a partir de um estudo baseado na doutrina nacional e estrangeira, bem como no posicionamento jurisprudencial, aos posicionamentos doutrinário e pesquisa interdisciplinar, das áreas: jurídica, social, política, médica, econômica, dentre outros. E por fim, a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica e por meios eletrônicos, na sistematização e reunião de informações, como também pesquisa documental baseando-se em artigos científicos, livros doutrinários e decisões do Supremo Tribunal.

Para tanto, o trabalho está estruturado em três capítulos inter-relacionados. No tocante ao primeiro capítulo, buscar-se-á estudar a teoria da origem e formação do Estado, sua evolução histórica até os atuais movimentos do constitucionalismo contemporâneo e neoconstitucionalismo, como bases ideológicas e fundamentais para justificar o fenômeno da Judicialização. Também será analisado minuciosamente a Teoria da Separação de Poderes, através dos estudos de Montesquieu e John Locke, em que se verificou uma irrisória produção dogmática acerca do Poder Judiciário, instrumento fundamental a de defesa os direitos e garantias. Por fim, ressalta-se uma breve discussão, em relação a atual conjuntura do Estado brasileiro contemporâneo, devido ao fato de ser um Estado que apresenta características neoliberais e concomitantemente interventivas aos setores sociais e econômicos, estrutura complexa e não coadunam aos princípios do Bem Estar Social por apresentar nuances antidemocrático.

No segundo capítulo, conceituar-se-á o fenômeno da judicialização da política, utilizando-se disso de estudiosos como Tate e Vallinder e a expansão global do poder judicial, obra que apresentou o conceito de Judicialização da Política, referindo-se as interferências das decisões judiciais no âmbito político; Antonie Garapon e sua obra "O juiz e a Democracia - o Guardião de Promessas" também apresentaram trabalho desenvolvido no tema em estudo, em que demonstraram a incredibilidade popular ante o poder público, onde apresentou a expansão do Judiciário relacionando a crise da sociedade contemporânea entre a justiça e a democracia; e por fim o estudo dos juízes legisladores defendido por Mauro Capelletti, em que sua problemática apresentada seria a análise do juiz legislador, onde seria o limite de sua atuação de julgamento e interpretação da lei.

No terceiro capítulo retratará a judicialização quanto ao seu processo de efetivação junto aos direitos fundamentais, em especial o direito a saúde. Assim buscará se estabelecer uma análise entre a posição ativista e o Estado Judicial, aduzindo que o objetivo vem a ser a concretização de políticas públicas junto as camadas sociais e não a busca de constituir normas, como pensam os ativistas. Assim demonstrando que o papel central desse fim pretendido será através de um juiz constitucional e a visão concretista do neoconstitucionalismo e do Estado de bem-estar social que fundamentaram a base ideológica deste trabalho.

2 A DOCTRINA DO ESTADO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao longo processo de separação entre poder estatal e o rei, no qual se retirava a real necessidade de resolver o problema do afastamento da sociedade aos aparelhos estatais, se visava com isso não só garantir a representação política de uma força social ascendente, mas também realizar a ideia de um equilíbrio entre diversas potências sociais que se inspiravam no modelo herdado da representação estamental nas cortes medievais, como em Montesquieu(2003) ou, ainda, com laivos restauracionistas de acentuada índole funcional, em Locke(2007).

O poder político nasce assim de um pacto entre os homens. Antes desse acordo os homens viveriam em estado natural, tal como pensava Hobbes (2003), segundo o qual todos os homens teriam o destino de preservar a paz e a humanidade e evitar ferir os direitos dos outros, deveres que Locke (1998) considerava próprios do estado natural. O pacto social primordial seria apenas um acordo entre indivíduos reunidos com a finalidade de empregar sua força coletiva na execução das leis naturais renunciando a executá-las pelas mãos de cada um. O objetivo desse pacto seria a preservação da vida, da liberdade e da propriedade.

No tocante à Separação do Poder e o Poder Constituinte se tem que a soberania popular é o elo que une e integram estes dois componentes da democracia moderna, de onde se retirara a figura do Estado. A separação de poderes carrega a mais difusa polissemia de toda a dogmática do Direito Público, posto que aponta simultaneamente para os princípios de desagregação e de composição, num sistema de freios e contrapesos.

Portanto, no mundo contemporâneo, percebe-se que, ao se realizar a Separação dos Poderes, não há regresso à espontânea harmonia segregada por uma suposta organização natural, localizada num passado mítico. E descobre-se que a Separação dos Poderes significa, inevitavelmente, diferenciação e equivalência, obra da razão, criação do domínio da técnica.

2.1 ORIGEM E FORMAÇÃO DO ESTADO

A análise conceitual e histórica sobre a formação da concepção da figura do Estado como ente estruturante do eixo de atribuições dos poderes exprimem uma determinada importância para a análise consequencial do fenômeno da Judicialização.

Portanto, desde os primórdios o homem visava à construção do bemcomum ou público com o objetivo de manter e consagrar a sociedade como forma de desenvolvimento próprio. Etimologicamente, a expressão Estado, vem do latim *status* que significa posição e ordem, posição essa de ordem, que transmite a ideia de manifestação de poder, ou seja, pode-se conceituar como uma forma de sociedade organizada politicamente.

Diz-se que o Estado é a instituição por excelência e que se organiza e governa um povo, soberanamente, em determinado território. Para uma melhor compreensão do estudo torna-se necessário a análise histórica que determinou a consagração do Estado Moderno.

Para Dallari (2009, p.32), “a origem da formação do Estado está intimamente ligada à existência concomitante com a sociedade e o surgimento da ideia e prática da soberania”. Por outro lado, os motivos determinantes de Calmon (1964, p. 34) respaldam-se pelas teorias justificantes do Estado sobre as possibilidades, a citar: 1) o Estado é divino, originado do sobrenatural; 2) o Estado é humano, proveniente da lei, portanto, racional e positivo; 3) o Estado é social. Embora as teorias apresentadas por Jellinek (1963), ora criticada pela sua forma limitada e por não justificar a abrangência social do Estado, admitindo somente o poder coativo ou “*imperium*”, destacam-se: justificação teológica-religiosa; teoria da força; teoria jurídicas; teorias éticas e teoria psicológica.

Sobre as premissas restritivas¹ de Jellinek (1963, p. 496-497), os tipos de Estados que vislumbra-se no decorrer histórico:

¹ Segundo os estudos de Georg Jellinek em sua obra Teoria General Del Estado, em que a soberania recai sobre o Estado e não sobre o povo, restringindo-se desde o século XIX, portanto, o significado da soberania popular, Sendo este Estado uma nação assentada num determinado território e dotada de um poder de mando, não recebe demasiada preocupação com a legitimidade política dos poderes constituintes. Do que já entende que as principais preocupações não é exatamente a tese da Autolimitação do Político e nem com a ordem jurídica não aristocrática.

1. Antigos Estados Orientais: o mais expressivo destaca-se o Estado Israelita, pela sua influência na igreja primitiva com figura do rei supremo chamado Jeová e também na ideologia política da Idade Média e da época Moderna;
2. Estado Helênico: marcado pela onipotência estatal, onde restringe significativamente o indivíduo e o conceito de cidadão;
3. Estado Romano: semelhante ao Estado Helênico, com aspecto jurídico dos romanos. Reconhecimento da qualidade de cidadão: titularidade nas prestações do Estado e do direito de participação. Elementos sagrados como a família e a propriedade, e a noção de que o indivíduo será detentor de direitos e membro de uma corporação política;
4. Estado da Idade Média: determina-se pela unicidade, ou seja, sem divisão interna. Guardando relação íntima com Igreja, Jellinek afirma que a igreja ofereceu aos Estados da Idade Média um exemplo vivo e permanente de uma associação unitária. Apresenta-se como um dos períodos mais difíceis da história política, tanto pela sua instabilidade quanto pela sua heterogeneidade. Consagrava-se um poder superior, visto o Imperador e a pluralidade de poderes sem hierarquia, determinando consigo a instabilidade como forma de transição para o Estado Moderno;
5. Estado Moderno: nasce com necessidade de uma unidade associativa, sustentado por uma Constituição, caracterizada por um dualismo entre o rei e o povo. Os entraves entre o Estado e Igreja ensejaram a Reforma Religiosa, em diversos Estados. A relação entre indivíduo e Estado não reconheceu a sua liberdade frente ao Estado, marcado pelo absolutismo sem limites.

Para a doutrina de Santo Agostino (1998) e São Tomás de Aquino (1998), o Estado que fora criado por Deus, como tudo que fora criado, não sendo, portanto uma criação humana nem tampouco decorreu da sociedade, e sim num figura maior que organizou o homem. Hobbes contrapõem tal argumento, relatava que o homem vivia em um ambiente natural, no qual proveniente se daria o surgimento de uma guerra, pois não haveria poder nem organização. Com intuito de evitá-la enseja a criação do Estado para como ente controlador da ordem e proponente da paz social, através de um contrato social, assim fundamenta Rosseau (1762, p.35):

[...]encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes.[...]

A união dos contratos sociais gerariam a formação de grupos que figurariam a forma de Estado, assim como JohnLocke (1998) asseverava que os homens que se unirem com objetivo de formar uma sociedade abdicavam de uma parcela de sua liberdade individual, tendo consigo as regras impostas por um soberano, mas sim através de pacto social, desvinculando a ideia defendida de indivisibilidade de Hobbes.

Bonavides (2000, p.35), retratou da acepção filosófica do Estado:

[...] a “realidade da idéia moral”, a “substância ética consciente de si mesma”, a “manifestação visível da divindade”, colocando-o na rotação de seu princípio dialético da Idéia como a síntese do espírito objetivo, o valor social mais alto, que concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobrepairá tão-somente o absoluto, em exteriorização dialéticas, que abrangem a arte, a religião e a filosofia[...].

Finalmente, o Estado se perfaz com três elementos constitutivos, sendo necessariamente conjuntivo, sem os quais desnatura sua caracterização, vem a ser, portanto: povo, território e soberania.

O povo é o elemento humano de formação, de cunho eminentemente jurídico, integrados numa ordem estatal determinada, sujeitos as mesmas leis, sob a égide organizacional e fiscalizador. Este conceito não se confunde com o de nação pelo fato da interligação entre os indivíduos seres por valores sócio-culturais semelhantes, nem é determinante a exigência de território para sua configuração.

Território vem a ser a delimitação geográfica e espacial dos limites de onde ocorrerá a incidência de normas jurídicas, estabelecidos pela soberania Estatal, compreende o solo, o subsolo, espaço aéreo, mar ilhas, e também todas as especificações geográficas identificadas naquele território.

Soberania está intimamente ligada à ideia de território, dado visto que vincula-se a ordem interna, com poder de impor determinações e condições. Para Reale (2000, p. 139) “soberania é tanto a força ou o sistema de força que decide do destino dos povos, no qual nasce o Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto à expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos dentre outros, da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania”.

Portanto a desde a aceção conceitual de sociedade até a busca de um bem com se concede o motivo que deu ensejo a formação de um Estado, este formado por seu povo o qual emana seu poder. É assim em última análise que se confere do Estado o poder de normatizar. Quanto ao elemento

constitutivo é o território que é identificado pelo espaço territorial em que a sociedade política irá exercer o seu poder, através da soberania.

2.1.1 Breves considerações sobre o Constitucionalismo Moderno e o Neoconstitucionalismo

As ideias iniciais consideradas pelo constitucionalismo pairavam no tocante a uma lei de garantias do indivíduo contra o Estado, com forma de elaboração escrita, concisa e rígida. Utilizava-se como meio de controle do poder e garantia do governo das leis, de onde se vislumbrava um rol de direitos do homem sob herança de uma declaração de direitos. Fundava-se pelo princípio da Separação de Poderes, na qual se privilegiava o Poder Legislativo, representando a soberania popular e pregando o Estado Mínimo.

Por outro ângulo, o Estado Moderno ou Contemporâneo busca construir um Estado estruturado e equilibrado entre os Poderes Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com suas atribuições limitadas e bases políticas estabelecidas. Com isso, as Cartas Constitucionais passaram a apresentar, de forma explícita, os direitos e garantias fundamentais do cidadão contra o antigo poder absoluto do Estado.

Para tanto, no século XX uma remodelação do cenário constitucional modificou, devido ao fato do advento dos Estados intervencionistas e a relativização dos princípios liberais diante das crises do mercado e sociais, as constituições estabeleceram modelos de Estado a fim de consagrar dos direitos sociais pra se adaptar a nova realidade fática.

Com a Constituição de Weimar em 1919, a primeira Carta Europeia de cunho social, considera-se o marco determinante do constitucionalismo, dado o fator que consagrou o início do Estado social, preocupado com o Estado social e suas mazelas. Anteriormente a Constituição do México, adaptada de 1917, foi resultado da Revolução Mexicana de 1910. Tanto a Constituição mexicana quanto a de Weimar apresentaram a consagração de direitos sociais em seus textos, além dos direitos liberais clássicos e dos direitos políticos das Constituições democráticas.

Portanto, como ramo do direito público e por objeto a Constituição política do Estado, em sentido amplo de estabelecer a sua estrutura, a organização de suas instituições, o modo de aquisição e limitação do poder.

Segundo Satre Ariza (2003, 239) o movimento neoconstitucionalista como sob diversas nuances de constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de direitos para designar o movimento constitucionalista do pós 2ª Guerra Mundial.

Historicamente, na Europa pós 2ª Guerra, a visão a respeito da Constituição, modificou-se sob influência dos novos ditames constitucionais e suas instituições. Findo os regimes totalitários, de opressão política e da violação reiterada dos direitos fundamentais, diversos países introduziram em seus escopo elementos valorativos e políticos fundamentais, a fim de ter uma expectativa de formação de um consenso mínimo a ser observado pela maiorias. Com isso se tornaram vinculantes, a respeito Cambi (2007, p. 44), que:

[...] catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc.), bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição.[...]

O fim do pós guerra fez surgir um pensamento de unicidade entre o constitucionalismo e as ideias de democracia, apresentando como resultado uma forma nova de organização política. Conforme apresenta Susanna Pozzolo (2003, p.189), as ideias se apoiavam em mudanças estruturais que levaram o Estado constitucional a modificar o Estado de Direito.

Referencias neoconstitucionalista, podem ser apontados na foi a Constituição alemã de 1949, e o Tribunal Constitucional Federal de 1951. Foram responsáveis pelo fortalecimento do Direito Constitucional nos países de tradição romano-germânica. Segundo Gustini (2003, p. 59) demonstra que a Constituição da Itália de 1947 e posteriormente a instalação da Corte Constitucional em 1946. Na década de 1970, pelo movimento da redemocratização e constitucionalização de Portugal em 1976 e da Espanha em 1978, como marcos jurídicos do neoconstitucionalismo.

No Brasil, segundo Barroso (2009, p. 36) este processo foi reconhecido pela Constituição de 1998 e do conseqüente processo de redemocratização. O Direito Constitucional brasileiro se restabeleceu por ocasião da discussão prévia a convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Esta constituição como brilhantemente Mendes (2008, p. 1339) abordou, foi elaborada para suportar momentos de crise política, semelhante aos precedentes a sua elaboração.

Trata-se de posturas que buscam interpretar e explicar o direito dos Estados constitucionais, principalmente os que, no pós-guerra e em repúdio aos recém-despostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores sob uma mecanização rígida de fiscalização da constitucionalidade, por órgão especializado, a exemplo do Tribunal Constitucional. Observa-se que os princípios que regem, acrescida ponderação e subsunção, complementar a Constituição rígida e exercida por um Juiz legislador.

A origem filosófica do neoconstitucionalismo está associada ao pós-positivismo², assim se concretiza os direitos sociais, e a partir de uma aplicação secundária dos princípios jurídicos amoldando variantes legais.

Quanto ao marco teórico, registram-se três vertentes, que vem a ser: o reconhecimento da força normativa da constituição, o crescimento da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma dogmática constitucional. Esta força normativa da constituição significa considerar o poder imperativo das normas, o qual rompe com o paradigma clássico que as Cartas Constitucionais permeavam determinações programáticas, ou seja, sem eficácia vinculante, sempre dependente de ações públicas governamentais.

Após se consolidar no campo da jurisdição constitucional, ganha relevância os direitos fundamentais, sua proteção e garantia. Passou a ser competência do Poder Judiciário, sob concessão de atuação típica do Poder

²O pós-positivismo surgiu como uma nova teoria no tocante à normatividade dos princípios após o fracasso filosófico do jusnaturalismo e do colapso político do positivismo jurídico apoiado pela Alemanha Nazista e Itália Facista. Tal teoria visa dar aos princípios jurídicos caráter normativo, e estes devem atuar como uma espécie de norma jurídica vinculante. O pós-positivismo tenta restabelecer uma relação entre direito e ética, pois busca materializar a relação entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais e para isso, valoriza os princípios e sua inserção nos diversos textos constitucionais para que haja o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica

Legislativo, que sob o positivismo jurídico detinha a exclusividade sob as influências de Montesquieu e a tripartição de poderes.

Consequentemente os resultados sob a nova ordem jurídica brasileira, destacado por Eduardo Cambi (2007), foram a simplificação da jurisdição do acesso á justiça com a criação dos Juizados Cíveis e Criminais, participação da advocacia pública e particular. Destacam-se a modificações apresentadas pelas funções essenciais da justiça, como o *Parquet*, através dos quais se passou a tutelar direitos difuso e coletivos, individuais homogêneos; expansão do controle de constitucionalidade sua inserção como legitimados para sua consecução.

2.1.2 A problemática do Estado brasileiro contemporâneo

O papel intervencionista do Estado brasileiro esteve presente desde meados do século XX, atuante nas esferas econômicas e sociais. Resistiu até os avanços das privatizações do governo Fernando Henrique, gerando raízes até os dias de hoje, não só nos setores públicos, mas também nos privados.

Ante uma visão protetivas aos ataques do detentor do capital, a versão neoliberal, do bem-estar social o que explicaria sua persistência, ao fato que se encontra o mercado livre de especulações econômicas. Todavia foi nos anos 90, em busca de saídas para a crise em que se encontra do país, o governo adotou medidas que buscassem uma reforma estrutural que amenizasse a situação de crise. Adotou se um modelo baseado pelo princípio da subsidiariedade, em que se executaria apenas um auxílio ao particular com intuito de manter o controle da ordem social e econômica.

Contudo a problemática surge ao fato de que o Estado é realmente primordial se ocupar a atividades que podem ser desenvolvidas de modo satisfatório pelo particular. Entretanto, pretender que o ente estatal deva dar auxílio ao particular sempre que este não tenha condições de ele próprio, desenvolver a atividade para a qual direcionou seu intento, acarreta, como consequência, a transferência de recursos públicos para a esfera privada e mais ônus ao erário público.

Sob este cenário se atribui ao Estado social uma concepção antidemocrática – em que o indivíduo perde sua liberdade de escolha diante da dominação da sociedade pelo aparato estatal –, afirmam alguns que o verdadeiro Estado Democrático de Direito se manifesta apenas no modelo de Estado apoiado no neoliberalismo, pois é o modelo que se preocupa em redefinir os limites entre o Estado e a sociedade civil, para que se tenha resgatado as qualidades que lhe são próprias: “tais como auto interesse, trabalho duro, flexibilidade, autoconfiança, liberdade de eleição, propriedade privada e desconfiança na burocracia estatal”, determinado por Torres, (2001, p. 59).

Assim, reduzir o papel do Estado do bem-estar e ampliar a ação do Estado neoliberal era essencial para o sucesso das ideias político-ideológicas das superpotências, melhor infiltradas graças ao processo de globalização, incentivadas, sobretudo pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial, para a concessão de créditos aos países em desenvolvimento. O escopo consistia em “apedrejar” o Estado intervencionista e, igualmente, atribuir à Constituição de 1988 o estigma de “grande vilã” da manutenção da burocracia e do agravamento da crise estatal. Portanto, nada era mais consentâneo com esta visão do que propor a “transformação” do Estado interventor para o subsidiário.

Dois fatos incontestes apresentam-se a realidade brasileira: o primeiro, que dificilmente modificar-se-á, é o fato de que só o Estado – e não os particulares – pode resolver as mazelas das desigualdades sociais existentes em nosso país e, assim, ainda que se intente instituir um Estado subsidiário, persiste quanto a necessidade da intervenção estatal para amenizar os problemas das classes menos favorecidas; o segundo, consiste no fato de que a Constituição de 1988 define “um modelo econômico de bem-estar” e, neste sentido, “os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso”, assim afirmou Grau. Do contrário há que se fulminar qualquer mudança introduzida na Carta Magna, incompatível com o modelo que agasalha, com o vício da inconstitucionalidade, novamente dito por Grau(2006, p. 47).

Isso porque “A substituição do modelo de economia de bem-estar, consagrado na Constituição de 1988, por outro, neoliberal, não pode ser

efetivada sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170”, a qual o Ministro Grau(2006, p. 48). Portanto, há que se observar a ordem constitucional, agrade ou não, o pensamento e o discurso de quem prima pelo afastamento do Estado de cunho social.

2.2 A DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Um tema bastante discutido no seio jurídico-filosófico em questão da sua unicidade ou pluralidade de poderes, para tanto irá se adotar a terminologia Separação e não Divisão dos poderes. De tal sorte, será abordado a expansão do Poder Judiciário na busca da concretização das promessas das constituições em voga. Esse fenômeno causado leva em choque a sociedade e os poderes políticos, sendo alvos de tensões entre os Poderes Executivos e Judiciários, como as de decisões por parte da jurisprudência da Suprema Corte, adotando uma visão concretista geral, na qual convencionou-se em denominar judicialização da política.

Diversos doutrinadores, em suas obras consagradas pela doutrina, discorrem que a Separação dos Poderes contribuiu para os que hoje são os princípios basilares de vários Estados. Portanto, serão analisados em fase dos estudos da Separação dos Poderes, primeiramente será analisado a origem, seu nascimento, as ideias que ensejaram essa teoria. Posteriormente o enfoque será quanto ao nascimento da clássica doutrina tripartite, por fim resta a aplicação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

Desde os primórdios o homem buscava viver em grupos, na qual deu ensejo a interdependência uns dos outros como uma forma de sobrevivência e desenvolvimento, fazendo surgir consigo pequenas sociedades, estas dirigidas por líderes que conseguiam comandar seus grupos contra os avanços de forasteiros. A figura do líder, chefe supremo, na qual era diferenciado pela sua superioridade entre os outros e sua substituição se dava aos seus herdeiros, que logo depois se consagrou a monarquia absolutista.

Instituiu-se, portanto, que o poder político desde a época mais remota, assim consagra o célebre jurista Silva (2005, P.106), ao definir poder:

[...]Um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins[...].

Desde a consagração do Poder Político, a separação dos poderes tornou-se necessário a sua limitação, evitando assim, estabelecer uma autoridade desenfreada e sem escrúpulo. Os primeiros escritos datados forma de Platão, quando discorreu acerca da figura da Pólis, quando descreveu com perfeição as competências para o seu pleno desenvolvimento. A desconcentração aduzida por Platão fora baseada na ideia de equilíbrio, proporcionado por uma organização política formada por partes, entendia que as funções divididas para cada indivíduo de acordo com suas atribuições, de forma justa, equânime e harmônica.

Tempos depois, Aristóteles (1998) em sua obra “A Política” consagrou o planejamentos de divisão de funções, delineando a constituição do Estado, determinando as formas de governo e instituições que assegurassem a felicidade coletiva.

Dentre os pensadores posteriores a Platão, a citar Moraes Filho (2003, p.157), os quais desenvolveram o modelo ideal igualitário da corrente tripartite da separação dos poderes, destaca-se além de Aristóteles, Montesquieu e Locke. Para o filósofo Aristóteles já “distinguiu no Estado três poderes principais: a) o que delibera sobre os negócios do Estado; b) o que compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos; c) o que abrange as tarefas da jurisdição”, todavia deixou a desejar, pois não se ateu a sugerir a atribuição de cada um desses poderes a órgãos independentes e especializados.

Por suma, objetiva-se tecer análise ao tema da Separação dos Poderes e suas implicações em relação ao fenômeno denominado de judicialização da política no âmbito do Estado brasileiro.

2.2.1 Discussões acerca das impropriedades terminológicas.

Resguardo à análise da terminológica, sob os estudos de Bonavides (2007, p.243) existe somente um titular do poder estatal, que venha a ser o povo ou Estado como titular de órgãos governamentais. Por vistas, teremos um Poder Legislativo, Judicial e Executivo relativo a pessoas distintas. Portanto conclui-se que o poder é uno e indivisível: “o poder do Estado na pessoa de seu titular é indivisível, a divisão só se faz quanto ao exercício do poder, quanto às formas básicas de atividade estatal”.

Para Dallari (2003, p.112), ao disciplinar a questão da Separação dos Poderes, adverte que a problemática respalda quanto ao fato de que:

[...]Embora seja clássica a expressão separação de poderes, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções.[...]

Destaca se a ainda, sobre a unicidade e indivisibilidade do poder, segundo Spitzcovsky (2009, p.147):

[...]Na verdade, o poder não se triparte. É insito à sua natureza ser uno e indivisível. Assim, a expressão mais própria para esse título é tripartição das funções nas quais se divide o exercício do poder estatal. Em outro dizer, a subdivisão não se refere ao poder propriamente dito, mas às suas diversas formas de manifestação[...].

Portanto o entendimento de que o sentido separação não registra a divisão do poder, mas de tarefas e atribuições, assuntos do Estado. Este permanece uno e indivisível. Embora seja comumente usada a denominação de “separação dos poderes”, “divisão dos poderes”, ou, até, “tripartição dos poderes”, entende-se da impropriedade técnica está em sua terminologia, devendo ser chamado corretamente de separação, divisão ou, até mesmo, tripartição de funções, das atribuições e de suas competências.

2.2.2 Separação dos Poderes por John Locke.

O pensamento seiscentista fora marcadamente importante para estruturação da Teoria Tripartite. Inglês, Locke desenvolveu em sua obra “o Segundo Tratado do Governo Civil” a tripartição dos poderes. Com bases empíricas, propôs de forma pioneira, a divisão das funções do Estado como Legislativa, Executiva e sob uma nova roupagem a Federativa.

Em seus estudos sobre a Moral e a Política, John Locke (1998, p.497) reconhece a figura do Estado natural, visto que cada indivíduo abriria mão de seus direitos absolutos, de seus bens e liberdade humana, para se submeter a outro poder como a sociedade política, sendo justificado pela conservação da propriedade.

[...]É assim que os homens – não obstante todos os privilégios do estado de natureza –, dada a má condição em que nele vivem, rapidamente são levados a se unirem em sociedade. Donde se segue que raramente vemos um grupo de homens vivendo nesse estado. As inconveniências a que se vêem expostos em razão do exercício irregular e incerto do poder que cada um tem de castigar as transgressões de terceiros impelem-nos a se refugiarem sob as leis estabelecidas de um governo e a nele buscarem a conservação de sua propriedade.[...]

O Poder Legislativo, o poder supremo de cada Estado, em que tudo era subordinado ao mesmo. Define o modo como que a comunidade deverá utilizar a força para si para seus membros, os limites estabelecidos a esse poder será, entre os quais as leis elaboradas devem ser equânimes e com finalidade do bem do povo. Não poderá haver imposição sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, seja através de seus representantes seja de forma delegada.

O Poder Executivo é concebido como responsável pela execução das leis internas, cria um terceiro poder, denominado como Federativo, que não poderá dissociar do executivo, sendo responsável pela administração, relacionamento com estrangeiros, estabelecer também decisões de guerra e paz. Muito embora não discorra sobre o Poder Judiciário, este era retratado como meio do Poder Legislativo. Sem deixar de lado a função prerrogativa, exercida pelo rei, de função executiva, não pode ser considerada como um

“quarto poder”, uma vez que, só é cabível de forma excepcional, a exemplos de casos extraordinários.

Apesar de que, John Locke não tenha registrado expressamente acerca do Poder Judiciário, este se refere como atividade meio do Poder Legislativo. Ao registrar sobre a função prerrogativa, na qual era executada pelo rei, como a função executiva, Locke assevera que não pode ser considerada como um “quarto poder” uma vez que, só é cabível em casos de exceção constitucional como em casos extraordinários, como por exemplo, guerras e estados de emergência.

2.2.3 Separação do Poder por Montesquieu.

Dando prosseguimento as ideias de Locke, Montesquieu fora responsável pela inclusão do poder de julgar entre os poderes fundamentais do Estado quando construiu a tese da desconcentração do poder centralizado. Consistiu, Montesquieu em atribuir ao Estado os três poderes, ou melhor: o Legislativo, responsável pela elaboração da leis; o Executivo que se ocupa em questões excepcionais de guerra e paz, relação com demais Estados, e por fim o Judiciário que dá a imagem do príncipe ou do magistrado o poder de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil. Atentava Montesquieu ao fato do abuso de poder dotado pela natureza do homem, visto que com o tempo fariam ele a usurpá-lo. Dado o fato, contrapõem-se a Locke, já que reunir a função legislativa e executiva a um único ser ou um conjunto deles levaria a tirania. Igualmente seria o caso do poder de julgar unido com poder de legislar, visto que o mesmo que elaboraria a lei, aplicaria a mesma ao caso concreto, dando margem a corrupção humana e sérios arbítrios.

Para isso torna-se necessário a limitação do poder pelo próprio poder, pois não haveria o poder absoluto, onde esbarrava seus excessos no outro poder. O Poder Legislativo idealizado por Montesquieu se retratava como seus representantes seriam os eleitos pelo povo e para o povo. Configurado pela Câmara Alta composta por nobres com o intuito de contrabalancear as investidas da Câmara Baixa composta por sua vez por representantes do povo, por estes também podendo ser limitados. O Poder Executivo seria exercido

pelo Monarca, única pessoa. Por fim para Montesquieu idealizou o Poder Judiciário, como uma forma de manifestação de soberania do Estado, contudo apesar de sua função não está intimamente ligada ao Estado, visto que aplicam leis elaboradas por outros poderes, sem qualquer interferência de um em outro.

A preocupação de Montesquieu era quanto à delimitação de competências, atribuindo a Teoria dos Freios e Contrapesos – *Checks and balances*- segundo Dalmo Dallari (2003, p.219-220):

[...]O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais, ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios de cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de atos especiais. O Executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo Legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.[...]

Sendo assim, Montesquieu diferenciou as funções essenciais a cada Poder, o que hoje se detêm a denominar funções típicas e funções atípicas, dadas aquelas realizadas pelos poderes a fim de contrabalancear a ordem de funcionalidade destes.

2.2.4 Separação dos poderes na doutrina dos Estados Unidos

O Estado Federal criado nos anos de 1787, denominado de Estados Unidos, ex-colônia inglesa, de regime confederativo. Foi nesse cenário que os americanos temendo uma expansão do Poder Legislativo nos mesmos moldes demonstrados por Locke e Montesquieu, embora influenciado pelo modelo europeu, tentaram construir um modelo de tripartição harmônico entre os poderes.

Com isso em 1787, os Estados Unidos elaboram uma Constituição, onde se apresenta funções inerentes a cada esfera de poder, tornando os precursores do modelo tripartite de poder. Ressalta como obra determinante, os Artigos Federalistas (1993), de autoria Hamilton, Madison e John Jay, em se registra em seus escritos que poderia ser deslocado uma pequena parte do poder para o governo central sem destruir a identidade da autonomia dos Estados separadamente.

2.2.4.1 Os federalistas

Movimento pioneiro, de participação Hamilton, James Madison e John Jay, responsáveis pela instituição do primeiro governo baseado na teoria da Separação de Poderes. Foi instituído nos Estados Unidos no ano de 1787. Apesar de não constar no texto constitucional a divisão de poderes, os autores federalistas, a exemplo de Madison, entendia ser necessária a separação das funções legislativas e administrativas, evitando assim a tirania registrada por pensadores antecedentes, como afirma Moraes Filho (2003, p.157):

[...]O ponto inovador dos federalistas seria a inovação dos federalistas, seria a inserção do povo a República, a escolha de seus representantes já demonstrava a participação popular, dado ao fato de outros poderes serem necessário um conhecimento técnico como no caso dos magistrados gênio republicano exige não somente que o poder emane sempre do povo, mas também que aqueles a quem o poder é confiado estejam sempre na dependência do povo, tanto pela curta duração dos seus cargos quanto pelo grande número dos depositários do poder público[...].

O pensamento que denotou o aspecto característico dos Federalistas foi quanto ao posicionamento do povo ao exercer a República que surgia, assim destacado novamente por Moraes Filho (2003), que o poder principal não emane somente do povo, e sim de quem o confie em sua dependência, marcadamente pela durabilidade de seus cargos e pela quantidade de seus membros.

Assim, pela vontade popular, desde aquela época foi restringida ao Poder Judicial, devido ao fato de que de exercício de suas funções técnicas e de quem os deveriam ser executados somente por magistrados.

2.2.4.2 O caso Marbury versus Madison

O primeiro caso de controle de constitucionalidade registrado desde a implantação de uma Constituição em um Estado Democrático de Direito, é imperioso seu registro uma vez que demonstrou que a vontade do povo será imprescindível em relação à impropriedade entre os desejos da sociedade, já que a construção de um Estado sem a participação do povo se levará a tirania.

Dada decisão da referida Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, no caso envolvendo o juiz de paz nomeado William Marbury, contra o secretário de Estado Madison, foi o primeiro caso do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais em face da Constituição, por meio de decisão do Poder Judiciário.

Com efeito, John Adams, Presidente na época, nomeou em 1801, diversos juizes de paz, dentre eles Marbury. Essa nomeação consistia na decisão política do Presidente de nomear após confirmação do Senado e da entrega de diploma de responsabilidade do Secretário de Estado. Entre a indicação e entrega do diploma a Marbury, Thomas Jefferson assumiu a Presidência e indica Madison para o cargo de Secretário de Estado, o qual se nega a entregar o diploma ao indicado pelo Presidente John Adams. Marbury, prejudicado e ajuizou por sua vez um *writ* perante a Suprema Corte Americana, invocando o *Judiciary Act* de 1789, lei esta que estruturou o sistema judiciário federal, inclusive a Suprema Corte. Reconhecia, portanto tal ato, dentre outras atribuições, a jurisdição dessa corte para tratar de assuntos relacionados à nomeação de pessoas para cortes judiciais.

A decisão de Marshall, no entanto, foi pela desobrigação da entrega do diploma a William Marbury – diplomado para juiz de paz – sob o argumento de que o *Judiciary Act* de 1789 havia inovado em relação ao artigo III, seção II da Constituição, que só tratava de conceder competência à Suprema Corte quando figuravam como partes embaixadores, cônsules e ministros, do que

não se tratava no caso concreto, uma causa pertinente ao controle difuso da constitucionalidade, assim demonstrado pelo excerto retirado da tese de Pamplona (2006, p. 63):

[...] A justificar ao Poder Judiciário exercer esse controle de constitucionalidade, Marshall, ao interpretar a seção II, onde diz “The Judicial power shall extend to all cases [...] arising under this Constitution”, define que ela significa que o poder judicial pode ser exercido em todos os casos em que haja uma questão de constitucionalidade.[...]

Do ponto de vista político, o caso *Marbury versus Madison* representa uma reação da Suprema Corte contra o projeto revolucionário de Thomas Jefferson, que possuía visão oposta aos federalistas, ou seja, que o povo deveria ser, segundo procedência de Bercovici (2008, p. 179) “protegido de si mesmo, e que, portanto, a Constituição existia também contra a vontade popular do momento”.

Ressalta-se que o juiz Marshall, anteriormente fora Secretário de Estado do Presidente John Adams e nomeado no final do mandato como “*Chief Justice*”, na qual trouxe consequências ao novo poder executivo então vigente, Thomas Jefferson. Afirmava Jefferson, assim como retrata Bercovici (2008, p. 179) que o povo era o responsável por seus atos e o “*rule of law*”³ não pode substituir o princípio republicano do governo da maioria” e um Estado de Direito sem a participação do povo é considerado tirania dos tribunais.

O Caso *Marbury* fortaleceu de forma determinante o Poder Judiciário Americano em que além de declarar a opinião do povo, ou seja, dada a supremacia da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao ponto de tornar a tradução da vontade democrática, reduziu significativamente a importância do poder constituinte ou da soberania popular do Estado Americano.

Com esse quadro de fortalecimento da Corte, tem-se o “bonapartismo”⁴ no âmbito do Poder Judiciário, ou seja, além de haver uma desautorização dos

³Tradução livre: “Estado de Direito”.

⁴ Significado a expressão “bonapartidarismo” de acordo com dicionário de Bobbio (1992, p. 83): “forma de governo em que é desautorizado o poder legislativo, ou seja, o Parlamento, que no Estado democrático representativo, criado pela burguesia, constitui normalmente o poder primário, e em que se efetua a subordinação de todo o poder ao executivo, dirigido por um

dois outros poderes em detrimento da decisão judicial, a Suprema Corte se apresenta como se fosse um mediador, em que se podia conduzir os destinos do país através de suas decisões.

2.3 PODER JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Constata-se que desde a Roma antiga, pelos ensinamentos de Moreira Alves (1998, p. 31-32) especialmente no principado de Augusto, em datas a 27 a. C., existiam as magistraturas com diversas funções, desde a representativa do *Consulado*, de recenseamentos dos cidadãos pela *Censura*, de secretariado administrativo do *princeps* pela *Questura*, do *Tribunato da Plebe*, da *Edilidade Curul e da Plebe*, até a jurisdição civil exercida pela *Pretura*, ramo da magistratura romana mais similar à atual.

A decadência jurídica de romana deu-se no período Republicano, onde as magistraturas sofreram forte determinismo dos principados, onde se incumbia ao *princeps* a última palavra em caso de uma reanálise.

No período absolutista a atuação do Judiciário, deu origem com o poder dos reis ante o “braço do rei”, denominação empregada por Blackstone (1979, p.23-24), do qual derivava a justiça. Na verdade não se caracterizava uma justiça no moldes adequados, visto que também eram considerados autoridades os senhores feudais e o próprio clero.

No século XII, na França, os *prebostes*, o *baile* e o *seneschal* eram os administradores incumbidos em aplicarem a justiça. Cumpriam determinações reais, fazendo em nome do Rei.

Na Idade Moderna, a Revolução Francesa deu lugar primordial ao Poder Legislativo, que o mesmo chegou ao seu apogeu, dava-se a “onipotência do legislador” em oposição às monarquias absolutas. As leis representavam a vontade do povo e o ideal iluminista vigente assegurava dada a razão humana e a segurança jurídica tão necessária, ausentes nos tempos remotos. Neste momento histórico, marcado pela lei como expressão absoluta da vontade geral, onde fincava a ideia da rigidez na separação dos poderes e pelo

grande personagem carismático, que se apresenta como representante direto da nação, como garante da ordem pública e como árbitro imparcial diante dos interesses contratantes das classes.”

descrédito no Judiciário, incumbia ao magistrado somente a pura e simples aplicação da lei assim como foi dito por Montesquieu (2000)– “*bouche qui prononce de la loi*”, ou seja, não havia liberdade de julgar de forma moderada, eram simples tradutores da lei.

Em meados do século XIX, esse Estado Legalista entra em crise devido o declínio da segurança do Parlamento, em que se abusavam e excediam nas leis as vistas da ordem social, gerando uma crise generalizada, sem obediência as leis por parte da sociedade devido a sua ineficiência de suas forças coercitivas, assim determinava nas lições de Hespanha (1998, p. 9).

Chegado o século XX, afigurou-se o Estado Social, tendo como precursor a Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, e do próprio Estado Constitucional de Direito. Como fim da II Guerra Mundial, o panorama do Poder Judiciário se modificou, ganhando espaço importante na justiça social com atuações intervencionistas.

Boaventura (1998) adotou a nomenclatura de queo judiciário nessa época tornou-se o “fiador da democracia”, visto que segundo Tavares(2012), ditou que a superação do absolutismo Parlamentarista e suas falhas legislativas, juntamente com o controle de constitucionalidade o Judiciário se tornariam uma peça fundamental juntamente com os demais Poderes na efetivação dos direitos fundamentais aos cidadãos.

Hans Kelsen teve papel fundamental na criação da Corte Constitucional Austríaca, percussor do modelo de pelo controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo. Esse modelo seguido por diversas cartas constitucionais, a exemplo de Itália, hoje presente também nas constituições ocidentais.

Relevante seria a análise do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelas destoantes asseveradas por Hans Kelsen e Carl Schmitt. Ambos divergem quanto ao ponto de quem deveria ser o guardião da Constituição: onde Kelsen defende o controle jurisdicional da Constituição; e Schmitt, aponta para o presidente do Reich Alemão como o único legitimado a desempenhar esse papel de controle da constitucionalidade, por ter sido eleito pela “totalidade do povo”.

Carl Schmitt adota a tese de que o “controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista (*Justizstaat ou Jurisdiktionsstaat*), em que toda a Política fosse submetida ao controle dos Tribunais”, ou melhor, seria um Estado regulador, compostos por magistrados, onde a consequência seria não a Judicialização da Política, mas a politização da justiça, alerta Bercovici (2003, p. 196). Com efeito, partindo da teoria de Benjamin Constant *do pouvoir neutre, intermediaire e regulateur*, onde justifica o arcabouço teórico para assegurar a figura do Reich como o grande guardião da Constituição, podendo concluir segundo Schmitt, (2007, p. 233-234) que:

[...]O fato do Presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O Presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Por tomar o Presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política.[...].

Por outro lado, Hans Kelsen (2000) se opõe à tese de Schmitt (2007), criticando o ponto em que da aplicação da doutrina nas monarquias constitucionais, visto o fato se encaixar em um panorama distinto, ou seja, a figura do Presidente do Reich, em um Estado Republicano, como a doutrina do poder neutro de Benjamin Constant. De tal sorte, Kelsen (2000) ao questionar a tese de Schmitt de que o presidente do Reich seria o legitimado para controlar a Constituição, invocando o princípio jurídico básico, onde ninguém será o juiz da sua própria causa:

[...] caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do Governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados[...].

É nesse contexto que se analisa a inserção do Poder Judiciário no cenário onde somente o Legislativo e Executivo protagonizavam. Esse cenário

de tensões dentro dos poderes dos Estados convencionou-se a denominar como Judicialização da Política.

Portanto é com o estudo da teoria da Separação dos Poderes que se compreende o fenômeno da Judicialização da Política, ao passo que se trata do meio pelo qual a cúpula jurídica influencia ou determina as políticas públicas previamente previstas em atos do Poder Legislativo ou Poder Executivo, expresso de outra forma, é uma reação do Judiciário diante da provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político, tomando como base a Constituição revisto por Canotilho (2001, p. 545).

[...]ora, nem de longe pode ser presumida a democracia se os direitos humanos, fundados na dignidade da pessoa, são colocados à deriva em nome da reserva do possível e mesmo a separação de poderes como afirmações de soberania popular, sob pretexto de que os dirigentes não fizeram a precedente inserção daquilo que é vital e indispensável à existência no plano orçamentário pela via da lei, ou de que as normas de programa geram, tão só, direitos subjetivos negativos e consolidam 'topois' de interpretação[...].

Essa intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas se legitima diante da necessidade de harmonização do princípio da Separação dos Poderes com os princípios da legalidade e da inafastabilidade de acesso ao Judiciário, de modo que toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, incluindo aqueles que são efetivados por meio de políticas públicas, se submetem a apreciação do órgão jurisdicional.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Com a explosão se demanda judiciais que visavam à concretização cada vez mais atuante, em efetivar os direitos e garantias presentes nas Cartas Cidadãs dos Estados, junto aos Poderes Executivo e Legislativo, trouxe a tona o fenômeno da Judicialização da Política.

Categoricamente consubstanciado pela doutrina de Tatté e Vallinder (1995), Antonio Garapon (1998) e Mauro Cappelletti (1993) atentarem-se ao estudo da concretização desse movimento da jurisdição constitucional ante a concretização de direitos resguardados constitucionalmente.

3.1 REFERENCIAL TEÓRICO E ADELIMITAÇÃO DO CONCEITO

Intimamente relacionado ao tema da Judicialização da Política está à doutrina da Separação dos Poderes, Democracia, Federalismo e Política. Mas foi com a democracia pregada pelos gregos que alertou a todos a ideia da “liberdade política”. Os cidadãos se submetiam as tradições passadas, marcadas pelo preconceito e discriminação, contudo após a revolução os rumos das políticas mudaram, a igreja deixou de lado sua soberania na detenção das leis, dando lugar a participação efetiva da política, deu margem ao cidadão comum, e abastado que participasse da formação da vontade coletiva e lutar pelos direitos necessários a toda a comunidade.

Não durou por muito tempo a democracia de Abraham Lincoln, com a derrocada do Império Romano, a Igreja tomou posse das leis na figura dos Reis Divinos, sendo redescoberta, porém de forma remodelada pelos iluministas no século XVIII, agregando a representação, na qual o povo o elegeira para elaborar e reger a República.

Vindo o Estado Social, a Democracia Iluminista ganhou uma nova roupagem, evitando se tornar um governo de maioria, o povo elegeira seus representantes para assegurarem os interesses dos menos favorecidos. Portanto, é possível visualizar sob o panorama histórico que a expansão do Poder Judiciário ante as questões políticas foram para garantir perante a

democracia representativa e das minorias a possibilidade de participação e detenção de direitos.

Campo de estudo das ciências sociais e jurídicas, apresenta repercussão mundial dado ao fato da expansão do Poder Judiciário, da “mobilização social judicializada” em exigir e assegurar a todos a implantação das políticas públicas consagradas nos diplomas constitucionais.

Dentre a doutrina e pelos estudiosos do tema, o conceito de Judicialização da Política é asseverado por Tate & Vallinder (1995) como o processo por intermédio dos quais juízes e tribunais passam a influenciar ou determinar as políticas públicas previamente previstas em atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Dessa forma a expansão do Poder Judiciário, no que deu seguimento ao fenômeno em tese foi dado ao fato como assevera Carvalho (2004) como sendo uma resposta do Judiciário à provocação de um terceiro e tendo por fim revisar a decisão de um poder político tomando como base na própria Constituição.

Importante, pois abrange o objeto de estudo, citar que as Ciências Sociais procuraram determinar a interferência da política na atuação das cortes judiciais para avaliar especificamente como o processo judicial interage com o sistema político democrático, especialmente os poderes executivo e legislativo, e quais os seus efeitos em termos de formulação e efetivação das políticas públicas (Stone, 1994; Tate, 1995). Na mesma esteira, porém na área Jurídica, Marcos Faro de Castro (1997), descreve:

[...] A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre “Direito e Política” e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político[...]

A Judicialização da Política apresenta algumas características, apresentadas por Castro (1997): “(1) um novo “ativismo judicial”, isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais e (2) o interesse de políticos como autoridades administrativas em adotar: (a)

procedimentos semelhantes aos processos judiciais e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas análises.

No Brasil, este fato ficou notório nos quadros jurídico-político, a partir da Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição Cidadã, por conter um rol expansivo de direitos e garantias fundamentais e outros diversos no decorrer do texto constitucional. Por outro lado, dotada de uma força normativa vinculante para todos os Poderes Estatais, Hesse (2001), materializou inúmeros direitos, antes relegados ao plano político-formal.

3.1.1 A expansão global do poder judicial: C.N. Tate e T. Vallinder

Aos trabalhos de Tate & Vallinder, registra-se o Artigo *Tornbjorn Vallinder*, datado de 1995, *When courts go marching in*, no qual apresenta a o conceito da Judicialização da Política. Conceito este significa “expansão global do Poder Judiciário”, referindo à interferência das decisões judiciais nas questões políticas.

Parte de um conceito lexicográfico, dado pelo dicionário de inglês - *Oxford*- onde se registra o conceito de “Judicialização”:

[...]por um lado, a via de um julgamento legal, seja no exercício das funções por um juiz seja no de sua capacidade; por meio de –ou em relação com– a administração da justiça, o processo legal (judicial), ou por sentença de uma corte ou um juiz; ou, por outro lado, de acordo com a maneira (estilo, jeito) de um juiz, com o conhecimento e perfil judicial [...]

Com isso retira o significado do termo “judicialização”: a) A expansão do domínio das cortes ou dos juizes em detrimento dos políticos e/ou da administração, isto é, a transferência de direito de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou do serviço público para as cortes; ou, no mínimo e b) A expansão de métodos judiciais de tomada de decisão para além do próprio domínio do Judiciário. Resumindo, portanto, a Judicialização vem a ser como um desvio para a forma de um processo judicial, assim registrado por Vallinder, (1995,p.13).

Vallinder (1995, p.14) trabalhou em distinguir as cortes com as legislaturas, reconhece que não é nítida a execução desses instrumentos, e que são essenciais numa democracia: “As cortes têm como atores as duas partes do litígio e um terceiro, que atuam num processo de produção de evidências e argumentação em audiências públicas; a decisão é tomada por um juiz imparcial e se fixa em casos individuais, cujos fatos ela determina e estabelece a regra relevante. A decisão adquire o estatuto de “a única solução correta”. Na legislatura há múltiplos atores, que estabelecem relações de barganha, compromissos e alianças ocasionais; a decisão é tomada pelo princípio majoritário e tem o caráter de fixar regras gerais sobre políticas, implicando a alocação de valores na comunidade política. A decisão tem o caráter de “a solução politicamente possível”.

Afirma também os dois modelos ditos opostos: decisão política e decisão judicial, um lado está “o governo dos juizes e de outro o majoritaríssimo total” determinado por Vallinder(1995,p. 24). São associados as “Cortes” e a “Legislaturas”, denotados como termos típicos ideais, se distinguem pela sua ênfase ou abrangência, reproduzidos em seus estudos para identificar o fenômeno “da expansão global do Poder Judiciário”. Pela evolução da democracia, os Estados estavam passando por um processo de expansão do Judiciário, na qual levariam o domínio dos magistrados as decisões políticas em detrimento dos parlamentares eleitos pelo povo.

Em meados do século XX, pós 2ª Guerra Mundial, e posterior ascensão de Hitler, a judicialização está apresentando neste panorama de mudanças ideológicas, viu-se que a situação econômica dos países estavam comprometida como também a questão do planejamento social demonstrou Vallinder a contestação do Judiciário ante o predomínio então vigente do Executivo pela intervenção estatal.

Ao retratar a expansão do Judiciário, Tate(1995), formula um modelo taxado pela capacidade preditiva da ocorrência da Judicialização. Procurou organizar as necessárias medidas que facilitassem e efetivassem a mesma. Primeiramente os fatores que não determinam a Judicialização, mas que facilitam: Separação dos Poderes, uma política de direitos, um sistema de grupos de interesses, partidos fracos ou coalizões governamentais frágeis nas instituições majoritárias que levam o impasse político, apoio inadequado do

povo e por fim a delegação de autoridade de decisão em algumas áreas de políticas. Tal fenômeno acontece tão somente: participação no processo de tomada de decisão que poderia ser deixados á prudente ou insensata discricão de outra instituição ou, de outra forma; substituição pelas soluções de políticas que eles derivam aquelas que de outras instituições, assim elencados por Vallinder (1995, p.33).

Por fim, resumindo a ideias da expansão do judiciário de Vallinder, a Judicialização seria umpré-condicionamento dado à democracia e algumas intermediadoras como: a separação de poderes, política de direitos entre outros. A condição eficiente seria o ativismo de juizes em oposição á tendência dominante nas instituições majoritárias. Ainda assim, a Judicialização seria um fenômeno um tanto quando de difícil averiguação, dependendo dessa expansão e da atuação dos juizes ativista em declarar suas perspectivas ideológicas ao legislativo.

3.1.2 O guardião das promessas: Antoine Garapon.

Antoine Garapon reforça em sua obra intitulada como “O juiz e a Democracia – O Guardião das Promessas”, a ideia de Vallinder e Tate, além de outra causa do fenômeno da Judicialização da Política, dada: a incredibilidade popular ante as ações do poder público diante das demandas sociais. Em um texto marcadamente político, analisa que a expansão do Poder Judiciário esta relacionado à crise da sociedade contemporânea tendo por referência a justiça e a democracia. Assim assevera Garapon (1998. p. 23) que:

[...] Quanto mais a democracia se emancipar, na sua forma dupla de organização política e de sociedade, mais ela procurará na justiça uma espécie de proteção: eis a unidade profunda do fenômeno da vigorosa ascensão da justiça[...].

A situação de controle com os demais poderes decorre de um processo político, muito embora sejam determinantes a atuação de juizes ativistas. Assim Carvalho(2002), refere-se à obra do juiz francês, dada a interferência judiciária como um fenômeno que foi possibilitado na prática pelos políticos, o ato de legislar sofreu um processo de inflação, dado o questionamento

coercitivo do judiciário, no que muito fez para aumentar a área de atuação do judiciário, ou seja, a Judicialização teve como causas a expedição judicial das relações sociais efetuadas em boa medida pelo mundo político.

Nos Estados Unidos, o pioneirismo de Tocqueville (2005) das questões políticas serem recorridas pelo Judiciário, pode ser explicada como os integrantes desses poderes e suas relações.

Em sua obra, Garapon (1998, p. 283) lança as consequências dessa expansão do Judiciário em detrimento da fragilização dos demais poderes: Executivo e Legislativo, de forma positiva defende esse fenômeno, todavia alerta que a justiça nunca se desvinculará de fazer política, mas esta será uma nova política. Esta versão não será regida por um governo de juízes, dado que:

[...]a justiça não pode regular todos os problemas e dizer, simultaneamente, a verdade científica histórica, definir o bem político e responsabilizar-se pela salvação das pessoas. Ela não o pode nem o deve, sob pena de nos fazer afundar a todos num inferno processual frustrante, estéril e destruidor que não é desejável por ninguém [...].

Os capítulos primordiais da obra de Garapon (1998) registra-se no primeiro em que o inédito poder dos juízes na atualidade e aquele que trata do novo papel desses agentes políticos, sob sua perspectiva. O poder pioneiro que os juízes detêm na atualidade pode ser justificado por conta da atitude de guardião da qualidade pública e social inerente aos juristas; decorre desse ativismo judicial praticado por alguns dos integrantes da magistratura francesa, entende-se por uma ação possível de assegurar os direitos às políticas sociais, pois nem sempre poderá ser suprido ante a Reserva do Possível.

A figura de guardiões da sociedade tem como fatores a forma de seleção dos juízes que contribuem de alguma forma para esse ativismo. Os dois modelos de seleção destes um aristocrático e o outro burocrático, aquele se realiza pelo recrutamento dos juízes entre advogados, onde se reconhece sua aptidão e compromisso, adotada nos países de *Common Law*. Já o modelo burocrático, a seleção se realiza por intermédio de um concurso público de provas e títulos, assim assevera Garapon(1998, p. 61):

[...] Nos países de Common Law, o recrutamento dos juízes é político, como nos Estados Unidos (temos ainda presente a dificuldade de

alguns presidentes americanos em obter o aval do congresso após ter sondado um juiz), ou antidemocrático, como na Inglaterra, mas o poder político perde, de seguida, qualquer tipo de controle sobre a carreira. No modelo burocrático, como em França, é o contrário que se produz: o recrutamento dos juizes por concurso é absolutamente democrático, mas a carreira é política.[...]

Continuando na questão do ativismo, Garapon (1998) visualiza como um fato de 'desagregação da magistratura', porém assemelha a uma soma de individualidade do que a poderes integrados. Devido ao fato de muitos não terem ascensão profissional, estes passam a tomar uma posição ativista, principalmente quando os meios de comunicação estão aptos a repercutir os fatos em análise. Essa influência midiática é vista por Garapon (1998, p. 73) como uma forma irresponsável de determinados juizes, já que não sofrem nenhuma pressão política aos casos, nem mesmo será restringido seu poder, não sendo, portanto uma política democrática.

Por fim, o novo papel que Garapon (1998) espera do Judiciário a determinação que condenará a infalibilidade das decisões judiciais, ou melhor, condenar e sentenciada pelo Judiciário e não ser executada pelo poder competente, evitando a 'fossilização dos positivistas em relação á regra jurídica'. O Juiz, dado vista francês, não poderá ser visto como um terceiro desvinculado da relação, em respeito ao princípio da imparcialidade de suas decisões, contudo em alusão o juiz deverá ser o responsável por suas decisões perante a comunidade política, sendo exigido para tanto sua inclusão na relação jurídica. Para sua concretização Garapon (1998) impõem uma reformulação do sistema francês, que podem ser alterados e redefinidos os limites de cada poder.

3.1.3 Juizes legisladores: Mauro Cappelletti.

Em sua obra Cappelletti (1993, p.13), questiona se juiz vem a ser um mero intérprete-aplicador da lei ou se participa efetivamente da atividade legislativa, criando o Direito. Com isso o autor utilizou-se da expressão "criatividade da função jurisdicional", designada por Bentham como atividade do juiz, que ao declara o direito estava criando o próprio, para ele isto era resquícios da criação jurídica inglesa pelo fato de não esta codificada, dando

margem a vícios e obscuridades. Para Capaelletti (1993) pouco importava se a diferença entre a interpretação e legislação do direito, o enfoque seria a limitação da criação do Direito pelos tribunais.

Em respaldo a esta atuação dos juízes, é vista como o inglês Garfield Barwick como o “Chief Justice”, visto que a redação das leis sempre deixam de algum modo lacunas, nas quais são preenchidas pelos juízes e se permitem uma margem de segurança e incertezas, devendo ser a *ultima ratio* a análise do judiciário nessas questões.

Cappelletti (1995) sustenta a tese de criação das leis não depende de plena liberdade dos juízes de sua interpretação, devendo dá limites tanto substanciais quanto processuais á essa atuação. Os métodos de hermenêutica legislativa dependem intrinsecamente aos moldes de intepretação, essa não é a problemática criada por Capelletii (1995), o que retrata é a liberdade judicial de “criação”. Essa criação esta relacionada quando o juiz trabalha com equidade, sendo por outro lado melhor visto quando julga e interpreta fundamentado na lei.

Muito se questionou a proximidade do judiciário ao legislativo, contudo o reverso também encontra algumas semelhanças devido ao fato dos legisladores também atuarem de acordo com a limitação de sua liberdade legislativa. A expansão do Direito Legislativo contribuiu de alguma forma para a repercussão judicial e suas interferências legislativas, que por Morton constitui um fenômeno do século XX, acentuado pela “revolta contra o formalismo” que se contrapunha aos Estados da América do Norte; na França aos positivistas jurídicos; na Alemanha ao formalismo científico e conceitual. De alguma forma foi uma resposta dos juízes a sua atuação, como Montesquieu retratou os “inanimada boca de lei”. Estudiosos contemporâneos retrataram a atuação complexa dos juízes, devido a sua interdisciplinaridade de suas decisões, emergindo de suas escolhas os resultados práticos e suas implicações morais.

A problemática apresentada por Cappelletti (1995) se resume se essa atuação do juiz-legislador não se chocava com a doutrina da Separação dos Poderes, conseqüentemente afrontando a Democracia e conduzindo a um Estado Absolutista. No Estado de Bem Estar Social cabe ao executivo à execução de leis que garantam os novos direitos sociais, difusos e coletivos. Com a mudança para o Estado Moderno, esse executor interveio na ordem

social e econômica, necessitando com isso de um diploma onde haja um compromisso em assumir tais tarefas e responsabilidades.

Para Cappelletti (1995) a próxima etapa seria um Estado burocrático, nesse estágio marcado pelo:

[...] gigantismo estatal, aumentaram as obrigações e responsabilidades dos juízes, atuando de forma a controlar a ordem constitucional e execução das leis. Dentre as duas saídas: ou o judiciário continuaria a forma tradicional do século XVIII, exercendo somente o que estava ao seu limite; ou se tornaria como os outros poderes, sendo capaz até os de controlar [...]

O modelo Francês do século XVIII declarava nos moldes da Separação dos Poderes, onde estava proibido interferir na área legislativa e administrativa. Contudo com o surgimento do Conselho de Estado, em que sua atuação seria baseada na resolução de conflitos entre a sociedade e a administração, pouco depois seria responsável pelo controle judiciário sobre os atos administrativos do Estado. Notadamente esse modelo perdurou até o século XX, após a II Guerra Mundial.

Quanto ao modelo norte-americano, a magistratura assumiu uma função de exercer a atividade legislativa, cabendo tarefa a Corte Suprema, órgão do próprio Poder Judiciário. Esse equilíbrio de forças, denominado como '*checks and balances*', foi o fator determinante para o progresso do modelo norte-americano, onde aduz Cappelletti (1995, p. 39) "o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados".

O que não se admite é a função jurisdicional se igualar à legislativa e os juízes invadirem a função típica do poder Legislativo, em que Cappelletti (1995) não permite que os magistrados não se sejam permitidos a "criação" do Direito, poderão os mesmos atuarem de forma a interpretar as normas de acordo como métodos admitidos em Direito". Atuação deverá ser de nítida distinção entre o processo legislativo e do processo jurisdicional, envolvendo neste último o contraditório, não visto no processo legislativo. Admite também o trabalho legislativo dos tribunais, quando exercerem o poder de emanar normas de caráter geral, vinculante para os tribunais superiores, assumindo eficácia *erga omnes*. Por um lado, Lord Diplock, defende essa versão do papel

do juiz legislador, pois de acordo com sua própria função, os tribunais estão subordinados a agir como legisladores fossem.

Fatores como a ambiguidade e a eficácia retroativa e a incompetência dos magistrados, são alvos de críticas acirradas pelas doutrinas, frutos advindos do modelo da criação judiciária. Bem como cita Lord Devlin por Cappelletti (1995, p.93):

[...]É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário[...].

Cappelletti (1995) cita em sua obra o doutrinador Martin Shapiro, onde reforça sua tese e afirma que não necessariamente o Parlamento ou o Executivo, embora eleitos pelo povo, representam os interesses da maioria. Podem, certamente, representar sim interesses de grupos privados organizados que conseguem fazer prevalecer sua força política junto aos dirigentes. “Nesse processo de formação, troca e empréstimo de força política, as questões que frequentemente aparecem não dizem respeito às decisões majoritárias”, ressalta, ao lembrar que nas decisões do governo nem sempre são levados em conta conceitos como “voz da maioria”, “democrático” ou “não democrático”.

Em conjunto a essa fundamentação Robert Dahl, Cappelletti (1995) constata que o Judiciário não é inteiramente desprovido de representatividade. Tendo por base a Suprema Corte norte-americana, esta sugere que seus membros sejam indicados pelo Presidente da República, reflete a predominância popular, embora característico do governo *Common Law*, também é reconhecido no modelo *Civil Law*, visto que os membros das Cortes Judiciais Superiores são indicados pelo Presidente da República.

No cenário brasileiro, o STF tem como função primordial ser o guardião da Constituição, sendo indicados seus membros pelo Chefe do Executivo Federal, não deixando de ser um órgão em sua essência político ao decidir os casos em tese. Shapiro denominou essa atuação de “representatividade geral do sistema”, ou seja, a possibilidade que o legislativo teria para ingressar na via

judicial. Esse é o argumento dos estudiosos na matéria que defendem a “criatividade judiciária”, em que proporciona sem dúvidas uma maior efetividade da participação popular.

Quanto às consequências, Cappelletti (1995), admite que os juízes possam se transformar em absolutos e se desintegrarem da sociedade, todavia será realizado por meio do controle recíproco do Legislativo, ou por meio de uma reanálise constitucional. A medida plausível dessa “criatividade judiciária” seria a produção de uma lei que pertença à maioria dos magistrados do tribunal em que se está criando o Direito, de forma simples ou qualificada, podendo ser tanto ordinária quanto constitucional.

Cappelletti (1995) ressalta que a Democracia não está relacionada com essa ideia de maioria, e significa também liberdade, tolerância, atuação. Um judiciário livre, ativo e criativo, poderá assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos e também controles adequados diante os outros poderes.

Portanto Cappelletti (1995) ao responder se a tarefa dos magistrados é para interpretar ou criar o Direito, este afirma que reúnem as duas características mesmo que seja somente para estes o aplicarem. A interpretação nos casos de sua aplicabilidade sempre acarretará um grau de discricionariedade dos juízes, portanto “essa criatividade” será pelas suas decisões por base da justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e difusos.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAL À SAÚDE

Após uma análise sobre o fenômeno da Judicialização da Política, resta constituir o paradigma da efetivação dos direitos fundamentais em especial o direito fundamental a saúde.

Assim, o Judiciário encontra-se como instrumento de soluções diante do impasse entre a inoperância dos serviços públicos de competência exclusiva e típica do Executivo e a efetividade de direitos fundamentais e inerentes ao homem.

4.1 O ESTADO DE DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Vale registrar que o Estado de Direito é um Estado de origem ocidental dos países europeus, é juridicamente vinculado à autonomia individual ou a autodeterminação da pessoa. Assim se explica alguns postulados de origem germânica, que se configura um Estado liberal de Direito, pois se contrapõe ao poder de polícia que regula a ponto de assumir a função de “felicidade” dos súditos, perfilhando-se a um Estado de limites, restringindo as ações à defesa da ordem e segurança pública. Em relação aos direitos fundamentais liberais, que vem a ser liberdade e a propriedade, decorram do respeito de uma esfera de liberdade individual e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. Resumindo, qualquer intervenção autoritária sobre os dois direitos básicos ora apresentados estivesse submetida à existência de uma lei do parlamento, a que responde aos ditames do constitucionalismo, no que tange a limitação do poder político.

Em resposta ao Estado de Direito, de cunho eminentemente liberal, surgiu como uma forma de domínio legitimado pelo povo. Dessa forma, faltava a existência de um Estado regido por uma legitimação democrática do poder, fato que gerou disputas entre os constitucionalistas e os democratas. A liberdade vista pelos democratas era oposta aos liberais, um por ser negativa de limitação do poder, e aquela por sua vez, seria uma liberdade positiva, que assente em um exercício democrático do poder. O Estado Constitucional

carecia de legitimidade e legitimação do poder político, e o elemento democrático assegurou a, portanto essa legitimação. Assim se constrói um no Estado Democrático com seus alicerces sobuma soberania popular, favorecendo á criação de uma sociedade democrática e republicana, desta forma se busca a realização de uma organização social voltada para ideias de Justiça, Liberdade e Igualdade em consonância aos direitos fundamentais do povo e dando a este o poder de participar efetivamente da vida política do Estado.

Posteriormente, acerca da existência típica do Estado Democrático de Direito, faz-se dois paralelos. Primeiramente se analisa o Estado fraco ou formal, que o ordenamento jurídico em que os poderes públicos são conferidos por lei e executados de acordo com os procedimentos próprios desta lei, denominados por *Rechtsstaat*, denominação alemã, que designa todos os Estados de Direito Contemporâneo, até os antiliberais, os quais os poderes públicos têm fonte e forma legal. Em outro plano de codifica em Estado forte ou substancial, os quais são poderes estão vinculados formal e substancialmente à lei, desde logo ao Poder Legislativo. Nesse diapasão, os Estados de Direito estão submetidos aos princípios substanciais estabelecidos por normas constitucionais, assim pela divisão de poderes e os direitos fundamentais. As concepções de Estado forte ou fraco está relacionado aos modelos normativos vigentes.

O modelo paleo-juspositivista⁵ do Estado Legislativo é contemporâneo ao Estado Moderno, em que se detêm o monopólio da produção jurídica e que retrata o neo-juspositivista⁶ do Estado Constitucional de Direito, a que teve sua origem na 2ª Guerra Mundial, das constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis. São retratos históricos de perspectivas distintas do modelo Europeu, quanto à natureza e estrutura do direito; a natureza da ciência jurídica e por fim a jurisdição. Identificando essas figuras como um Estado pré-moderno, Estado Legislativo de Direito e Estado Constitucional de Direito.

No que diz respeito à Judicialização, o Estado teria profundas transformações dada à missão de Estado exclusivamente legislativo,

⁵Entendido por :Estado Legal.

⁶ Pode ser compreendido por: Estado Constitucional.

preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos de que se passa a ser instrumento de concretização dos direitos fundamentais. A crise registrada por Ferrajoli (1995, p.951) relaciona derrocada pela inflação legislativa e disfunção da linguagem legal que são resultados de uma política de degradação da legislação e da administração. Portanto, a linguagem marcadamente técnica, obscura ensejou a interpretações e, por conseguinte decisões do Judiciário, dando oportunidade de criação de uma jurisprudência forte e unificada de natureza administrativa.

O Estado perdeu seu modelo garantista assegurado pela Constituição e seu Estado Constitucional de Direito com o Princípio da Legalidade e da reserva de lei, cedendo espaço as jurisprudências comunitárias. O surgimento de um novo constitucionalismo em que o juiz exerce o papel de efetivador de direitos. Neste cenário, a constituição deixa de ser compreendida como um conjunto de normas, que são reflexos políticos e sua competência seria de plena e exclusividade do legislador ordinário.

O divisor que ensejou esse modelo contemporâneo neo-constitucional foi baseado na premissa, tocante a teoria de que toda norma constitucional, seja qual for sua estrutura ou conteúdo normativo. Inicialmente toda Constituição é uma norma genuína, vinculante e suscetível na produção de seus efeitos e posteriormente será o modo de interpretação normativa. Toda Constituição ao ser analisada hermeneuticamente será consagrada pelos modos de uma interpretação literal ou restritiva ou extensiva. Caso essa interpretação seja literal, a constituição irá regular apenas parcela dos moldes políticos do Estado, dando espaço a uma regulação social dependente do legislador para regulamentá-lo. Qualquer obscuridade ou falta de regulamentação não será alvo de controle de inconstitucionalidade, nem qualquer intervenção judicial em relação à discricionariedade política do legislador. Todavia, se a interpretação for extensiva, a Constituição, neste caso, quaisquer normas implícitas regularam os aspectos da vida social e política. Quando de adota o método extensivo de interpretação, não há a ocorrência de “brechas legislativas”, toda a legislação passa a ser regulada por uma norma de direito constitucional.

Não ocorre nenhuma discricionariedade legislativa e não haverá questão exclusivamente política que obste o conhecimento do juiz da

legitimidade constitucional das leis. Um grande aliado ao método de interpretação extensiva é a aplicação direta das normas constitucionais. Em contrariedade a esse modelo, o modelo clássico se preocupava em somente regular as relações eminentemente estatais, não regulava relações privadas, ou seja, as relações regidas entre particulares eram dirigidas por legislação ordinária, especialmente pelo Código Civil e Penal. Os juízes, na tradição liberal, se limitava somente a lei, para esse ideologia, só poderia ser aplicada pela atuação do legislador.

O neoconstitucionalismo apregoa que a função da Constituição será a regulação das relações sociais. Adota-se, portanto, os princípios gerais e as normas programáticas produzem efeitos diretos e podem ser aplicados por qualquer juiz diante de suas controvérsias. Destaca-se a legislação devem ser produzidas em respeito aos princípios constitucionais ou da execução direta dos programas de reforma introduzidas pela Constituição.

As normas constitucionais devem ser aplicadas entre particulares, de forma a fundamentar a questão quando a lei infraconstitucional não for suficiente a solucionar o conflito. Diante desse novo modelo constitucional, a interpretação baseada na lei será *in abstracto* ou *in concreto*. A primeira leva em consideração somente o texto de lei, e a última somente pontua que a interpretação concreta sobreleva a situação fática em concreto. Diante disto, a interpretação da situação fática o magistrado poderá: interpretar a situação fática de forma abstrata, e poderá ser considerada inconstitucional ou interpretar *in concreto*; ou realizar a lei em consonância com a Constituição.

Por fim, a última teoria, a judicialização da política, formada pelo binômio Constituição-relações políticas, construídas com caracteres sócio-políticas, apresenta seus pressupostos a partir de: (i) conteúdo da Constituição; atuação efetiva dos magistrados, em especial as Cortes Constitucionais; (ii) a postura dos órgãos constitucionais e do Poder Legislativo. Em relação ao conteúdo da Constituição, algumas Constituições em relação ao Direito Comparado, e seus Tribunais Constitucionais, possuem competência para atenuar conflitos entre os órgãos judiciais. Conflitos são na verdade, questões políticas decorrentes de dissídios provenientes das atividades de políticas públicas dos Estados. Para tanto, em alguns Estados esses conflitos poderão

ser solucionados pelos próprios órgãos do Poder Judiciário, em respeito aos preceitos constitucionais.

Enquanto os Tribunais Constitucionais, em grande parte, julgam a legitimidade de lei, de acordo com dois procedimentos: uma posição *self-restraint*, em relação às questões políticas e seguir a linha de obediência à discricionariedade do legislador; e em contraponto, uma atitude de discussão das matérias legislativas desde que não sejam claramente constitucionais. Alguns argumentos para controlar a discricionariedade dos juízes são: o princípio da igualdade reconstruída pelo princípio da razoabilidade das distinções e classificações legislativas; a ponderação dos princípios constitucionais quando em conflito.

Quando se questiona a atuação dos órgãos políticos, como o Poder Legislativo, analisa-se como as normas constitucionais podem ser usadas na fundamentação política destes órgãos e como eles justificam suas ações e decisões.

4.2 OS JUÍZES ATIVISTA E O ESTADO JUDICIAL

Comumente se reconhece um juiz constitucional, e também suas decisões de seus tribunais, essa instituição está constantemente questionada em sua legitimidade, no tocante sua efetividade de cunho obrigatório especialmente ao executivo.

Em questão descritiva do cenário estatal, nota-se que algumas decisões da Justiça Constitucional, segundo Tavares (2005) geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia de massa e no governo executivo, gerando por vezes uma crise institucional. Como já visto, essa atuação ativista dos magistrados está presente desde origem institucional do Poder Judiciário, faz ressurgir na doutrina posicionamento destoantes de Kelsen e Schmitt, assim registrado por Segado (1989) e Enterría (1983, p.157).

Com a decisão do juiz Mashall, na corte americana com o caso *Marbury versus Madison*, instituiu uma responsabilidade pela Supremacia da Constituição com *Paramount Law*, em 1803. Naquele instante o Judiciário passou a enfrentar acusações de usurpar uma competência na qual não havia

lhe atribuído pela Carta Constitucional de 1787. Logo depois, o discurso utilizado por Marshall foi reproduzido em outros Estados, esse modelo implementado difundiu-se em diversos países da América, como exemplo Argentina e do Brasil, em que estabeleceram em suas Cortes Supremas e um modelo de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis. Com esse modelo diferenciado, conduziu ao decorrer da história, a atuação de juízes de atuação efetiva em decorrência de uma implementação dos preceitos constitucionais.

O desenvolvimento da Justiça Constitucional resultou em um modelo no qual seus Juízes e suas Cortes, passaram a desempenhar um papel importante no cenário político-jurídico. A discussão sobre essa legitimidade, não se relaciona a existência de instituições como Tribunal Constitucional ou ao *judicial review*, trata de discutir e ponderar a respeito da extensão de sua atividade respectiva, ou melhor, falta a legitimidade no que tange suas intervenções.

As teorias contemporâneas da Constituição, tem sido fundamentais a esse modelo interventista, transformação da estrutura natural, para a um estrutura de cunho democrático de judicialização das decisões, segundo retrata Martins (2005, p.39) “a ameaça, aqui, é a hipertrofia sufocante do sistema jurídico sobre o sistema político”. Em outro sentido Pearl Häberle (1934), aponta uma separação entre a política e o jurídico, essa tese é atualmente conjugada com as novas posturas do judiciário, sob o ponto de vista institucional, por uma postura democrática. Esse envolvimento com certo idealismo democrático, que se contraria com as posturas atuais do *judicial review* de um Tribunal Constitucional de postura ativista.

Todo seguimento ativista defende-se a visão, primária, a posição democrática, verificada pela denominada democracia deliberativa, cujos seus parâmetros indicam a necessidade de decisões relevantes, nas quais se respeitem seus objetivos e finalidades dialógicos por ela exigidos. A concepção democrática, não está intencionada em admitir a existência de um órgão legítimo que ratifique e imponha de forma coercitiva suas decisões, vinculando a sua implementação de seus pressupostos – Parlamento. Contudo se deixa em branco, como se efetivaria esses pressupostos por esse órgão, assumindo as feições do Parlamento.

Doutrinadores e estudiosos assumem que a democracia deliberativa deve prover periódicas reestruturações para realizar sucessivas reinterpretações de suas instituições, ou melhor, a remodelação da figura Estatal, quando sua função pública vier a não se concretizar, ora demonstrado por Bohman (1996, p. 198) e Gutmann e Thompson (2004, p.97). Portanto, considera como sendo um procedimentalismo democrático, não será automático a redução da atuação da Justiça Constitucional, em beneficiar o Parlamento e os demais agentes políticos. A problemática da Justiça Constitucional vista como ativista e usurpadora, por um ângulo antidemocrático, deve ser fortemente analisada e exemplificada pela doutrina contrária demonstrando seus inconstantes que venham a ferir o perfil democrático do Estado de Direito.

O foco das críticas circunda em relação ao princípio da “separação de poderes”, no qual o foco não paira na sua verdadeira dogmática, comumente a operacionalização dos “poderes” por meio do Tribunal Constitucional é relegada a acessoriedade. Fato este previsto pela não incidência da consistência interna, já que se assevera que a definição da cláusula “separação dos poderes” pode ser livremente adotado pelo tribunal, por se está previsto na própria Constituição, portanto a interferência em setores tradicionalmente pertencentes ao espaço parlamentar restaria justificada primordialmente visto que a manipulação do Parlamento a referida cláusula. O

Objetivo de análise seria este, a atuação da Justiça Constitucional não encontraria óbice na cláusula da “separação de poderes” e sua implementação na Carta Constitucional, podendo ser a peça fundamental para reforçar sua legitimidade funcional, como responsável pela tutela de direitos fundamentais constitucionais e a competência entre os órgãos do Estado.

Por fim, ademais o denominado “Ativismo” consubstanciado a ideia de um Estado Judicial, assumiu uma conotação negativa, diferente dos outros segmentos. Todavia seu uso se torna essencialmente relevante e oportuno, quando se busca demonstrar a legitimidade em consonância aos direitos fundamentais tendo como pressuposto a corrente de uma espécie legítima universal.

4.2.1 Papel central da aplicabilidade judicial aos Direitos Fundamentais

Consagrada teoria Pura do Direito de Kelsen(1998) em seu discurso sobre os direitos fundamentais, como legitimador ante uma postura não majoritária, e adiante uma perspectiva, mais ativista e intervencionista da Justiça Constitucional, ou seja, o *judicial review*, seria uma concepção clássica, de cunho meramente político. Capelleti (1976) chegou a determinar a ideia de um “*giurisdizione costituzionale dele libertà*” difundido e incorporado ao discurso dos direitos fundamentais de Agra(2005: 242), por Tavares (2005,p. 244); e Zamudio (1968, p. 57).

Contrariando tal posicionamento, estudos analisam os direitos fundamentais, entretanto sob a análise de sua abertura semântico- material, como um obstáculo que afastaria a atuação dos tribunais constitucionais. É admissível seguindo nesse argumento de que a os direitos fundamentais em prosseguir a legitimidade funcional das Justiças Constitucionais quando se invoca a partir da ideia de seus direitos.

O Constitucionalismo iniciado nos fins do século XVIII, onde se apresentou uma tímida roupagem com a Constituição de 1787, ao relatar o ativismo no âmbito dos direitos fundamentais, em que se aprovava sua execução a Justiça Constitucional. Em conformidade com a atuação anterior, as dez primeiras emendas Carta de 1787, foi que não se considerou como vinculante aos Estados - Membros da Corte Suprema Americana, na qual se utilizou de um controle de constitucionalidade, após o caso *Marbury versus Madison*, em 1803 com o também conhecido caso *Dred Scott* , em que se assegurou majoritariamente o regime escravista⁷, em que se prova que a precaução não foi só em relação ao uso do *judicial review*, pela Corte Suprema, mas também de uma necessária ampla e irrestrita tutela e implementação de direitos fundamentais.

⁷Tratou-se de caso em que Dred Scott, um escravo levado pelo seu senhor a um território livre (no qual não se admitia a escravidão), e depois reconduzido ao Estado do qual havia partido, no qual a escravidão era permitida, reclamava a sua liberdade, sustentando que a sua estadia em território livre implicaria em emancipação. Em sua decisão, o Chief Justice Taney utilizou (entre outros) o argumento de que o Missouri Compromise, pelo qual se tentou banir a escravidão de todo o território dos EUA situado ao norte da fronteira sul de Missouri, iria além do poder do Congresso sobre os territórios (cf.Rehnquist, 1987: 133-144)

Registra-se que a ideia de supremacia da Constituição contra as vontades passageiras e arbitrárias do legislador em detrimento dos direitos fundamentais ganha poderes aos recentes na História do Direito. Uma “deslegitimação performática”, em que Ramos (2012, p.59) retrata do Parlamento terá sido o ponto de partida para o desenvolvimento que deu origem ao atual cenário funcional do juiz constitucional, e para a qual já se pode apontar com uma experiência positiva, normalmente onde se auto-favorecia. O que se de fato não se pode registrar é que o surgimento e amadurecimento da Justiça Constitucional deveu-se ao modelo legalista, que teve sua derrocada no século XX, a quem Morange (2004, p. 41) como resposta aos desrespeitos dos direitos humanos e fundamentais no pós 2ª Guerra Mundial, por Tremps registra (1985, p. 150).

[...]Sem dúvida, em 1920 vivia-se uma profunda crise que afetava tanto a Constituição como a lei, o Parlamento e, em definitivo, o próprio regime, como expôs De Vega. A lei deixou de ser o paradigma que predicava o revolucionário liberal. O mito da vontade geral desmorona por inúmeras causas. A evolução política e social do século XIX havia tornado relativa a ideia de Rousseau de lei [...]

Nesse diapasão, a consagração dos direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentares, pois no tocante a perspectiva ocidental, procurava-se resguardar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador, a exemplos: dos direitos públicos subjetivo como regras negativas de competência do Estado. Segundo Freeman(1994, p. 189-190) “por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa”. Esse conflito entre a democracia e os direitos fundamentais, retratado por Tavares e Buck (2007, p. 196-86) acabaria por restringir ainda mais a atuação do juiz constitucional, e que se expandirá para outras áreas além dos direitos fundamentais.

Portanto, atenta-se que o cenário do espaço do clássico juiz constitucional, atuante entre o Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional, em tutela da Constituição e sua supremacia foi viabilizado, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da

Constituição, pela vinculação dos atos do legislativo, aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo pela necessidade de retirar do espaço político certas opções.

Devido à estabilidade democrática da atuação do juiz constitucional, pressupõe-se uma consolidação dos métodos de trabalho dessa instância, o ápice de sua atuação foi representada por um Tribunal Constitucional que exerça com monopólio e definitividade a defesa e implementação da Constituição, no tocante as normas ambíguas e vagas como comumente com os direitos fundamentais. Do contrário, corre-se o risco de trabalhar com os temas que “servem a dois senhores”, já que a o “discurso dos direitos fundamentais, invariavelmente é incapaz de limitar, por si só, a *ratio* da decisão”, asseverado por Tavares e Buck(2007, p. 176).

A arbitrariedade das decisões de um juiz constitucional não se está exímio de entrelaçar uma democracia positiva em um possível risco a própria democracia, demonstrado por Martins e Mendes (2001, p. 169). A consistência e o refinamento dos métodos de trabalho da Justiça Constitucional, no entanto, são partes integrantes da discussão acerca de sua legitimidade de atuação no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a referência isolada á ideia de máxima efetividade, que de forma brilhantemente compreendido por Bastos(2002, p. 175-177) e por Canotilho (2003, p. 12224), como uma espécie de método hermenêutico de compreensão dos direitos fundamentais de modo insuficiente. Dentre os componentes deve-se apresentar a Hermenêutica e o Processo Constitucional, em que se utiliza para alcançar uma decisão.

No referente aos métodos hermenêuticos, são considerados um tanto quanto irrelevantes, todavia os limites e procedimentos de interpretação constituem ao juiz constitucional uma importante dimensão da legitimidade ao qual venha a ser pleiteada, asseverada por Tavares (2006). Já o processo objetivo, é de fato restringido pelo seu aspecto de discussão crítica, de qual análise, a Justiça Constitucional é indeclinável, na proporção que se admite um encaminhamento mais adequado na justificação da Justiça Constitucional Substantiva. Conseqüentemente, outro enfoque será levantado em relação ao espaço próprio para a tomada de decisões que alcançam a sociedade como um todo. Dessa forma, todavia, a doutrina apresenta entendimentos destoantes que confiam na possibilidade de combinações ou da concorrência funcional na

concretização da Constituição. Tal concepção não coaduna com a compreensão dos direitos fundamentais na sociedade complexa como a atual, dado ao fato que a legitimidade exclusiva do Parlamento em suas decisões materiais afasta a legitimidade do juiz constitucional, ou seja, remete a sua incapacidade orgânica dos parlamentares, vistos como incapazes para gerir sua estrutura, mantendo sua unidade e ordem jurídica, ambos imprescindíveis à ordem jurídica, justificado pela sua inefetividade geral, ou ainda pela responsabilidade constitucional que não é de exclusividade dos Parlamentares.

No tocante ao papel concretizador dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais apresentam uma carga de eficácia e inclusive de aplicabilidade imediata e vinculação direta aos entes públicos, assim como consta na Carta Constitucional, como também a impossibilidade de serem abolidas pelo constituinte derivado. Fatos estes que se diferenciam de qualquer outra norma constitucional e as agrupam num rol de direitos com caracteres extrínsecos e intrínsecos próprios.

O conteúdo normativo dos direitos fundamentais e seus objetivos garantidores, quanto a primeira, segunda ou terceira dimensão, conduz para uma interpretação no sentido de dar aplicabilidade imediata às disposições emergentes de forma expressa da Constituição, de seus princípios constitucionais e de seus tratados internacionais que veiculem normas relacionadas aos direitos fundamentais sejam ou não inseridos no rol do art. 5º da CF/88.

Os anseios sociais e a luta pela redemocratização do Estado brasileiro significou a eclosão do poder constituinte originário, e teve como produto um novo diploma constitucional a consagração de princípios como da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), objetivando e seu art. 3º construir uma sociedade solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Portanto, o Estado inaugurado pela Carta Constitucional de 1988 foi de um Estado Social Democrático.

Algumas limitações o Poder Constituinte originário tratou de resguardar, como a restrição ao poder legislativo, e ao Poder Constituinte derivado. Nesse contexto, foi determinado a limitação material para as proposituras as Emendas Constitucionais, tendentes a abolir “os direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV, da CF/88). Para tanto, ao processo

legislativo se dirige aos legitimados para o processo legislativo diferenciado de emenda constitucional e deve ser interpretado á luz do arcabouço jurídico-constitucional a fim de se evitar a probabilidade de supressão dos direitos fundamentais. Portanto, ao se referir quanto aos direitos e garantias individuais, é necessária a ampliação hermenêutica para proteção dos direitos fundamentais de forma que os abranja.

No tocante ao legislador ordinário em relação a observância dos direitos fundamentais sua função será sempre o dever de legislar, a fim de criar normas infraconstitucionais as quais busquem a concretização dos direitos fundamentais, assim como, vedando revogação de leis que estabeleçam instrumentos sem que haja uma sobreposição normativa para a continuidade do exercício de direitos fundamentais.

Uma vez criada à norma jurídica, visa permitir o pleno exercício dos direitos fundamentais, uma vez criada a norma jurídica estará o poder legislativo impedido de retirá-lo do ordenamento jurídico sem que haja uma medida de compensação. Embora tal comando não esteja exposto na Constituição, sua constatação decorre da clausula de vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais, ou melhor, uma vez já implementado não se permite sua supressão, passando a constituir patrimônio intocável do cidadão.

Portanto, o Poder Executivo está vinculado ao legislador através dos preceitos de direitos fundamentais. A vinculação, neste caso, consiste na adoção das políticas públicas implementadas dos direitos fundamentais, seja de primeira, segunda ou terceira dimensão, analisando somente suas aplicações de recursos públicos condizentes com sua necessidade de concretização. Por se referir a uma obrigação prestacional de caráter positivo, exige-se do Poder Executivo a adoção de políticas públicas, como a exemplo das vedações as supressões de políticas públicas sem que outras medidas compensatórias sejam tomadas.

No tocante da gerência das políticas públicas, recai ao administrador que deverá, no desempenho de sua função pública executiva, oferecer condições para que os direitos fundamentais sejam efetivados. Para Meirelles (2002, p. 162)

“[...] são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”, de tal forma que a imposição legislativa absorve, quase que por completo, a liberdade do administrador”.[...]

São atos vinculados, nos quais a lei determina, de forma integral, a forma e o conteúdo do ato a ser praticado, deixando o administrador adstrito aos preceitos normativos. Decorrem do exercício do poder vinculado, ou seja, do poder da lei, como preceitua Lopes (2002, p. 113) “[...] confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”. Está, portanto, impossibilitado a análise discricionária do administrador, não sendo lícito deixar de praticar por conveniência e oportunidade. Atos discricionários, por seu turno, são segundo Hely Lopes (2002, p.164):

[...] são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”, o que não significa a inexistência de lei, visto que a administração se pauta pelo princípio da legalidade, mas que a lei permite ao administrador que a prática do ato se dê “[...] pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público[...].

Essa distinção orna-se de suma importância para a racionalização quanto a fiscalização jurisdicional do ato administrativo. A fiscalização judiciária, ou judicial, exercida pelo Poder Judiciário, é concebida aos moldes da legalidade e da legitimidade do ato, ou seja, na análise do ato quanto a conformação com a norma jurídica que o regule e da observância dos princípios que regem a administração pública. Não está no controle judicial, a análise do mérito administrativo, não incube ao Judiciário a análise dos critérios de oportunidade e conveniência. Vale ressaltar que os atos administrativos discricionários, são somente suscetíveis de análise quanto a sua conformidade com a lei, no tocante a competência, finalidade e forma do ato, não incumbindo ao Poder Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo. Neste sentido, Lopes (2002, p.672).

[...]Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontra, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade,

eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. [...]

As finalidades do Estado Democrático de Direito se harmonizam às interpretações que o reconhecimento dos direitos fundamentais a normatização vinculada, ou seja, o reconhecimento do Poder Executivo em concretizar seus ditames. Este, aliás, é o entendimento consolidado em Acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, quando se analisou e julgou o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410715/SP, cuja ementa assegura o direito à educação como norma vinculante dirigida ao poder público que não pode se desincumbir do ditame constitucional por simples juízo de oportunidade ou análise de conveniência, sob pena de se negar aludido direito, de eminente índole social. Assim dispõe o referido acórdão:

[...]É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação [...] qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num 'facere', pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional [...].

O entendimento consolidado do STF, aufere-se citar:

[...] o administrador está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação de políticas públicas relativas à ordem social constitucional” não tendo, portanto, “[...] discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional”[...]

Por fim o ilustre Mello (2006, p. 76) conclui:

[...] os Municípios [...] não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Carta Política, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções [...] não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.[...]

Enfim, se retratou que os direitos fundamentais não estão subordinados ao controle da análise de conveniência e oportunidade pela administração pública. São para todos os fins, mandamentos vinculativos em que se exigem do poder público a atuação pela busca da efetividade, sendo que a omissão pode ensejar a atuação jurídica para a observância da ordem jurídica, especialmente através da jurisdição constitucional.

4.2.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e o Mandado de Injunção (MI) para efetividade dos direitos fundamentais

Muito se buscava dentro do ordenamento jurídico um instrumento eficaz que solucionasse as ingerências das omissões legislativas, assim coadunada por Barroso (2005, p. 155). Contudo, a jurisprudência atualmente vem demonstrando interesse em buscar solucionar determinados entraves, em especial no que tange aos direitos fundamentais.

Alguns outros remédios constitucionais, em análise da ADPF, que apesar de não ter um condão de outorgar a todas as normas constitucionais a características da aplicabilidade imediata ou efetivar todos os direitos fundamentais, encontra-se a serviço, diretamente a efetividade das normas constitucionais. Sua existência reflete uma das possibilidades do Poder Judiciário intervir na seara das políticas públicas administrativas, assim também nas omissões legislativas, apresentando seus efeitos erga omnes e vinculantes, por intermédio de decisão prolatada em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo STF.

O Mandado de Injunção, um remédio constitucional como também uma ação que se dispõe a titularizar os direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, inviáveis sua execução obstaculizada por uma norma regulamentadora, exigida de forma expressa ou de forma implícita pelo texto Constitucional. Assim, constitui-se dentro de suas finalidades precípua do Poder Legislativo, como uma forma de obtenção da regulamentação prevista na norma constitucional, não vindo ser a pura expedição de norma regulamentadora, já que este não é substituto da ação de inconstitucionalidade por omissão, e sim um instrumento que vise a propicia ao

Judiciário, de forma imediata e concreta, a supressão da lacuna normativa existente, tornando viável o exercício dos direitos explicitados no art. 5º, LXXI da CF/88.

Por vista, como previsto no art. 102, parágrafo único da CF/88, pela Emenda nº 03/93, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é o instrumento constitucional de controle concentrado de constitucionalidade. Desde a promulgação da CF/88, estava previsto sua aplicabilidade, contudo, somente com edição da lei regulamentadora da ADPF, datada em 03 de dezembro de 1999, diante de sua pouca importância e pelo entendimento de ser uma norma constitucional de eficácia limitada. Em relação ao Direito Comparado, apresenta-se similitude aos mecanismos *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, a *Beschwerde* do direito austríaco e o *Recurso de Amparo* do direito espanhol.

Regulada pela Lei nº 9882/99, seu objeto da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º). As modalidades admitidas pela redação da lei são na forma preventiva ou repressiva, sendo, portanto seu manejo, a fim de evitar a conduta do Poder Público que possa colocar em risco os preceitos constitucionais fundamentais.

A doutrina tem dividido a ADPF em: autônoma e incidental. A arguição autônoma tem a finalidade de fiscalizar a constitucionalidade de um ato do Poder Público lesivo a preceito constitucional fundamental, observada sua subsidiariedade aos demais mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. Nesse diapasão Junior (2003, p. 104), comenta que “nessa espécie de arguição o que se busca, essencialmente, é a defesa da ordem jurídica constitucional objetiva”.

A arguição incidental, por seu turno, analisa a existência de um processo anterior, em qualquer juízo ou tribunal, em que se suscite uma questão constitucional, suspendendo a jurisdição ordinária até que o Tribunal decida a questão constitucional. Pelo veto do chefe do executivo federal ao art. 2º, II, ficou decidido que o acesso ao mecanismo constitucional de proteção dos preceitos fundamentais a todos os indivíduos, sendo os legítimos aqueles mesmos previstos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, situação que se afasta da importância do instituto e dos instrumentos correlatos do direito estrangeiro. Críticas a este fato estão em relação a que se deve

interpretar conforme a Constituição, com a necessidade de garantir a legitimidade ativa do cidadão, sendo essa vontade da Constituição ao colocar a ADPF como mecanismo protetivo dos direitos fundamentais, Streck (2004, p.813) confirma posicionamento ao refletir que:

[...] não como algo que distanciasse o cidadão do acesso à justiça, mas que o pusesse diretamente em contato com a justiça constitucional, encarregada de mediar os conflitos no Estado Democrático de Direito [...].

Importante registrar que a arguição visa a controlar o descumprimento, a inatividade do Poder Público violador de um preceito fundamental.

O que se entende por preceito fundamental não fora objeto de análise pelo legislador, cabendo a doutrina listar hipóteses de cabimento. Neste sentido, Mandelli Júnior (2003, p.112) assinala que “preceito é termo genérico utilizado tanto para designar regra ou dispositivo, como para designar princípio, seja ele expresso ou implícito no texto constitucional”. Para Streck (2004, p.831) o sentido que se deve atribuir à “expressão preceitos fundamentais caminha na direção de que tais direitos são aqueles reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”. No dizer de Mandelli Júnior (2003) e com mesmo entendimento de Lenio Streck, preceito fundamental não faz remissão à qualquer dispositivo constitucional, mas somente aqueles preceitos que caracterizam a essência da Constituição, ou seja, as opções políticas fundamentais aplicadas pelo constituinte, das quais explica como sendo os princípios fundamentais insculpidos nos arts. 1º a 4º da Constituição, bem como as cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º da CF/88.

Os preceitos constitucionais vistos por David e Júnior (2005, p. 57) são aqueles indispensáveis à configuração de uma Constituição enquanto como própria, identificando-as: as que correspondem a forma e a estrutura do Estado; o sistema de governo; a divisão de poderes; os princípios e direitos fundamentais e a ordem econômica e social.

Vale registrar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento subsidiário do controle concentrado de constitucionalidade, apresentando atuação residual à Ação Direta e

Declaratória de Constitucionalidade, todavia o Min. Celso de Mello, na ADPF nº 17, como outros meios processuais nos quais não são óbices para a utilização da arguição, devendo este se afastar da incidência deste instituto, como: “essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de neutralidade que se busca neutralizar” através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Nesse mesmo entendimento, Cunha Júnior (2004, p. 572), atesta que o conceito de descumprimento é entendido como mais abrangente que o conceito de inconstitucionalidade, a registrar que:

[...] enquanto a inconstitucionalidade no controle concentrado, limita-se à lei e aos atos normativos, o ‘descumprimento’ da Constituição pode resultar tanto em razão da elaboração de uma lei ou de um ato normativo (incluindo os infralegais, como, os regulamentos), como em decorrência da expedição ou da prática de um ato não normativo (atos jurídicos concretos ou individuais e os fatos materiais) e de decisões judiciais [...]

De tal análise abordada pelos conceitos expressos, conclui que os direitos fundamentais, incluindo os prestacionais, podem se constituir objeto de arguição quando houver descumprimento omissivo do Poder Público consistente na ausência de normatividade ou inatividade no tocante as políticas públicas necessárias para a concretização dos direitos fundamentais, objetos de cabimento de ADPF.

O Mandado de Injunção por sua vez, vem a ser um instrumento jurisdicional onde não se encontra no precedente no direito comparado versão similar, ao contrário do Mandado de Segurança, muito semelhante ao semelhante à *equity* do direito inglês, ao *writ of injunction* do direito-norte americano ou ao *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, e foi estabelecido pelo art. 5º, LXXI da CF/88:

Art. 5º: [...] *omissis*

LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Assevera que o Mandado Injunção é manejado nas hipóteses de ausência legislativa a fim de garantir a eficácia imediata dos direitos e liberdades constitucionais, conforme preconiza pelo art. 5º, §1º da CF/88, e constitui como um direito fundamental. Embora apresente semelhança a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção apresenta objeto distinto, destacando-se pelos direitos de nacionalidade, de cidadania e soberania. Enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é utilizada para obter a declaração de inconstitucionalidade da inércia, o que implica existência de omissão inconstitucional, o Mandado de Injunção busca a efetivação de um direito constitucional descumprido pela ausência da norma regulamentadora.

A abordagem sobre norma regulamentadora, não adstrita a ineficácia legiferante, mas sim ao uma interpretação extensiva a fim de permitir a adoção de toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. Não compreendendo somente os atos administrativos concretos. A ausência de políticas públicas, em si só não dá ensejo à ordem judicial por Mandado de Injunção. Mesmo ao fato que a existência de norma constitucional de eficácia plena ou de norma infraconstitucional regulamentadora de direitos fundamentais, se abstêm o governante em aplicar o comando normativo, como fato não permissivo deste *writ* visto que não há ausência de norma, possibilitando desta vez pelo Mandado de Segurança.

Muito se discutiu na doutrina os efeitos das decisões judiciais acerca do Mandado de Injunção, consagrando-se dentre: a procedência do MI é permissiva para que o Poder Judiciário elabore a norma faltante; o Poder Judiciário deve, comunicar não somente ao órgão competente da omissão; é reconhecida a ausência de norma regulamentadora, é dever do Poder Judiciário garantir o exercício imediato do direito fundamental não efetivado devido à omissão legislativa. O objetivo do primordial do Mandado de Injunção, não vem a ser a elaboração da norma faltante. Também a doutrina e operadores do direito, discutem a admissão do Judiciário em legislar, atuação esta impossibilitada pelo sistema constitucional de organização funcional dos poderes com também o desprezo ao dogma constitucional do Princípio da Separação de Poderes.

Assim como afirma Piovesan (1995, p. 117) são correntes doutrinárias, diversas, que buscam interpretar a finalidade do Mandado de Injunção e por conseguinte seus efeitos decorrentes. Desta forma, a primeira corrente atribui ao Poder Judiciário, ao conceder o Mandado de Injunção, a elaboração da norma regulamentadora faltante, suprimindo a omissão do legislador. Converte-se assim num instrumento de tutela do direitos subjetivo em instrumento de tutela de direito objetivo e confere ao Judiciário o poder de normatizar em sentido geral e abstrato, em afronta ao princípio da tripartição dos Poderes, tendo em vista que a produção de norma geral e abstrata é atividade típica e própria do Poder Legislativo.

A segunda hipótese entende que a concessão, deve o Poder Judiciário declarar inconstitucionalidade a omissão e dar ciência ao órgão competente para se adotarem as providencias necessárias á realização da norma constitucional. O problema ao seu entendimento é no que tange a atribuição, de idêntica finalidade da Adin por Omissão, sua duplicidade de instrumentos jurídicos se distancia da logica e da coerência do sistema constitucional.

E por fim, a última hipótese, defende a legitimidade do Judiciário ao conceder a injunção e sua viabilidade, no caso concreto, no exercício de direitos a liberdade ou prerrogativa constitucional, que se encontra entravado por ausência de uma norma regulamentadora. Na linha de posicionamento de Piovesan (2004, p. 129-138), admite a ideia que se interpreta o Mandado de Injunção como instrumentos aptos a constituir, no caso concreto, o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais que se encontrem inviabilizados por falta da norma regulamentadora. Neste diapasão, revela-se o Mandado de Injunção como um verdadeiro instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Embora o Mandado de Injunção se mostre como importante mecanismo para a efetividade dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal praticamente esvaziou seu conteúdo ao firmar, no passado, entendimento de que o Mandado de Injunção, segundo o Min, Relator Moreira Alves no MI nº 42-DF:

[...] ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o Art. 5º, inc. LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que se adotem as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Art. 103, § 2º, da Carta Magna) com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste[...].

Nesse sentido, diversos entendimentos em decisões do Pretório Excelso, acerca do Mandado de Injunção nº 584-SP, com Min. Rel. Moreira Alves:

Esta Corte, ao julgar a ADIN 4, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no § 3º do Art. 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessita de regulamentação. Passados mais de doze anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, deixando-se de fixar prazo para o suprimento dessa omissão constitucional em face da orientação firmada por esta Corte (MI 361).

Por sua vez o Mandado de Injunção nº168-RS, do Min. Rel. Sepúlveda Pertence:

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.

E quanto ao Mandado de Injunção nº232 do Min. Rel. Moreira Alves:

Ocorrência, no caso, em face do disposto no Art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis

meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do Art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

Dada a análise do Mandado de Injunção, este vem a ser um instrumento necessário como guarda da Constituição, todavia é apresentado com conteúdo vazio de efetividade em suas atuações. Em seus posicionamentos a Corte Suprema negou este importante mecanismo jurisdicional o efeito que dele se esperava, restringindo-se a admitir seus efeitos á comunicação da ausência normativa ao órgão competente, permanecendo, desta forma, ineficaz como instituto em termos de garantia efetiva dos direitos fundamentais.

Mesmo de forma tardia, mas plausível a concretização da Corte Constitucional em instituir importante atuação, ao entender que é dever jurisdicional remover os empecilhos oriundos da omissão e permitir a aplicação de outra norma jurídica capaz de assegurar o exercício dos direitos previstos no art. 5º, LXXI da CF/88, determinado, portanto, a construção doutrinária que tanto a doutrina asseverava.

Especialmente a partir do julgamento do MI 721-DF, no qual atuou como Relator o Ministro Marco Aurélio, a Corte Suprema, admitiu a mora legislativa em aplicar, ao caso concreto, uma norma legal já existente. No caso em tela, estava pleiteando o direito à aposentadoria do servidor público, tendo em vista a inexistência de norma regulamentadora de adicional de insalubridade, decidindo, então, a Suprema Corte, pela aplicação, *in concreto*, das normas que regem o respectivo adicional para os trabalhadores em geral. Atenta-se, do corpo do voto do Relator, importante mudança no tangente à finalidade do mandado injuntivo:

[...]A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção –, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica.[...]

Verifica-se, então, que o STF, abandonando o entendimento até então presente, começa a admitir a possibilidade de aplicação concreta de legislação já existente, mesmo que, de forma análoga. Constitui o Senado em mora⁸; o Judiciário deve atuar como “legislador negativo”.

Não se trata, neste cenário, que o Poder Judiciário esteja legislando, mas a determinar, via provimento jurisdicional, a aplicabilidade, ao caso concreto, de uma norma jurídica já existente, embora não relacionada, especificamente, ao caso sindicado. Clève (2000, p.376), nesse sentido, com o seguinte posicionamento:

[...]Neste caso, o órgão jurisdicional não irá propriamente exercer função normativa genérica, mas, sim, possibilitar ao impetrante, caso mereça procedência a sua pretensão, a fruição do direito não exercitado em face da falta da norma regulamentadora. A norma jurídica individual ‘criada’ pelo Judiciário não seria diferente das normas jurídicas concretas veiculadas por qualquer decisão judicial. O papel do Judiciário, então, não seria o de ‘legislar’, mas o de ‘aplicar’ o direito ao caso concreto, revelando a normatividade já inscrita no dispositivo constitucional, e removendo eventuais obstáculos à sua efetividade.[...]

Assim, foi com o julgamento conjunto de três Mandados de Injunção (670-ES, 708-DF e 712-PA)⁹, proferido em 25 de outubro de 2007, todos com a finalidade de suprir a omissão legislativa referente à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, prevista no art. 37, VII da CF/88. Essa Corte deu, realmente, uma guinada histórica nos rumos do mandado injuntivo. O Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, entendeu que a se manter o posicionamento até então predominante na Corte, de que o Mandado de Injunção tem sua função exaurida com a comunicação da mora legislativa, e estaria a se negar efetivamente a prestação jurisdicional. Assim é que a Corte, passou, sem assumir compromisso com o

⁸Posicionamento adotado pelos Ministros do STF, ao declarar mora do Congresso Nacional em sede de MI o ADO, devido a falta de regulamentação, notificando para que este supra a omissão legislativa mediante prazo determinado.

⁹ A decisão tomada pelo STF garantiu a aplicabilidade para os servidores públicos, enquanto omissor o legislador, das disposições previstas na Lei nº 7.783/89 que dispõe sobre o direito de greve na iniciativa privada.

exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

O cenário construído revela que a Corte poderá passar a não mais admitir a omissão legislativa. Embora tardia, a nova postura que passa a delinear os julgamentos de Mandados de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal pode consistir em dar ao instituto o valor que sempre mereceu, permitindo-se, então, a efetividade das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais que dependiam, sempre, de vontade política para o pleno exercício, solapando o mandamento constitucional de imediata eficácia.

É de importância destacar que o provimento jurisdicional não substitui a obrigação legislativa, mas, é uma “adaptação” temporária para remover os óbices impeditivos do gozo dos direitos e liberdades fundamentais, e, também, das prerrogativas relacionadas à cidadania, nacionalidade e soberania. Desta forma, sobrevindo produção normativa que regulamente a matéria objeto do *writ*, não existirá mais omissão e, portanto, a decisão judicial deixará de vigor para o caso concreto que passará a ser regulamentado por uma norma geral e abstrata.

O Supremo, desta forma, deu importante passo para garantir a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais, na qual toda e qualquer pessoa é legítima para a propositura do Mandado de Injunção, seja ela nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, desde que titular de direito fundamental não exercitável em decorrência de omissão legislativa. Também são legitimados os entes coletivos, como partidos políticos, organizações e associações para a defesa dos interesses de seus membros ou associados. Maneja-se o Mandado de Injunção coletivo, quando se tratar de hipóteses de direito difuso ou coletivo, o Ministério Público goza de legitimidade para impetração do *writ*, conforme dispõe o art. 129, III, da CF/88.

O Mandado de Injunção, assim, é importante mecanismo constitucional de defesa dos direitos fundamentais, e por ser de legitimidade aberta, se mostra mecanismo que permite a efetividade das normas constitucionais e o controle das omissões públicas.

A evolução paradigmática no posicionamento do STF, pelo mecanismo injuntivo, pode consistir na efetividade deste instituto que por longos anos ficou inativo devido uma postura jurisdicional que não permitiu a sua

operacionalidade prática, permitindo aos jurisdicionados a supressão das omissões do poder público que impliquem no cerceamento injustificável do gozo dos direitos e liberdades constitucionais, inclusive, dos direitos sociais fundamentais.

4.3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito a saúde está intimamente relacionado à vida humana, o bem jurídico mais preciso e sempre fora preocupação ao longo da história das civilizações e seus povos. Sua origem terminológica advém do grego *salute*, de significado “conservação da vida”.

O “pai da medicina”, Hipócrates (1839) já assentava que “a saúde consistia no equilíbrio entre influências ambientais, formas de viver e vários componentes da natureza, numa clara percepção da inter-relação de corpo, mente e meio ambiente.” Por sua vez, Aristóteles (1998) fez um paralelo entre felicidade e saúde, relacionando a importância de uma boa saúde para a realização de uma vida feliz.” Filósofo mais atual, Freud (1969), em sua obra definiu que uma das fontes do sofrimento humano era a fragilidade de seus próprios corpos, concluindo também pela estreita simbiose entre corpo e mente.

As sociedades primitivas detinham práticas sobrenaturais que trabalhavam as curas de suas mazelas, através de rituais e magias, todas de cunho sobrenatural e com a utilização de feitiçarias. A escola de Medicina de Hipócrates, no século V a.C., já apresentava influências de fatores ambientais na saúde, permitindo a análise casual de doenças. A cura também foi registrada pelas Sagradas Escrituras, quando se registrou a passagem do Filho de Messias na Terra.

Quanto aos romanos e seus trabalhos hidráulicos em obras de saneamento, sob uma perspectiva sanitária, elucidou qualquer influência que por via contaminasse suas plantações. Na Idade Média, o regime feudal trouxe consequências à saúde dos servos, nas quais as epidemias em forma de pestes assolaram seu povo.

Com o avanço europeu no século XVI, Portugal, Espanha em busca de novos horizontes, estavam consubstanciado de um arsenal tecnológico para a

época, detinham técnicas para passarem dias e dias em alto mar, em busca de especiarias no Oriente. O movimento do Iluminismo, Revolução Francesa, fez surgir um sentimento de pesquisa racional no homem, indagações marcaram esse período histórico e a medicina por sua vez não foi deixada de lado, técnicas de dissecação de cadáveres foram desenvolvidos.

No século XVII, com os avanços industriais, as condições de dignidade não era a palavra-chave desse período, situações precárias de ambiente laboral foi marcante. Com o ápice do movimento, nos séculos XVIII e XIX, as condições sanitárias no espaço urbano e laboral, foi determinado por Engels (1986), quando em seus estudos constatou que o ambiente de trabalho era responsável pelo nível de saúde de uma sociedade.

Segundo Dallari (1988, p. 57-63), a saúde de uma população está relacionada às suas condições de vida e de que os comportamentos humanos podem constituir-se em ameaça à saúde do povo, colocando em risco a própria segurança do Estado.

Com o fim da 2ª Grande Guerra Mundial, foi o ponto determinante de uma construção de uma política pública voltada para esse setor, antes visto como extensor da vida e não como um garantidor do bem maior. Foi à transição do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social que em face do novo panorama internacional do mundo pós-guerra, a saúde passou a ser objeto da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, conceituou como sendo: “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade”. O referido diploma internacional ainda acrescenta que:

[...]Gozar de melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica e social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.[...]

O conceito ampliado de saúde no Brasil foi estabelecido depois da realização da 8ª Conferência Nacional da Saúde (que precedeu a Constituinte de 1987) que foi determinante para seu ideal ser inserido na Carta Constitucional de 1988, onde definiu a saúde como sendo “a resultante das

condições de alimentação, habitação, educação e renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde”. Sem dúvidas, essa definição reconhece o ser humano em toda a sua completude e apresenta a saúde também como qualidade de vida. Com isso, a atuação estatal deve englobar políticas públicas econômicas, mas também sociais, com o objetivo de cuidar melhor da população brasileira.

4.3.1 Direito á saúde no Estado brasileiro

O direito a saúde no Estado brasileiro tem heranças na Declaração Universal dos Direitos do Homem registrada em 1848:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Por uma análise abrangente, o direito á saúde como direito fundamental, apresenta nuances das três gerações apresentadas por Silva (2005, p.181). Primeira geração esta relacionada com a vida, o bem maior, como direito singular assegurado a proteção pelo Estado a cada indivíduo. A segunda geração, partindo do pressuposto que deve implementar políticas públicas e prestá-las à todos. E por fim, de terceira geração, por constituir um direito difuso, na medida que não apresenta titularidade determinada de cada indivíduo.

No Brasil, foi somente com a Constituição de 1998, que por seu cunho eminentemente garantista, resguardou a fundamentação em artigos expressos como o art. 6º e o art. 196 ao art. 200 e outros artigos de forma implícita. Em contrapartida, os diplomas anteriores não apresentaram a mesma preocupação. As Constituições de 1824 e de 1981, Imperial e Republicana respectivamente, apresentaram-se inertes a essa responsabilidade no tocante ao direito fundamental á saúde. No texto constitucional de 1934, conhecida

como Polaca, apresentou certa preocupação com a saúde do trabalhador, e também quanto à mortalidade infantil e a higiene social e mental. E a Constituição de 1937, a Carta estabeleceu proteção à saúde da criança e o texto de 1946 estabelecia a competência para legislar seria da União, no tocante a defesa e proteção da saúde. As normas constitucionais durante um regime também não avançaram e se preocuparam em fixar a competência legislativa, insinuando que as leis federais seriam as responsáveis pela saúde.

Como a queda do regime Ditatorial, e o início do processo de Redemocratização, deu ensejo a um movimento sanitarista consolidado pela 8ª Conferência Nacional da Saúde ocorrida em 1986, sendo os precedentes para a concretização e inclusão de políticas públicas voltadas à saúde. Ao final em seu relatório foi concebido a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), que se apresenta consagrado no art. 198 da Carta Constitucional de 1988:

Art.198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

O conceito de saúde na qual o legislador constituinte adotou em 1988 foram os fatores determinantes e condicionantes, na qual estão presente: alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte e lazer, dentre outros, sob influência dos sanitaristas de dos conferencias de 1986. Registra-se também, os organismos componentes no SUS, para identificarem os fatores sociais e ambientais, e ao governo o de formular políticas públicas voltadas a concretizar os ditames estabelecidos no diploma Constitucional.

De forma pioneira o Estado brasileiro se encontra juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços da saúde, O direito fundamental à saúde encontra proteção constitucional no art. 6º e também nos arts. 196 a 200 da CF/88. Ademais, na forma do art. 23, II, cabe a todas as unidades federadas, alinhadas em competência que lhes são comuns, o desenvolvimento de ações no sentido de proteção do direito à saúde. O constituinte originário também determinou que saúde é uma matéria legislativa concorrente entre União,

Estado e Distrito Federal, na forma do art. 24, XII, além de constar do rol de competências materiais expressas dos Municípios, de acordo com o art. 30, VII, todos da CF/88.

Ao analisar que a Constituição de 1988, mostra aspectos avançados, em relação a efetividade do direito à saúde ao estabelece a manutenção do pacto federativo a destinação correta das receitas estaduais e municipais para as ações e serviços públicos de saúde, passível de intervenção federal e estadual, respectivamente como consta nos arts. 34, VII, “e” e 35, III, da CF/88.

No plano processual, as garantias constitucionais individuais e coletivas, fruto da Constituição cidadã que se apresenta, podem ser utilizadas também na tutela do direito fundamental à saúde. O Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), na via individual ou coletiva; a Ação Civil Pública (art. 129, III); a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º); e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º) são importantes instrumento de consecução da saúde para com povo brasileiro.

O art. 200, da CF/1988, criou o Sistema Único de Saúde, competente para segundo os preceitos de sua lei infraconstitucional, a Lei Orgânica da Saúde (LOS) - Lei nº 8.080/1990, em que se apresenta os principais destaques da referida lei, a citar: trata a saúde como um direito à vida qualificada, necessária para uma existência digna e como elemento basilar da construção da cidadania brasileira; amplia os objetivos do SUS e aumenta as finalidades do sistema que já estavam timidamente previstas no mencionado dispositivo constitucional; busca implementar uma política de fomento à qualificação específica na área mediante programas de aperfeiçoamento pessoal em todos os níveis de ensino, inclusive pós-graduação, bem como a valorização da dedicação exclusiva ao SUS; prevê, ainda, outras fontes complementares de orçamentos à saúde como aquelas provenientes de doações, alienações patrimoniais, taxas e emolumentos na área da saúde e serviços que possam ser prestados, contanto que não interfiram na área-fim do SUS.

Posteriormente, a Lei nº 8.142/1990 trouxe a regulação de forma a acessória e para assegurar a participação da comunidade na gestão do SUS criando dois mecanismos importantes para sua efetivação: Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde. A primeira estrutura deve se reunir, no mínimo, uma vez a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos

sociais para avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para a formulação das políticas de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, pelo Conselho de Saúde. Este último, de caráter permanente e deliberativo, é o órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e no controle da política de saúde na instância correspondente. Ambos os mecanismos constituem-se em instrumentos de fiscalização pela comunidade do desempenho das funções estatais, favorecendo uma maior eficácia na aplicação dos recursos e, portanto, uma maior possibilidade de concretização dos princípios que orientam o SUS.

Outra importante determinação legal criada foi a Medida Provisória 1.791/1998 (posteriormente convertida na Lei nº 9.782/1999), que regulou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), aos moldes das demais agências reguladoras, para cuidar do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, com a finalidade de realizar um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; realiza, ademais, o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

Em 28 de janeiro de 2000, outro diploma legal foi estabelecido, a Lei nº 9.961 a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com objetivo de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, fiscalizando as operadoras setoriais, de normas para ressarcimento ao SUS, neste momento foram criados critérios de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços, operadoras, qualidade da cobertura e, entre outros objetivos, cuidado com os mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde.

Os cofres públicos destinados aos recursos para a saúde obtiveram benefício com a aprovação da EC 29/2000, que estabeleceu a vinculação de recursos para despesas com políticas de saúde, mas que, à semelhança de outras regras do setor, todavia, infelizmente ainda não conseguiu ser materializada de forma satisfatória para a sociedade.

No cenário internacional, o Brasil apresenta-se de forma exemplar por apresentar diplomas constitucionais relativos ao direito à saúde, a todos quer seja um país de primeiro mundo, quer seja os em desenvolvimento, apresenta um desafio quase que intransponível executar toda a legislação constitucional e infraconstitucional, muito alegada por ser um entrave aos cofres públicos, que de uma forma ou de outra encontra na prevenção das doenças uma forma de se eximir um tanto quanto de parcela de sua responsabilidade sanitária.

4.3.2 Controle Judicial: Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

Inicialmente, as políticas públicas são analisadas sob a égide dos direitos fundamentais, envolvendo leis, projetos, programas governamentais, exercidas e concretizadas pelo Executivo e pelo Legislativo ante as prestações positivas reivindicadas pelos direitos sociais, em especial o direito a saúde.

Analisadas sob um enfoque neoconstitucionalista, e por postulados progressistas de uma jurisdição constitucional, na qual a pretensão e argumentação jurídica alinhadas as técnicas de ponderação são instrumentos de defesa do controle judicial de políticas públicas.

Devido à crise entre os Poderes Legislativo e Executivo, a isto associa a ruína da perspectiva concretista das políticas públicas, tendo como entrave o dogma do Princípio da Separação dos Poderes, será a abordagem a ser seguida, em que se buscará uma nova releitura e a o estudo da teoria do Mínimo Existencial. Fatores como pacto Republicano e a Reserva do Possível, são os garantidores, que por sua vez são abordados pelo neoconstitucionalismo, em favorecimento a efetivação dos direitos fundamentais.

Sabe-se pela atual conjuntura nacional, que se advém de um modelo governamental neoliberal, onde se pretende a maximização de recolhimento dos recursos tributários e por mínima aplicabilidade de programas relativos às políticas públicas. Os investimento em obras são de infra-estrutura são cada vez mais escassos, as políticas assistencialista de curto prazo não geram efeitos pretendidos. Ainda assim, o ordenamento jurídico brasileiro, muitas

vezes é influenciado por políticas corruptas em todos os setores públicos até quem possui a competência fiscalizatória.

Mesmo assim, o que verifica pelas inúmeras demandas judiciais, sendo o fato de que a população encontra no Estado a única forma de conseguir um exame de elevado custo, um internação que acalente um pouco o sofrimento de uma doença entre outros. É nessa perspectiva que se analisará a atuação positiva do Judiciário na execução de determinadas ações judiciais.

Pelos doutrinadores e filósofo Habermas (2003) que é contrário ao controle judicial das políticas públicas por entender que o poder legitimado pelo povo para tomar conta dessas decisões que é de competência típica do legislativo. Por sua vez, Dworkin (2005, p. 17), de posicionamento intermediário, que o controle judicial sobre os atos do legislativo não é modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas sim um instrumento viabilizador deste. Continua Dworkin, que a atividade judicial se funda em um peculiar tipo de argumento que vem a ser o principiológico, na qual se estabelece que algumas decisões políticas são sensíveis á eleição e outras insensíveis. Em sua concepção substancial de democracia, as decisões sobre as políticas públicas são sensíveis ás eleições, e com omissões sanadas pelo Judiciário. Nesse mesmo entendimento contrário ao controle judicial se apresentam Karl Lowenstein e Carl Schmitt.

Dentre os já mencionados doutrinadores, baseados no pensamento de Sócrates (1995, p. 46),entendem que os juízes não teriam legitimidade para atuar nas políticas públicas porque não foram eleitos pelo povo com essa finalidade, não é função elaborar o direito pelo magistrado. Já os conservadores, a atuação interventiva carecia de conteúdo constitucional, configurando o “ativismo judicial”.Portanto, o controle judicial permite o judiciário uma atuação como um absoluto poder, de plano já negado pelo constituinte originário.

Aos que defendem a política institucional pelo Judiciário, fundamenta sua análise pela preceito de que o art. 16 da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789: “toda a sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação de poderes não tem uma Constituição”.

O meio para consecução da efetivação dos direitos fundamentais será a análise o princípio da separação dos poderes, defendido em sua nuances por

Jonh Locke e Montesquieu, na qual se encontrava um Estado absolutista substituído pelo Estado onde vigorava a lei e não a vontade arbitrária do rei. Diante disto, foi uma contribuição iluminista filosófica para a contenção do arbítrio do detentor do poder, mas é necessário que se atualize aos tempos de neoconstitucionalismo.

Vários problemas são reconhecidos pela omissão legislativa que superlota a máquina judiciária oriunda por um Mandado de Injunção ou por Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por omissão, a depender do seu objeto. Já inexecutáveis normas que se apresentam contrárias ao ordenamento jurídico, que por sua vez se executam ações diretas de inconstitucionalidade em respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade relativa.

Por outro lado, a crise afeta também o Poder Executivo, pela inúmeras medidas provisórias, sem características de urgência e relevância, pressupostos indispensáveis para sua edição, assim como preleciona o art. 62 da CF/88. Quanto aos serviços públicos, que estão sucateados e mal executados, principalmente o setor sanitário.

A imprescindível discussão de Jorge Neto(2008) no que concerne a releitura do princípio da Separação de Poderes, visto que nos moldes idealizados pelo iluministas não corresponde os desafios da modernidade, pois a lei não é mais um valor em si mesma, o ideal democrático oriundo da elegibilidade onde acarretava a competência para legislar, deu lugar aos concursos públicos de cargo e títulos comparável ao ponto da elegibilidade democrática. Não se pode esquecer que a Separação dos Poderes esculpida no art. 2º da CF/88 foi determinada para cumprir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, sob a ponderação do juiz constitucional os analisar, sem cometer injustiças, atuação equânime. Também registra-se uma forma democrática, através dos magistrados eleitos pelo quinto constitucional, onde são nomeados para órgãos colegiados e por eles são eleitos.

O Estado Constitucional de Direito que sua Constituição seja verdadeiramente normativa e não simbólica, portanto, passível então de ser considerada “mera folha de papel” como destacou Lassale(1998) no século XIX.

Os magistrados como já bem destacado de legitimidade constitucional, tem garantias ampliadas no texto constitucional, não são meros “*boca de lei*” segundo Montesquieu, mas interprete qualificado a cumprir o papel da

Constituição em face da sociedade e a realidade contemporânea. E esse Estado Constitucional reivindica da classe magistrada uma atuação mais significativa e efetiva.

Conquanto o Poder Judiciário não se utiliza somente de uma jurisdição constitucional a destacar: o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º), além de efetivar a constitucionalidade da Ação Civil Pública, é a que igualmente garante a todos o amplo acesso à justiça e na inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV); ou seja, baseada no controle de constitucionalidade, mas também em implementar os direitos fundamentais de segunda geração.

A formação do binômio necessidade e escassez demanda torna a busca de medidas paliativas que efetive as políticas públicas são cada vez mais complexas, já que equacionar as necessidades sociais que são de praxe infinitas e os cofres públicos em estado negativo de recursos. Barcellos (2007) diz que é preciso priorizar quais medidas serão adotadas pelas escolhas dos serviços públicos para que possam ser geridos pela demanda orçamentaria dos entes públicos.

É de conhecimento que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, cunhada no conhecido princípio da “reserva do possível”¹⁰ *Vorbehalt des Möglichen*, firmado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, segundo o qual, a entrega de prestações sociais ficaria sujeita à reserva da lei orçamentária. Nesse mesmo entendimento, com as honrosas palavras e nos pensamentos do Ministro Celso de Mello, em julgado importante sobre o direito à saúde:

¹⁰“Os direitos e prestações não são garantidos de antemão para qualquer situação existencial, senão que permanecem sob a reserva do possível, no sentido de saber o que cada qual pode razoavelmente exigir da sociedade. Em primeiro lugar encontra-se sob a responsabilidade do legislador avaliar a pretensão, considerando a economia orçamentária, as outras necessidades da comunidade e o dispositivo expresso do art. 109, inciso 2 da Constituição, que manda levar em conta o equilíbrio geral da economia”.

[...]Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese –mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressaltada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais [...] (STF, ADPF 45, Ministro Relator Celso de Mello). .

Nas palavras do Ministro, a simples alegação de insuficiência de verbas orçamentárias para a concretização das políticas públicas, anunciadas pela Constituição e pleiteadas na via judicial, não é suficiente para caracterizar a impossibilidade material ou jurídica da prestação. Nessas situações, cabe ao julgador ponderar e realizar escolhas acertadas com base na própria Constituição. E é nesse sentido que o STF vem se posicionando sobre o direito à saúde:

[...]não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.[...] (STF, ADPF 45, Ministro Relator Celso de Mello, J. em 29.04.2004, DJ 04.05.2004).

[...] Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maniaco-depressiva crônica) - a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o

acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higiene mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa[...]

(STF, RE.393.175/RS, Ministro Relator Celso de Mello, J.01.02.2006,DJ16.02.2006).

[...]Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma

solidária.[...](STF,SS.3205/AM,MinistraRelatoraEllenGracie,J.em31.05.2007,DJ08.06.2007)

Portanto se conclui que, o posicionamento assumido pela Suprema Corte Constitucional com sua visão concretista geral, demonstra objetivamente a falta de recursos por parte do poder público, resguardando o direito fundamental à saúde, um bem maior.

Oportunamente, as palavras de Ana Paula de Barcellos (2002), afirma que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Os condicionantes impostos pela falta de recurso ao processo de concretização dos direitos de segunda geração, de uma forma, bastante onerosa aos cofres públicos, compreende que: (a) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (b) a existência de disponibilidade financeira.

Desnecessário acentuar-se, segundo a autora, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem

configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Como já mencionado, o Estado Constitucional demanda ao Poder Judiciário inúmeras atribuições, dentre as quais papel de intérprete qualificado e protetor da própria supremacia constitucional; o de juiz constitucional, além de realizar a fiscalização de constitucionalidade das leis por meio dos dois sistemas de controle de constitucionalidade adotados pelo país, é exigido para que, na aplicação das normas constitucionais, também possa oxigenar a vida dos direitos sociais.

Segundo Alexy (2007), a jurisdição constitucional representa um exercício de autoridade estatal, que não se dá aos moldes das legitimidades democráticas eleitoras. Nesse entendimento, o jurista alemão defende que a reconciliação da jurisdição constitucional com a democracia seria concebê-la também como representação do povo. Essa representação seria um modelo democrático diferenciado do puramente decisiva e sim uma democracia argumentativa, deliberativa e associada a uma atividade de justificação moral, paradigmas neoconstitucionalismo que unifica a argumentação jurídica e moral. A correção defendida por Alexy (2005, p.31-42), na qual seria uma pretensão de argumentos e fundamentos, implicaria fundamentalmente, ou melhor, uma pretensão de correção o direito reconhece mais do que um dever geral de fundamentação, e exige que seja dado cumprimento da forma mais favorável.

Associada a referida garantia, a pretensão seria que o público alvo reconhecerão da decisão judicial como correta, se realmente forma razoáveis e harmônicos com o ordenamento jurídico, seria formada por três elementos: a afirmação de correção; a garantia da fundamentalidade; e a expectativa de reconhecimento da correção.

Um deve-ser determina que as decisões judiciais sejam prolatas em uma visão que não somente verifiquem a lei, o que ordena, proíbe e permite, exige-se algo maior uma verdadeira concepção de justiça, conveniência, costumes e moral, por uma conexão metodológica ou teórica argumentativa necessária entre o direito e a moral, garante segundo Alexy(2005, p.275), a correção das decisões judiciais, mas estabelecem parâmetros que podem ser seguidos para assessorar a racionalidade das decisões judiciais.

O juiz constitucional não poderá com fulcro no neocosntitucionalismo, não admite julgados com fundamentações razoáveis, justas, realizadas mediante a ponderação com a aplicação dos princípios de uma nova interpretação constitucional.

Nas palavras de Jorge Neto (2008, p. 72) não se pode desconsiderar que a decisão judicial não é frente da vontade isolada do juiz. A princípio, porque o juiz está adstrito ao pedido feito pelas partes e a posterior que a decisão nascerá da mente do juiz, mas será fruto de processo dialético discursivo em busca da melhor solução para o caso. Em contrapartida Moreira (2008, p.58), adota um posicionamento que condiz a uma argumentação jurídica como determinante a uma discricionariedade dos juízes, em que a princípio existentes e somente serão validados para o caso concreto onde haja pertinência de seu uso e for fundamentalmente considerada, Moreira(2008, p. 138) conclui que:

[...]A sociedade, a partir das decisões e julgamentos, poderá participar das decisões e julgamentos, poderá participar das decisões políticas e quem sabe, exigir investimentos em determinada área social, que só chegam ao conhecimento do público em geral pelos próprios políticos em época de eleição – controle interno – e pela mídia, que é divulgadora do sentimento de (in) justiça no Brasil.[...]

A fundamentação jurídica adequada seria aquelas em que se constatassem os princípios constitucionais nos moldes dos direitos sociais e especialmente para o direito á saúde. A partir dessa força vinculante da Constituição, a Administração Pública não poderá negar os direito constitucionalmente garantidos e o controle judicial que irá permitir que essa análise seja efetuada pelo juiz constitucional que, em nome próprio Constituição, deverá com base em critérios de ponderação argumentativa, todos estruturados a fim de concretizá-lo de imediato.

A CF/88 asseverou critérios objetivos primordiais aos que colaboraram para o controle judicial das políticas públicas em relação ao direito á saúde. Segundo o art. 198 da CF/88¹¹, os recursos para investimento no custeio da

¹¹“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
(...)

saúde deverão ser repartidos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sempre em um sistema de colaboração, teoricamente interessado, ou poderão ser as dificuldades em fiscalizar a destinação dessas receitas.

Quando o texto constitucional excepciona a regra da não intervenção, em nome na autonomia interventiva, e permite a intervenção federal quando os Estado deixarem de aplicar o mínimo federativo e permitirem a aplicação do mínimo exigido das receitas que destinarem a aplicação as receitas exigidas pelos impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, “e” da CF/88). Também assegura a intervenção estadual nos municípios que não tiverem aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 35, III).

O cidadão que pleitear seu interesse legítimo por meio do direito de informação, assim como consta no art. 5º, XXXIII da CF/88, uma garantia constitucional, poderia, a este caso, provocar a máquina judiciária para que pudesse ter acesso aos documentos referentes á destinação do dinheiro público. Assim, por meio do controle social –judicial, progressivamente, o Poder Público, que não possui discricionariedade *contra legem* precisariam assumir uma postura mais constitucional e célere sobre a destinação dos recursos na área da saúde.

O orçamento da Constituição de 1988 pode se compreendido por um critério dinâmico e deve ser um canal democrático, pois precisaria retratar os compromisso políticos e o sentimento de cidadania, assegurando por Sustain (1994, p.145). Devido ao fato do descumprimento ás políticas públicas determinadas nas leis orçamentarias promove a violação á Constituição e ao próprio Estado Constitucional, exigindo do Judiciário uma participação mais

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”

efetiva no próprio controle judicial do orçamento, como já defendido por J.J. Canotilho (1979, p. 3-14).

No controle de políticas públicas, o neoconstitucionalismo contribuiu para uma versão atuante do Poder Judiciário, exigida pela própria Constituição e respaldada por decisões mais fundamentadas, tomadas com base em um processo discursivo permitido pelas normas constitucionais, orientadas por inúmeras normas de valor que devem ser de maneira objetiva defendida.

4.3.3 Posicionamento da Corte Suprema

É possível, a partir de um estudo minucioso, em que se apresentou anteriormente que o Supremo Tribunal Federal vem construindo, desde o advento da Constituição de 1988, uma postura judicialista, intervindo em espaços outrora de exclusividade do Legislativo e Executivo.

No tocante ao direito fundamental à saúde, a postura intervencionista, decorrente de uma justiça constitucional da Corte possui uma visibilidade maior, na medida em que o tribunal é continuamente provocado a se manifestar quanto à concessão de medida concernente à garantia do direito fundamental à saúde.

Inicialmente, necessário será a exemplificação da extensão do conceito de solidariedade, adotado pela Corte, no voto do Ministro Luiz Fux. O tema do princípio da solidariedade dos entes federados em matéria de saúde está presente frequentemente nas decisões proferidas pelo Supremo.

Portanto, o Ministro Fux (2004) adota que o princípio da solidariedade dos entes públicos, no tocante, ao direito à saúde, a responsabilidade será de todos, não cabendo a utilização de institutos processuais como o chamamento ao processo para exigir que os demais devedores participem e que os mesmos sejam demandados por qualquer que arcou com as despesas processuais. Quando aos valores referentes a responsabilidade dos demais co-devedores, uma vez que não há direito de regresso, com isso defende que:

Ademais, o objetivo do chamamento ao processo é garantir ao devedor solidário o direito de regresso caso seja perdedor da demanda; configura atalho processual para se exigir dos demais co-

devedores o pagamento de suas respectivas cotas da dívida. Contudo, *in casu*, não há se falar em direito de regresso, pois, mesmo que a União integre o feito em comunhão com o Estado, caso saiam perdedores da demanda, o Estado de Santa Catarina arcará sozinho com o ônus do fornecimento do medicamento requerido, pois essa foi a escolha da autora da ação.

Trata-se de construção pretoriana e exemplo de ativismo judicial, na medida em que a solidariedade pressupõe a possibilidade de se buscar o ressarcimento do valor integral pago por um devedor aos demais devedores. O próprio Ministro Fux, assevera quanto ao chamamento ao processo que:

[...] O chamamento do processo é modalidade de intervenção forçada d terceiro, que só pode ser manejada pelo réu (...), tem como ratioessendi o vínculo da solidadriedade passiva. Consoante é sabido, na solidariedade passiva há uma relação interna entre os devedores que lhes impõe um rateio da cota de cada um na dívida comum. Observando esse aspecto, estabeleceu o legislador processual a possibilidade de o devedor demandado convocar ao processo os demais coobrigados, com o fim de estender-lhes os efeitos da sentença, e autorizar áquele que, por fim, satisfizer a dívida, recobrar, de cada um, a sua cota parte [...].

Tem-se, portanto, um novo conceito de solidariedade, em que o ente que arcar com as despesas relacionadas às prestações de saúde, não poderá reaver os valores devidos por seus co-obrigados. Cuida-se, assim, de uma construção ativista, uma vez que estabeleceu uma obrigação além dos limites definidos pela legislação processual.

O ativismo, portanto, visto por Medeiros (2011, p. 113) no direito à saúde é uma realidade que se traduz nas determinações quanto à entrega de medicamentos não constantes das listas oficiais, a realização de cirurgias e outros tratamentos médicos desorganizando “estrutura administrativa montada para atender a sociedade”.

Assim o caráter jurídico do direito à saúde é visto pelos Ministros das Corte, apresentando uma posição de vanguarda e quase que unânime em seus acórdãos que se dedicam a universalização do acesso a medicamentos especiais e cirurgias de alto custo, na medida em que nove dos onze Ministros da se manifestam a favor da universalização, a partir de uma concepção de um direito público subjetivo. A destacar: Celso de Mello, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Carmém Lúcia, já decidiram pela em defesa da tese

de existência de um direito público subjetivo, que existe em favor do cidadão em face do Estado brasileiro na preservação do direitos fundamental á saúde, assim constitui na jurisprudência concretista geral.

4.3.4 Análise jurisprudencial das decisões do STF

Baseado em um empirismo casuístico de análise jurisprudencial as decisões dos Ministros da Suprema Corte Nacional, Ellen Gracie e Ministro Gilmar Mendes, retrata-se um percepção de que o Estado é responsável solidário pelo fornecimento de medicamento para o tratamento das mais diversas doenças. As principais linhas de debate pelo ente público seria de que graves danos á ordem pública e economia, estão presente em suas decisões, que se reafirmam em argumentos jurídicos, em uma juízo maior de deliberação quanto aos problemas financeiros do Estado, que possui recursos limitados.

As decisões estavam direcionadas ao princípio da legalidade orçamentária e á cláusula da reserva do financeiramente possível.

A primeira delas é a: Suspensão de Segurança nº 3158 do Rio Grande do Norte. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 31/05/2007.

Relata-se uma ação interposta pelo Estado do Rio Grande do Norte que objetivou a suspensão de acórdão do Tribunal de Justiça que condenou o Estado ao fornecimento dos medicamentos Pentoxifilina 400mg e Ticlopidina 250mg à paciente portadora de doença vascular encefálica isquêmica, em que seu tratamento deveria ser realizadode forma contínua e ininterrupta. O Estado alegou que: o Mandado de Segurança não é inadequado para a hipótese em questão, tendo em vista a necessidade de perícia médica; impossibilidade de o Estado arcar sozinho com os medicamentos pleiteados, sendo a promoção da saúde competência solidária dos entes federados, devendo as ações serem distribuídas de acordo com a complexidade, nos termos dos artigos 195 e 198 da CF/88 e da Lei nº 8080/90; ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, por violação do princípio da legalidade orçamentária (art.167 da CF/88), uma vez que o Estado não tem condições de arcar com as necessidades médicas de cada cidadão em seu território, bem como, que na hipótese em tela não se nega a fornecer os medicamentos, apenas propõe a indicação de similares, notadamente os que se encontrem na listagem oficial

do Ministério da Saúde e, por fim, a possível ocorrência do denominado efeito multiplicador, em virtude do incremento de ações judiciais de mesma natureza.

Para tanto, o entendimento da Ministra Ellen Gracie seria que o Estado deveria arcar com o tratamento, indeferindo o pedido de suspensão de segurança formulado pelo Estado. No mérito a Ministra Ellen Gracie buscou fundamentos de ordem legal e jurisprudencial para chegar à sua decisão. O primeiro item da decisão diz respeito à necessidade do reconhecimento de controvérsia constitucional no Mandado de Segurança que habilite o requerente a solicitar a suspensão em tela. Quanto à essa questão, reconheceu a Ministra Ellen Gracie que o pedido formulado possui controvérsia de natureza constitucional, por alegação de ofensa aos art. 5º, *caput*; 6º, *caput*; e os art. 196 a 200 da CF/88, apontando que a “Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional.”¹²

Encerrada a discussão a respeito desta questão da controvérsia constitucional, a Ministra Presidente do Plenário, a época da sessão, adentrou nos aspectos suscitados pelo Estado, notadamente na questão do perigo de grave lesão à saúde e à economia pública. Fato este fundamentado em bases legais, que o Tribunal possui condições de suspender decisão quando em perigo a própria estabilidade do Estado, mas se reporta somente a aspectos jurídicos, sem fundamentar se a decisão poderia ou não prejudicar o regular funcionamento do Estado, se causaria ou não a necessidade de realocação de recursos públicos ante a possibilidade de ocorrência de efeito multiplicador das decisões, conforme alegou o impetrante, nas palavras da Ministra Ellen Gracie na suspensão de segurança nº 3158 do RN em 31/05/2007:

A lei 4.348/64, em seu artigo 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Tenho sustentado que a suspensão da execução de ato judicial constitui, no universo jurídico de nosso sistema normativo, providência de caráter excepcional,

¹²Excerto da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie na suspensão de segurança nº 3158 do Rio Grande do Norte, em 31/05/2007. Disponível em www.stf.jus.br consulta em 29/09/2011. Salienta, ainda, a Ministra Ellen Gracie, como fundamento da competência da presidência do Supremo para análise dos fatos aludidos o artigo 297 do Regimento Interno da Corte e o artigo 25 da lei 8.038/90 bem como a jurisprudência do Supremo com destaque para a Rcl 475/DF, rel. Ministro Octávio Gallotti, rcl 497-AgR/ RS, relator Ministro Carlos Velloso, SS 2187-AgR/SC, relator Ministro Maurício Corrêa e SS 2465/SC/ relator Ministro Nelson Jobim.

impondo-se o máximo rigor na averiguação dos pressupostos autorizadores da medida de contracautela, de forma a aplicá-la, no exercício da atribuição monocrática prevista na lei, quando a manutenção da decisão hostilizada importe verdadeiro risco de lesão aos valores públicos nela homenageados. Logo, os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a concessão de segurança ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo aos seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual. Nesse sentido foi a decisão proferida por esta presidência em 28/05/2007, na SS3.231/RN.”

Em sua defesa técnica, o Estado do Rio Grande do Norte, retratou que os medicamentos não constam da Portaria nº. 1318 do Ministério da Saúde. Todavia, a Ministra reconheceu de plano, dado ao fato que através de consulta no sítio eletrônico da Anvisa, os fármacos pleiteados possuem o respectivo registro como medicamentos genéricos, aduzindo que:

O próprio Ministério da Saúde reconhece que o ponto central da estratégia de uma política de medicamentos essenciais é a adoção de uma política de medicamentos genéricos, proposta que se encontra inserida entre as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (portaria GM n. 3.916/98) e que passou a nortear todas as ações daquele ministério na área de medicamentos para o setor público.

Inicialmente, o Mandado de Segurança pretendia a concessão dos fármacos ante ao argumento de que o impetrante é pessoa hipossuficiente¹³, sem condições, portanto de arcar com os custos, alegação essa reconhecida no voto em apreço, sem porém, mencionar que entende por hipossuficiência, bem como se seria ou não viável ao impetrante custear o tratamento. Mas

¹³Em todas as intervenções legislativas relacionadas ao tema da hipossuficiência, pode-se apreender, com facilidade, uma ligação umbilical que o legislador constitucional e infra-constitucional faz do direito de acesso à Justiça com as condições econômicas da pessoa. Apenas terá “assistência jurídica integral” (CF, 5º LXXIV) aquele que “comprovar insuficiência de recursos”; essa insuficiência de recursos diz respeito a impossibilidade de suportar as despesas com a contratação de advogado, as custas do processo (art. 19 do CPC) e quaisquer gastos relacionados com a atuação em Juízo ou fora dele na defesa ou afirmação de direitos. É “instituto pré-processual”, na lição de Pontes de Miranda, não sendo indispensável a existência de processo judicial para o seu reconhecimento. Enquanto que a assistência jurídica integral e o benefício da justiça gratuita são direitos constitucionalmente garantidos a qualquer cidadão que “comprove insuficiência de recursos”, a condição de hipossuficiente depende do preenchimento de requisitos materiais, legais e processuais, não constituindo garantia processual e nem direito subjetivo da parte assistida juridicamente por órgão da Defensoria Pública. Não basta ter reconhecida a condição de “necessitado” (Lei 1.060/50, 2º par. un.), para também ser reconhecida a condição qualificada de “hipossuficiente”.

registra-se que, de acordo com documentos probatórios aos autos, a impetrante já vinharecebendo os medicamentos pleiteados a um custo de R\$ 456,00 (quatrocentos e cinquenta e seis reais) relativos a seis caixas do remédio em questão.

Verifica-se que na decisão proferida não registra-se menção à situação financeira do impetrante nem de sua família, o valor da renda familiar, etc., nem em relação acerca da possibilidade de se encontrar uma alternativa que possa equilibrar a necessidade do cidadão de possuir um tratamento adequado, a luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e o equilíbrio orçamentário estatal, também necessário à adoção de políticas públicas essenciais ao respeito ao princípio em comento.

Por fim, a Ministra Ellen Gracie reconheceu a competência solidária dos entes no tocante à saúde ao afirmar que:

[...]Finalmente ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo artigo 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de governo a atuarem de forma solidária.[...]

Diante dos argumentos expostos, a Ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido formulado pelo Estado do Rio Grande do Norte, reforçando a ideia de uma existência de solidariedade dos entes públicos, sem o adequado enfrentamento acerca dos problemas advindos dos limites orçamentários, a necessidade de elaboração de políticas públicas e a necessidade cada vez maior da população de acesso a tratamentos de saúde.

A outra decisão judicial que pode ser mencionada no presente estudo, Suspensão de Liminar nº 166 do Rio de Janeiro. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 14/06/2007.

Considera-se ação proposta pela União em que requer suspensão da execução que determinava, pela requerente, o fornecimento de 12 doses do medicamento AVASTIN (BEVACIZUMABE), pois era portadora de câncer de colón com metástase hepática. De acordo com prescrição médica, por intermédio do INCA (Instituto Nacional do Câncer), tendo em vista a parceria de

pesquisa entre o INCA e a ROCHE, laboratório estes que produzem o fármaco¹⁴.

A defesa retrata ser parte ilegítima do pleito, pois na estrutura do direito à saúde no Brasil, a União teria competência subsidiária, sendo o Estado e o Município responsáveis pela implementação de ações concretas relacionadas à saúde. Argumentou-se que: “efetivação do direito à saúde dá-se de maneira descentralizada, por meio da divisão de competências entre as unidades federadas que, em conjunto, formam o Sistema Único de Saúde”; possibilidade de grave lesão administrativa, ante a ausência do medicamento na portaria do SUS, o que inviabiliza a programação do poder público; grave lesão à saúde pública, pois a concessão via INCA pode prejudicar a atuação desse centro de pesquisa, uma vez que o objetivo das pesquisas é a sociedade e não um indivíduo de forma isolada; a possibilidade de grave lesão à ordem econômica em virtude do valor deste medicamento. Por fim, a possibilidade do chamado efeito “cascata”, que significa um número cada vez maior de ações com o objetivo de adquirir medicamentos.

No tocante ao mérito, a Ministra Ellen Gracie sustenta que a suspensão de uma decisão judicial deve ser encarada como algo excepcional no direito brasileiro; que o autor não possui condições financeiras para custear o tratamento em questão, bem como demonstrou melhora com o uso do medicamento solicitado; que o fármaco possui registro na ANVISA, sendo comercializado no país desde abril de 2007 e reconheceu a responsabilidade solidária dos entes federados.

Cumprido ressaltar que os argumentos da decisão em apreço muito são semelhantes aos argumentos da decisão anterior, notadamente na questão da possibilidade de suspensão de decisão judicial, como ato excepcional, no tema do registro do fármaco na Anvisa, e na questão da solidariedade dos entes federados em matéria de saúde.

Ao contrário da decisão anterior - em que havia o custo do medicamento, mas não havia menção à renda do impetrante -, esta decisão, ao

¹⁴Retrata uma suspensão de execução de decisão proferida em Agravo de Instrumento, pelo desembargado relator que concedeu efeito suspensivo ao recurso, determinando à União o fornecimento do fármaco pleiteado e que a turma do TRF 2º região, para apreciar questão de ordem suscitada pelo relator do agravo de instrumento, determinando o fornecimento do medicamento via INCA.

cuidar da hipossuficiência, demonstrou tratar-se de paciente aposentado por invalidez pelo INSS, cuja renda mensal é de R\$ 1.105,27 (um mil, cento e inço reais e vinte e sete centavos), mas não houve divulgação da renda do impetrado.

Por fim, retratou-se outro indeferimento de pedido formulado por ente público em que se reconhece uma ampla solidariedade dos entes públicos sem levar em conta as objeções formuladas pelo Estado quanto aos problemas advindos da decisão, notadamente, no tocante à necessidade de programação do Poder Público para a realização de políticas públicas e as limitações orçamentárias, ou até da questão relativa à suspensão das pesquisas entre o INCA e o laboratório responsável pela fabricação do medicamento.

Outra análise preponderante para construção do posicionamento do STF vem a ser a Suspensão de Tutela Antecipada nº 162 do Rio Grande do Norte. A Relatora foi a Ministra Ellen Gracie, o julgamento no dia 19/10/2007.

Está ação por sua vez, proposta pelo Estado do Rio Grande do Norte, com vistas à obtenção da suspensão da execução de medida determinada pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública de Natal antecipou os efeitos da tutela condenando o Estado ao fornecimento do medicamento MABTHERA (Rituximabe) a paciente portador de linfoma não-hodgkin(CID:C833). O Estado também recorreu ao Tribunal de Justiça, tendo indeferida a suspensão pleiteada. Alega o requerente que: há possibilidade de grave lesão à ordem pública, uma vez que a concessão de medicamento a um cidadão pode dificultar a concessão à população, bem como a realização de serviços básicos de saúde; grave lesão à economia pública, pelo fato de violar o princípio da legalidade orçamentária e a cláusula da reserva do financeiramente possível, pois o Estado não pode arcar com todos os medicamentos demandados; que o autor pode requerer o tratamento, não impor qual será realizado, afirmando que não há comprovação quanto à segurança do medicamento; a existência de jurisprudência do Supremo favoráveis ao deferimento do pedido e a possibilidade do chamado efeito multiplicador da decisão.

No mérito, sustenta a Ministra Ellen Gracie, em síntese, que a suspensão de decisão judicial é algo excepcional no direito pátrio; que o autor da demanda é pessoa carente, portanto incapaz de prover o tratamento da

doença; que o atestado médico afirma a necessidade do remédio para o tratamento em questão; que a Secretaria de Saúde do Estado possui o referido medicamento, mas só o disponibiliza por meio de decisão judicial; que em pesquisa junto ao INCA é possível atestar a eficiência do medicamento suplicado; que o Estado não demonstrou a possibilidade de outros medicamentos com eficácia equânime e diante da hipossuficiência do autor e do devido registro do fármaco na Anvisa, a Ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido formulado pelo Estado.

Quanto a esta demanda cumpre demonstrar que o Estado não formulou argumentos acerca do tema da solidariedade dos entes públicos no tema da saúde. Nos demais argumentos, a Ministra Presidente repetiu alguns argumentos das decisões anteriores. No tema da hipossuficiência, ressalta-se que a Ministra, ao analisar os fatos, reconheceu a carência do autor ao afirmar que se trata de um agricultor com idade avançada, não possuindo condições financeiras para custear o tratamento da doença, não demonstrando se houve alegação quanto à renda do autor nem quanto ao custo do tratamento, elementos importantes na aferição da hipossuficiência. Há a alegação, formulada pelo paciente, na inicial, de que o Estado possui o medicamento em estoque na Secretaria de Saúde, somente disponibilizando para decisões judiciais. Assim se manifestou a Ministra Ellen Gracie quando do indeferimento do pedido:

[...] atendo-me à hipossuficiência econômica do autor, à natureza da enfermidade que o acomete e à urgência da utilização do medicamento Mabthera (Rituximabe), devidamente registrado junto à Anvisa, entendo que, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 8.437/92, a ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que demonstra, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida na ação sob o procedimento ordinário em apreço.[...]

O posicionamento da Ministra, demonstrou que a hipossuficiência econômica do constituinte não foi somente determinante a sua concessão, mas também a prestação ao direito à saúde e a concessão do medicamento como um direito objetivo do Estado fornecer o tratamento médico adequado ao

paciente, visto que este seria determinante ao prolongamento da vida do paciente.

Por sua vez será analisado a consequente a Suspensão de Segurança nº 3382 Rio Grande do Norte. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 22/11/2007.

Outra demanda por parte do Estado do Rio Grande do Norte, que se buscava a suspensão de liminar que o obrigou ao fornecimento de medicamento REVATIO (Citrato de Sildenafil) a pessoa portadora de cardiopatia congênita (comunicação interventricular e estenose de ramos pulmonares). Doença encontra-se em um estágio de evolução, devido a hipertensão pulmonar e sobrecarga ventricular direita. O Estado, por sua vez requerente: possibilidade de grave lesão à ordem e à economia públicas, por desrespeito ao princípio da legalidade orçamentária e a cláusula da Reserva Possível, realçando que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do Mínimo Existencial e da Eficiência devem ser compatibilizados com o princípio da Legalidade orçamentária, pois não é possível ignorar as exigências constitucionais para a realização das despesas públicas; afronta ao artigo 2º da CF/88, em que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si; destinação de verbas do orçamento para compra de medicamento, interferindo na escolha feita pelo Executivo estadual; ofensa ao art. 196 da CF/88, uma vez que a concessão individual de medicamentos prejudica o oferecimento a toda a população em geral; grave lesão à ordem administrativa e que não se nega à concessão de fármacos, apenas propõe a substituição por outros medicamentos, listados pelo Ministério da saúde; a possibilidade de ocorrência de efeito multiplicador, pois o Ministério da Saúde já gastou cerca de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) com medicamentos de caráter excepcional e, por fim, a faculdade do Estado de promover sua política básica de saúde, isto é, que o impetrante tem o direito de ser tratado da mazela que o aflige, mas não de ditar o tratamento adequado, aduzindo que o medicamento não faz parte do rol estabelecido pela Portaria nº 1318/GM.

No mérito, a Ministra Ellen Gracie, sustenta que a suspensão de decisão judicial é providência de caráter excepcional; que genitores do autor não possuem condições para custear com as despesas do medicamento requerido, pois já gastam e suportam a despesa de quatro outros tratamentos;

a necessidade de uso pelo paciente do medicamento em questão e mesmo não constando da portaria de medicamentos excepcionais do Ministério da saúde, encontra-se devidamente registrado na ANVISA, o Estado, por fim, não demonstrou a eficácia de outros fármacos para o tratamento do autor. Assim, a Ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido formulado pelo Estado.

Reafirmando o ocorrido na decisão anterior, o tema da solidariedade não foi questionado pelo Estado, razão pela qual a decisão não contempla o tema. No tema da hipossuficiência dos genitores do autor, a Ministra se reporta a petição inicial para afirmar que os estes não podem arcar com os gastos necessários ao tratamento, não demonstrando a renda familiar do autor, bem como o custo do tratamento em questão.

Por seu turno, a Suspensão de Tutela Antecipada nº 245 do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado no dia 22/10/2008.

Cuida-se de ação proposta pelo Município de Pelotas, com pedido de suspensão de tutela antecipada, contra o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que obrigou o requerente a fornecer, em conjunto com a União e com o Estado, o medicamento MABTHERA 500mg (Rituximabe) para tratamento de linfoma não-hodgkin folicular, tendo o pedido indeferido pela 2ª Vara Federal de Pelotas e concedido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Alega o Município que o fornecimento de fármaco de alto custo a um paciente poderá ocasionar lesão ao direito à saúde dos demais usuários do SUS; que o Município não está obrigado a fornecer medicamentos não protocolados pelo INCA; que o medicamento consta da lista de medicamentos especiais fornecidos pela Secretaria de Saúde do Estado, devendo ser fornecida por este ente federado e que a decisão pode acarretar lesão à economia pública.

No mérito entendeu o Ministro Gilmar Mendes que: os entes federados possuem responsabilidade solidária em questões de saúde, podendo figurar como legitimados passivos na demanda; que o medicamento demandado possui registro na ANVISA o que atesta a sua segurança; que a paciente necessita com urgência do medicamento em questão; que o alto custo do medicamento não afasta a possibilidade de o Município arcar com o tratamento tendo em vista que “a política de dispensação de Medicamentos excepcionais e a Política Nacional de atenção oncológica visam contemplar justamente o

acesso da população acometida por neoplasias aos tratamentos disponíveis.”que o Município não demonstra a suposta lesão à economia pública; que a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes não afasta a obrigatoriedade do Executivo em cumprir as obrigações relativas ao direito à saúde e que a ausência do medicamento configura grave risco à saúde da autora, razão pela qual indeferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada.

Assim também no que tange a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Ceará. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado no dia 18/09/2009.

Cuida-se de ação proposta pela União e pelo Município de Fortaleza (STA 175 e 178 respectivamente apensados por ordem da Ministra Ellen Gracie, por importarem em decisões idênticas) em que os entes federados objetivam a Suspensão de Tutela Antecipada anteriormente proferida pelo Tribunal regional Federal da 5ª região que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento ZAVESCA (miglustat) a pessoa portadora de doença neurodegenerativa grave (NIEMANN-PICK TIPO C). Inicialmente a ação foi proposta pelo Ministério Público Federal que teve indeferido, sem resolução de mérito, o pedido em primeira instância, tendo em vista que o Juízo de Direito da 7ª vara da seção judiciária do Estado do Ceará entendeu que o Ministério Público não teria legitimidade para a ação, por se tratar de pessoa maior, não podendo o MP substituir a Defensoria Pública. O *parquet* recorreu ao tribunal. A primeira turma reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a demanda, antecipando os efeitos da tutela.

O requerente sustentou a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação; a ilegitimidade passiva da União, a ocorrência de grave lesão à ordem pública, pelo fato do medicamento não possuir registro na Anvisa e tampouco estar amparado pela Portaria nº1.318 do Ministério da Saúde; grave lesão à economia pública, em razão do custo elevado do medicamento, orçado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês e a possibilidade de ocorrência do denominado efeito multiplicador. O Município de Fortaleza, na Suspensão de Tutela Antecipada formulou as mesmas considerações.

No parecer da Procuradoria-Geral da República foi proferido entendimento de que a demora na prestação do fármaco pode gerar prejuízo, que a paciente já faz uso do medicamento em questão e que a agência de Medicina Européia confirmou, em 18 de dezembro de 2008, a indicação do medicamento para tratamento da doença em questão.

Com base nestes argumentos, o Ministro Gilmar Mendes decidiu a questão. Inicialmente cumpre estabelecer o percurso metodológico desenvolvido pelo Ministro em sua decisão.

A decisão proferida nesta suspensão de tutela antecipada percorreu o mesmo caminho das decisões do Ministro analisada anteriormente, isto é, inicia seu voto com a análise do tema da possibilidade de suspensão de medida judicial por perigo de lesão à ordem, à economia, à segurança pública; analisa, de forma meticulosa, o art. 196 da CF/88, fazendo menção ao tema dos direitos sociais e a problemática quanto à sua prestação; analisa a necessidade de registro de fármacos pela Anvisa; passa a destacar as características do sistema único de saúde SUS; agrega ao seu voto fundamentos de ordem jurisprudencial e doutrinária, decidindo, por fim pela improcedência do pedido formulado pelos entes públicos e determinando a concessão do fármaco pleiteado à pessoa portadora de patologia grave e rara.

O que importa mencionar nesta decisão é a recorrente menção à Audiência Pública de Saúde, como argumento de autoridade para fundamentar a decisão. Ao se referir à Audiência Pública o Ministro Gilmar Mendes relata que:

[...]Em 05 de março de 2209, convoquei Audiência Pública em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de liminar em tramite no âmbito desta Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde(fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgia e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros)[...]

Ocorre que, conforme já analisado anteriormente, a Audiência Pública de Saúde, embora tenha reunido especialistas de várias áreas, não teve um resultado consensual. Em alguns temas os palestrantes demonstraram

posturas diametralmente opostas, como no caso da solidariedade dos entes públicos. Assim, cumpre estabelecer uma análise mais apurada da Audiência Pública Saúde, fazendo uma comparação daquilo que pode ser observado nos depoimentos dos especialistas e a utilização (ou não) destas opiniões na formulação das decisões do Ministro Gilmar Mendes.

Por sua vez o Recurso Extraordinário 762.242 Rio de Janeiro. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/11/2013.

A ação em comento refere-se a uminterposição tempestiva de agravo regimental peloEstado do Rio de Janeiro contra decisão em fora negado seguimento ao recurso extraordinário. Retrata ser responsabilidade solidária entre os entes federativos no cumprimento da obrigação, consoante o disposto no art. 2º da Lei nº 9313/96 c/c os art. 9º e 33 e ss da Lei n 8080/90 em que alcança também os medicamentos ditos excepcionais, porque a Constituição não faz qualquer diferenciação acerca da assistência farmacêutica, não importando se alguns remédio são excepcionais á lista de medicamentos padronizados pelo SUS.

A ausência de que os remédios fornecidos pelo SUS teriam o mesmo resultado terapêutico no tratamento da autora. Tratamento realizado pelo medicamento “ÁCIDO ZOLEDRÔNICO” que pode ser conveniado pelo Sistema Único de Saúde.

Por fim, a análise do Agravo Regimental nº 8025024320134050000. Relator Des. Federal Frederico Koehler, julgado em 30/01/2014.O agravante portador de câncer de próstata (CID C61). O médico que o acompanha, Dr. Marclesson Santos Alves (CRM/CE 10583), atestou que “mesmo diante do bloqueio hormonal otimizado, vem evoluindo com aumento progressivo de PSA, necessitando de mudança no tratamento. Portador não pleiteado pelo tratamento de quimioterapia deido a idade e comorbidades, diante da escassez de opções de tratamento com menor morbidade, solicito liberação de Ariraterona 1000mg/ dia, até progressão da doença ou toxicidade limitantes.”

Originário de uma ação ordinária em que fora indeferida o pedido de antecipação de tutela. Alega o Desembargador em comento que em respeito ao art. 196 da CF/88, a promoção, proteção e recuperação da saúde é dever do Estado, compreendidos á todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro. O dispositivo que fundamenta essa

questão, dentre os vários princípios os quais se sobressai o do acesso universal e igualitário às ações do Estado que objetivem a plena garantia de cobertura e atendimento da população.

5. CONCLUSÃO

Na temática da Judicialização da Política, contrapondo-se a visão clássica de Montesquieu pela “inanimada boca de lei”, atualmente o papel dos juízes é representado de forma complexa e interdisciplinar, atuante desde a seara jurídica, passando pela política e pela moral. Sua adequação da lei ao caso concreto se constrói como uma garantia do Estado Democrático de Direito, em que seus Poderes encontram submetidos á eficácia do texto constitucional.

A Judicialização da Política é um fenômeno judicial de reconhecimento do texto constitucional, que garanti ao acesso do cidadão ao judiciário e a busca e efetivação de seus direitos. O que não se pode olvidar, tendo em vista que se trata de uma tendência das democracias globais e não só em âmbito brasileiro, vindo a ser uma abordagem tendente neoconstitucionalismo. Nada se confunde do ativismo judicial, em que o judiciário atua como mero legislador, ora não se admitido pelo estudo em tela, visto que neste caso ocorrerão excessos e estes são combatidos visando à harmonia entre poderes. Assim uma vez determinado em decisões dos juízes constitucionais a efetividade dos direitos fundamentais, essa intervenção vem consubstanciada na própria lei criada pelo Legislativo, nada além.

A admissibilidade da atuação das ações judiciais frente à legitimidade democrática é algo temerário e que geram discordâncias entre os Poderes, já que o poder é uno e indivisível, e no manejo das funções Estatais devem ser visto como um todo. Todavia, suprimir a tutela dos direitos fundamentais seria mais agravante que, atribuir aos magistrados posicionamento de juízes constitucionais. Nada mais antidemocrático que um Judiciário subordinado a questões políticas, inerte e invisível, como se visualizar tal realidade? Contudo, os limites dessa atuação devem ser rígidos, não podendo se sobrepor as atividades típicas do Legislativo e Executivo, baseado na teoria de Montesquieu Freios e Contrapesos - “*checks and balances*”.

Está atuação atípica do Judiciário em defesa dos direitos fundamentais torna-se imprescindível para construção das bases democráticas e garantia jurídica as normas de cunho programáticas que regulam as políticas públicas. Por base ao direito á saúde, tem se a garantia de acesso a medicamentos de

difícil acesso, por pessoas que comprovem não poder adquirir-lossem prejuízo de seus rendimentos financeiros e sustento familiar. Conseqüentemente a garantia de efetivação de uma política pública estabelecida em lei, muito embora seja negligenciada pelo Poder Público.

Por outro lado à incomunicabilidade entre os Poderes acerca a insuficiência de orçamentos que custeiem tratamentos de alto custo do Executivo, e suas decisões determinando sua execução pelo Judiciário acarretam uma crise profunda, causando instabilidades, trata-se de um dever objetivo do Estado à consecução desses direitos. Assevera a realização de diálogos a fim de estabelecerem orçamentos públicos voltados à prestação dessas funções essenciais ao Estado, uma que é necessário uma análise minuciosa e prévia de gastos anuais e os orçamentos que compreende os quatro anos de mandato. Dessa forma amenizaria desafetação do Judiciário e tornaria um aliado jurídico e fiscalizador de execução de direitos, concedendo assim a todos uma saúde digna e de qualidade.

Neste campo de limites do Estado na concretização do direito fundamental a saúde, destaca-se que com o art. 196 da CF/88, ao definir que a saúde é direito de todos e dever do Estado, determinou que a saúde no país, estabelecidas de forma específica em cada local, recursos disponíveis, competência e outras medidas capazes de garantir o acesso efetivo deste direito. Contudo em contraposição ao art. 196 da CF/88, apresenta-se a reserva do possível como um escudo em que o Estado se protege de determinações legais de fornecimento de medicamentos e tratamentos. Alegam que não possuem em seus cofres públicos recursos necessários que venham a custear de maneira satisfativa a efetivação desse direito e também das decisões judiciais.

Não pode deixar de ressaltar o cenário do Brasil, em que foi determinante o seu estudo e análise, vislumbra-se o descaso dos políticos e a má redistribuição de recursos e a ausência de implementação de programas públicos adequados a implementação de uma saúde que assista á toda população. Ocorre que, tais fatos, infelizmente reais, não afastam a necessidade de um amplo debate social acerca da problemática da saúde pública. O Judiciário pode, e deve agir, quando constatada uma desvio de finalidade do sistema, que poderá acarretar prejuízos à sociedade, embora

nem sempre a atuação judicial caracterize omissão do Poder Público, mas não pode substituir os Poderes responsáveis pela implementação das políticas públicas por dois motivos: a primeiramente, o Judiciário tem sua função típica o estabelecimento de políticas públicas; e, não possui estrutura e aparelhado técnicos capazes de orientar essa ação. Mesmo a realização da audiência pública-saúde, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes e que a princípio, parecia ser uma forma de busca de um amplo diálogo, se mostrou como recurso de autoridade suficientemente capaz de justificar as decisões proferidas pela Corte, sem muito acrescentar ao problema crescente da intervenção do Judiciário no tema da saúde, desta forma o posicionamento adotado pelos Tribunais brasileiros são vistos de forma satisfativa e eficazes, que demonstram posicionamentos não só jurídicos mas de âmbito social, político e social a fim de buscar a o fim comum que seria a plena efetivação de direitos configurados nas Cartas Constitucionais.

Diante de todo o exposto, é possível extrair conclusões no sentido de que a Judicialização da Política é uma tendência contemporânea das inserções de Constituições Cidadãs e das definições do neoconstitucionalismo, que representa um importante instrumento de consolidação da democracia. Os excessos dessa atuação colocariam em risco a estabilidade do Estado Democrático de Direito, uma vez que o Judiciário atuante não é menos importante que um Executivo comprometido e um Legislativo garantistas a edição de normas legislativas em consonância aos preceitos constitucionais e princípios essenciais da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, igualdade e pelo assistencialismo político. Esse equilíbrio entre os Poderes é condicionante indispensável ao fortalecimento da Democracia e pela efetivação dos direitos humanos. Harmonia também necessária entre os entes federativos, na busca de estabelecimento de Pactos Federativos são primordiais pela busca de um fim comum. Essa realidade não deve ser visto como um sonho, mas um desafio necessário de realização em comum, tanto do Estado Democrático de Direito quanto da sociedade como um todo.

6 –REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Granada: Editorial Comares, 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David et Al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 410715/SP**, Relator Ministro Celso Mello. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Julgado em: 22/11/2005. 2º Turma. Votação unânime. DJ 03/02/2006, P. 76. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/lista>. Acesso em 10 de março de 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/2004**. Voto do Ministro Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004. Publicação: DJ 04/05/2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2845.NUME.+OU+45.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas>> Acesso em 04 de março de 2014.

_____. Diário Oficial da União. **Lei nº 8080/90**. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o financiamento dos serviços correspondentes e das outras providências. Brasília - DF, 19 de setembro de 1990.

_____. Diário Oficial da União. **Lei 8142/90**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília - DF, 28 de dezembro de 1990.

_____. **Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm . Acesso em 24 de março de 2014.

_____. **Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm . Acesso em 24 de março de 2014.

_____. **Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm . Acesso em 24 de março de 2014.

_____. **Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm . Acesso em 24 março de 2014.

_____. **Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm . Acesso em 24 março de 2014.

_____. **Constituição (1967) Emenda Constitucional n.1, de 24 de janeiro de 1969.** Brasília, 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm . Acesso em 24 março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 410715/SP**, DE 22 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> acesso em 10 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 42-DF, de 07 de fevereiro de 1990.** Disponível em: <http://www.stf.gov.br> acesso em: 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº584-SP, de 29 de novembro de 2001.** Disponível em: <http://www.stf.gov.br> . Acesso em 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº168-RS, de 21 de março de 1990**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº232, de 02 de agosto de 1991**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 721- DF, de 30 de agosto de 2007**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670-ES, de 25 de outubro de 2007**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708-DF, 25 de outubro de 2007**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712-PA, de 25 de outubro de 2007**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 762.242, de 19 de novembro de 2013**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Agravo Regimental nº 8025024320134050000 de 30 de janeiro de 2014**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Ceará**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado no dia 18 de setembro de 2009.

_____. Superior Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 245 do Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado no dia 22 de outubro de 2008.

_____. Superior Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 162 do Rio Grande do Norte**. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 19 de outubro de 2007.

_____. Superior Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 166 do Rio de Janeiro**. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 14 de junho de 2007.

_____. Superior Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 3158 do Rio Grande do Norte**. Relatora Ministra Ellen Gracie, de 31 maio de 2007.

_____. Ministério da Saúde. **VIII Conferência Nacional de Saúde**. In: Anais da VIII Conferência Nacional de Saúde. Brasília: MS, 1986.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a Ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 380.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. *RDA*, n. 225, p. 5-37, Rio de Janeiro, jul./set. 2001.

_____. **O controle externo é favorável ao Judiciário**. In: *Opinião*. Folha de São Paulo, 15 de fevereiro de 2004, p.3.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BERCOVICCI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of england: of private wrongs**. Chicago: The University Chicago Press, 1979.

BOBBIO, Noberto et al. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília, EDUNB, 1992.

BOHMAN, James. **Public Deliberation: pluralism, complexity and democracy**. Cambridge/London: MIT, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. Rio/São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa. A Judicialização da Política: um tema em aberto. In: XXVI Encontro Anual da ANPOCS, 2002. Disponível em: <<http://www.politicohoje.com/ojs/viewartiche.php?id=101>>. Acesso em: 15 mar. 2008.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo n. 34, 1997.

CONSTANT, Bejjamim. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. 1819.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 1-120

ENGELS, Friedrich. **Filósofo alemão, em sua obra: A situação da classetrabalhadora na Inglaterra.** São Paulo: Global, 1986.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional.** Madrid: Civitas, 1983: reimpressão de 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.**Madrid: Trotta, 1995.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARAPON, Antoine. **O guardião de promessas: justiça e democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton: Princeton Univ. Press, 2004.

HIPPOCRATE. De l'anciennemedecine. *In: Littré e Oeuvres completes d'Hippocrate.* Paris: J B Bailliere, 1839, v. I.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

FREEMAN, Samuel. **Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade.** In: Lua Nova, n. 32, São Paulo: CEDEC, 1994. Bibliografia: 181-199

HESPANHA, Antonio. **Justiça e diligiosidade: história e prospeciva.** Lisboa: Fundação CalouteGulbenkian, 1987.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martins Claret, 2003.

JELLINEK, Geog. Teoria General Del Estado.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticaspúblicas.** Salvador: Juspodium, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7 Ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2004.

LOCKE, Jonh. **Dois Tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fonte, 1998.

MARTINS, Leonardo. Organização e introdução a: SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Ativismo Judicial e o Direito á saúde**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 162.

MONTESQUIEU, Charles de Secondar. **O espírito das leis**. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. 5. ed. São Paulo: Manole. ed. original de 1985.

MORAIS, Filho et al. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOREIRA, Eduardo. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. V. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948**. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/documentos-direitoshumanos.php>> Acesso em: 19 de março de 2014.

PAMPLONA, Danille Anne. **O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal: a postura do juiz**. Tese. (Doutorado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

REALE, Miguel. Teoria do direito e do estado. 5 ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1762.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SCHMITT, Carl. **Oguardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte. El Rey. 2007.

SHAPIRO. Martin. "The United States" In: VALLINDER, Torbjorn; TATE, Neal, The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. New York and London: New York University Press, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUSTEIN, Cass R. **The partial Constitution. Massachusetts**: Harvard University Press, 1994.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007;

Os Paradigmas do judicialismo. São Paulo. ed. Saraiva, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.