

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DA SAÚDE PÚBLICA:
entre o mínimo existencial e a reserva do possível

GABRIEL ROSSY SANTOS DE ARAGÃO

Rio de Janeiro

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

AA659e ARAGÃO, Gabriel Rossy Santos de
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DA SAÚDE
PÚBLICA: entre o mínimo existencial e a reserva do
possível / Gabriel Rossy Santos de ARAGÃO. -- Rio
de Janeiro, 2021.
63 f.

Orientador: Daniel Capecchi Nunes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Direito à saúde. 2. Reserva do Possível. 3.
Estado de coisas inconstitucional. 4. Repartição de
competências. 5. Constituição Federal. I. Nunes,
Daniel Capecchi , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

GABRIEL ROSSY SANTOS DE ARAGÃO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DA SAÚDE PÚBLICA:
entre o mínimo existencial e a reserva do possível

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de Prof. Dr Daniel Capecchi Nunes.

Rio de Janeiro

2021

GABRIEL ROSSY SANTOS DE ARAGÃO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DA SAÚDE PÚBLICA:
entre o mínimo existencial e a reserva do possível

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Daniel Capecchi Nunes.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador Professor Ms. Daniel Capecchi Nunes.

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021

ATA DE APRESENTAÇÃO DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: _____ / _____ / _____

Na data supramencionada, a BANCA EXAMINADORA integrada pelos (as) professores (as):

Reuniu-se para examinar a MONOGRAFIA do discente:

DRE _____,

INTITULADA

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR (A):

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador(a)					
Prof. Membro 01					
Prof. Membro 02					
Prof. Membro 03					

MÉDIA FINAL: _____

PROF. ORIENTADOR: _____ NOTA: _____

PROF. MEMBRO 01: _____ NOTA: _____

PROF. MEMBRO 02: _____ NOTA: _____

PROF. MEMBRO 03: _____ NOTA: _____

MÉDIA FINAL*: _____

*O trabalho recebe indicação para o PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS? (Se a média final for 10,0 dez)

() SIM () NÃO

Para meu pai (*in memoriam*), minha mãe e meu irmão.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelo suporte e amor infindável.

Ao meu pai, pela inspiração e proteção.

Ao meu irmão, referência, primeiro membro da família a finalizar uma faculdade.

À Mel, pelo companheirismo incondicional.

Sem vocês nada disso seria possível, vocês são a minha base.

Ao Vasco da Gama, pelos conceitos de resistência e resiliência.

Ao *Muay Thai*, por ter me ensinado sobre disciplina.

Aos meus companheiros de trabalho.

E a todos amigos e professores que cruzaram meu caminho nesta jornada.

Muito obrigado.

RESUMO

O presente estudo aborda a temática da atuação estatal, no que diz respeito à manutenção do direito fundamental à saúde. Nesse viés, analisam-se conceitos teóricos, desde a definição de direitos fundamentais, perpassando pelos institutos da repartição de competências estabelecida pela Constituição da República, e seus desdobramentos sob a ótica do sistema de freios e contrapesos. Após, pondera-se com cautela a conceituação do princípio do mínimo existencial, enquanto conflitante com o da reserva do possível. Por fim, faz-se uma análise acerca das medidas, efetivadas e pretendidas, quanto à concretização do direito à saúde. Neste diapasão, dispõe-se a avançar uma crítica construtiva, que engrandeça o debate sobre o tema.

PALAVRAS CHAVES: Direito à saúde. Reserva do Possível. Estado de coisas inconstitucional. Repartição de competências. Constituição Federal.

ABSTRACT

This study addresses the theme of state action, with regard to maintaining the fundamental right to health. In this way, theoretical concepts are analyzed, from the definition of fundamental rights, going through the institutes of the Division of Competences established by the Constitution of the Republic, and their unfolding from the perspective of the system of Brakes and Counterweights. Afterwards, the conceptualization of the principle of the Existential Minimum is carefully considered, while conflicting with that of the Reserve of the Possible. Finally, an analysis is made about the measures, carried out and intended, regarding the realization of the right to health. In this tuning fork, a constructive criticism is prepared, which will enhance the debate on the theme.

KEYWORDS: Right to health. Possible Reserve. Distribution of Skills. Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES	14
2.1 A SEGUNDA DIMENSÃO	17
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	18
3. A APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	19
3.1 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	20
3.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	21
4. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS	28
5. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL	33
6. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	39
6.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO	52
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA	56

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Art. 2.º, preceitua poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No mesmo dispositivo legal, há previsão de que esses três poderes funcionarão com independência e harmonia entre si (BRASIL, 1988).

Tal disposição corrobora com a ideia consagrada no sistema de freios e contrapesos, isto é, não obstante, cada Poder da República tenha suas funções típicas, os mesmos poderão, em determinados panoramas, exercerem funções atípicas, sem significar eventual afronta ao princípio da separação dos poderes.

Além disso, deve-se ressaltar que o Art. 5.^a da Constituição elenca um extenso e exemplificativo rol de direitos fundamentais, os quais norteiam todo o ordenamento jurídico. Neste contexto, inclui-se o direito fundamental à saúde, o qual, além de ser corolário lógico do direito à vida, previsto no *caput*, está positivado expressamente no Art. 196 do mesmo diploma legal, que assim dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Antes de adentrar nas particularidades atinentes aos mecanismos que a Administração Pública, em observância ao princípio da separação dos poderes, sob a lógica do sistema de freios e contrapesos, possui para concretizar o direito fundamental à saúde, é necessária uma análise sobre como os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmonicamente, podem materializar o acesso à tal direito, através da exploração de conceitos essenciais para a compreensão do tema, de modo que o debate sobre esta atuação estatal seja visualizado sob um viés crítico e em consonância com os ensinamentos constitucionais (BARBOSA & SARACHO, 2018).

Em primeiro lugar, se torna necessário explorar o conceito de Estado Democrático de Direito, regido por lei, e examinar o princípio da dignidade humana. Entretanto, a chave é uma abordagem histórico-evolutiva das chamadas dimensões dos direitos fundamentais, analisando a sua relação com o advento da Revolução Francesa (LIGUORI, 2010).

Desta maneira, sumariamente, aponta-se que há um prejuízo sistêmico à sociedade no que diz respeito à ineficiência estatal na efetivação do direito fundamental à saúde, explorando-se a exigência de uma prestação positiva que urge ao Poder Público, por intermédio da chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais (SARLET & FIGUEIREDO 2008).

Em uma segunda etapa, sugere-se a implementação da teoria da inconstitucionalidade do estado de coisas no ordenamento jurídico brasileiro, com uma breve explicação sobre a legitimidade e necessidade do ativismo judicial para a efetivação dos direitos fundamentais.

Desta forma, sustentar-se-á a possibilidade da construção de uma presunção relativa de afastamento da cláusula da Reserva do Possível quando o caso concreto referir-se ao direito fundamental à saúde, para convergir com os ideais do “Mínimo Existencial”, demonstrando a devida reverência ao núcleo substancial do princípio da dignidade da pessoa humana, indispensável ao ordenamento jurídico internacional (SOARES, 2018).

Ressalte-se que o estudo analisado não se destina a tratar principalmente de aspectos orçamentários, embora seja uma das variáveis relacionadas ao tema em estudo, nem esgota a discussão sobre o tema, porém, a incentiva, com a devida consideração, à especificidade constitucional.

Objetivando nortear o presente estudo, buscou-se responder alguns questionamentos, que serviram de pilares para a conclusão do trabalho.

Diante das significativas consequências práticas que poderão vir a ser produzidas com a implementação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, a pesquisa realizada foi organizada com o intuito de elucidar pormenores acerca do direito à saúde, de forma que se confronte o modelo atual com as influências e tendências constitucionais sobre o tema, sobretudo no que diz respeito à relação entre a efetividade da atuação estatal e a lógica norteadora do Estado Democrático de Direito (SOARES, 2018).

O campo adotado para a pesquisa foi o bibliográfico e documental, visto que o mesmo, foca em dados e informações técnicas de caráter legislativo e conceitual. Foram utilizados livros e artigos científicos, além de materiais de referência, como Leis e Artigos.

Como estratégia, a presente pesquisa se valeu da leitura minuciosa de fontes bibliográficas indicadas na Referência, e, a partir destas, procurou-se encontrar nas bibliografias de cada uma, novos autores e linhas de pesquisa que pudessem enriquecer a discussão.

Foram utilizados o Google Acadêmico, a base de dados SciELO, Microsoft Academic Search e a Base Minerva para explorar os materiais disponíveis, utilizando-se as palavras-chave: Direito à saúde; Sistema de freios e contrapesos; Mínimo existencial; Reserva do Possível; Repartição de competências; Constituição Federal, entre outras.

O intervalo das datas das publicações não foi estabelecido, pois, não foram desprezadas publicações mais antigas que pudessem enriquecer o trabalho bem como enfoques mais contemporâneos sobre os assuntos para a amostra, com uma forte representatividade de autores brasileiros, e fontes nacionais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

Para ajudar o entendimento do presente trabalho, faz-se necessário considerar os direitos fundamentais e suas dimensões. Os direitos fundamentais também são chamados de direitos humanos, direitos públicos subjetivos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

O capítulo I da Constituição Federal de 1988 inaugura um exemplar catálogo de direitos fundamentais decorrentes da transição para a redemocratização da nação após décadas de ditadura militar. A autoridade constitucional neste diapasão proporcionou um número significativo de direitos sociais relacionados a princípios implícitos e expressos do ordenamento jurídico interno (BRASIL, 1988).

Exemplificativo, pois, o parágrafo 2.º do Art. 5.º da Constituição dispões sobre a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, de modo que os previstos no referido rol não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados, ou até mesmo dos tratados internacionais dos quais o Brasil participe (BRASIL, 1988).

O parágrafo 3.º do mesmo dispositivo legal, ademais, ensina que, quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Além disso, tais direitos são formal e materialmente protegidos, pelo mecanismo das cláusulas pétreas, previstas no Art. 60 da CRFB/88. Como se não bastasse, a própria organização topográfica no início da Constituição enseja por si só a hermenêutica de valoração às demais normas do ordenamento (DANTAS, 2016).

Vale dizer que os direitos fundamentais têm eficácia vertical e horizontal, sendo aquela compatível com a relação entre o Estado e o indivíduo, e a outra sendo a dos indivíduos entre si, ou seja, entre indivíduos, na esfera privada, como titulares de direitos fundamentais (DANTAS, 2016).

Outrossim, ressalta-se a concepção de dupla fundamentalidade: tais direitos podem ser considerados com aspecto objetivo ou subjetivo.

Objetivo quando direcionam a atuação do Poder Público, irradiando a maneira de ser de suas funções típicas. Subjetivo quando fornece argumentação jurídica suficiente para exigência de prestações estatais positivas, de modo a concretizá-los (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Feita a breve explanação, é necessária uma abordagem histórico-evolutiva, constatando-se que os direitos fundamentais, por muito tempo enquadrados em “gerações”, o que não será reproduzido no decorrer deste trabalho.

Usou-se a denominação de dimensões, visto que não há que se falar em superação dos direitos fundamentais, mas sim de efetivação de novos outros, em conformidade com a evolução da sociedade como um todo. Em outras palavras, o surgimento de um direito fundamental mais atual não exclui a existência dos preexistentes.

A primeira dimensão diz respeito às liberdades negativas, delimitando o espaço de não interferência do Estado em relação à liberdade individual. Nesse ínterim, surge a ideia de igualdade formal, ou seja, os indivíduos são iguais perante a lei (IURCONVITE, 2019).

Aqui, tais direitos estão relacionados à vida, liberdade, propriedade, enfim, direitos de cunho negativo, impondo a abstenção estatal, através da formalidade da lei, passando a interferir nas relações da sociedade somente para garantia da segurança jurídica.

Ocorre que abstenção estatal fez com que fosse acentuada a exploração da classe operária, o que, conseqüentemente aumentou os índices de criminalidade e miséria nos grandes centros industriais, provocando graves problemas sociais (DANTAS, 2016).

Com a miséria, houve a crise do capitalismo, fazendo crescer a doutrina do socialismo, que seriam a contrapartida dos ideais liberais. Neste contexto, deu-se origem ao conceito de Estado Social, como reflexo das alterações socioeconômicas e políticas pós-guerra, evidenciando-se pela Constituição de *Weimar*, em 1919, na Alemanha, por exemplo, grande episódio do fim da Guerra Fria.

Sobre o assunto, ensina Comparato (2013, p. 65-66):

[...] em contrapartida a ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança. O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

A segunda dimensão, portanto, revela a ideia de que não basta apenas o Estado não intervir nas liberdades individuais, mas urge a necessidade uma atuação positiva por parte do Poder Público, de modo a efetivar os direitos fundamentais previstos. Além disso, há que se falar não somente na igualdade formal, mas cabe à Administração Pública atuar para garantir a igualdade material. É neste contexto que devem ser tratados os desiguais, de maneira desigual, na medida de sua desigualdade (COMPARATO, 2013).

Assim, o referido Estado social conta com um intervencionismo e assistência que visa proteger, promover, preservar e satisfazer as necessidades sociais, com base nos direitos humanos e na dignidade humana, através dos benefícios positivos do Governo em todo o século XX (BRASIL, 1988).

De tal modo, o Estado deixa de ser coadjuvante para atuar com protagonismo, servindo como agente prestador de serviços públicos, sendo interessante colacionar a lição de Paulo Bonavides (*apud* CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 18):

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos de trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate ao desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social.

A terceira dimensão, não menos importante, diz respeito aos direitos transindividuais, dirigidos, não à posse de um determinado indivíduo, mas à sociedade na totalidade, revelando o recente conceito de universalidade do princípio fundamental da dignidade humana.

Esta categoria deriva do processo de descolonização do segundo pós-guerra e das fortes influências tecnológicas da década de 1960 (COMPARATO, 2013).

A natureza da fraternidade e da solidariedade dos direitos fundamentais é urgente e não se limita ao indivíduo, mas a uma dimensão coletiva e indivisível. Tais pilares são fruto de reflexões pela paz, pelo desenvolvimento sustentável, pelo meio ambiente, pela comunicação e pelo patrimônio comum da humanidade.

Ressalta-se que a distinção em dimensões tem o intuito de separar os momentos nos quais surgiram, de maneira alguma significando que um grupo possui mais valor que o outro pela ordem histórica de sua criação (MENDES, 2009).

No cenário brasileiro, é possível identificar a evolução das dimensões dos direitos fundamentais, relacionando-se a alma da primeira, segunda e terceira dimensão, respectivamente, com os lemas pilares da Revolução Francesa, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade, tendo a Carta Constitucional de 1988 consolidado tais primados básicos (DANTAS, 2016).

2.1 A SEGUNDA DIMENSÃO

O direito fundamental à saúde está inscrito na dimensão dos direitos sociais, ou seja, cabe ao Poder Público utilizar os mecanismos disponíveis e legalmente previstos para efetivar as previsões constitucionais.

São direitos que impõem diretrizes, obrigações e atribuições a serem desempenhadas pelo Estado de forma a garantir uma melhor qualidade de vida e dignidade à população como pré-requisito para o exercício da liberdade (SARLET & FIGUEIREDO 2008).

Vale ressaltar que a escassez orçamentária é um dos aspectos que mais dificultam a efetivação dos direitos nesse aspecto, mas o cerne essencial da dignidade humana só será assegurado quando a saúde da população for protegida (SARLET & FIGUEIREDO 2008).

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Prestando a devida reverência ao princípio da dignidade da pessoa humana, cabe enfatizar que não é possível falar sobre dignidade da pessoa humana sem mencionar o direito à vida. Assim, o direito à saúde deve ser tratado como primordial (IURCONVITE, 2019).

Um Estado Democrático de Direito deve ser capaz de proporcionar minimamente a saúde aos seus cidadãos, de modo a cumprir sua própria função social.

Como o foco da presente pesquisa é analisar os aspectos constitucionais sobre a intervenção de um poder em outro, de modo a impulsionar tal direito fundamental expressamente previsto na Carta Magna, a seguir serão exploradas as principais teses apresentadas neste debate tão controverso.

3. A APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Ressalta-se que, para que os mandamentos constitucionais atinentes aos direitos sociais cumpram seus fins, deve haver uma atuação da Administração Pública que, não apenas reconheça formalmente a existência desses direitos, mas que trabalhe em prol de possibilitar a fruição dos mesmos pelos indivíduos (MORAES, 1998).

Assim se revela a obrigação de o Estado, não apenas reconhecer, mas adotar medidas de modo a operacionalizar progressivamente o gozo desses direitos no cotidiano, sob pena de haver previsões constitucionais obsoletas, isto é, sem aplicabilidade com plena eficácia, na prática. Tal situação significaria o desmantelamento do ordenamento jurídico na totalidade (MORAES, 1998).

Neste íterim, aos administradores públicos cabe a missão de realizar cotejo analítico, conjugando a existência de limitações financeiras e a vedação de abstenção estatal quanto a provir condições mínimas para preservação da vida, corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, basilar no ordenamento jurídico nacional (OLIVEIRA, 2003).

Esta análise deve ser realizada considerando as especificidades de cada caso concreto, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sobre a razoabilidade, Oliveira conceitua que:

O razoável é conforme a razão, racionável. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade. (OLIVEIRA, 2003, p. 92)

Outrossim, na análise do princípio da proporcionalidade, Carvalho Filho destaca três aspectos essenciais:

a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens (CARVALHO FILHO, 2006, p. 31).

Por conseguinte, para obter-se decisões justas, demonstra-se imperiosa a observância de tais princípios, para garantir soluções coerentes, ajustadas aos casos, não estando em consonância com o ordenamento pátrios atos, administrativos desproporcionais ou irrazoáveis (MORAES, 2003).

3.1 A RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível representa uma limitação da atuação estatal na seara de concretização dos direitos sociais, o que significa, de maneira pragmática, o distanciamento do direito constitucional de determinados indivíduos, em prol do interesse da coletividade (SARLET & FIGUEIREDO, 2008).

A origem de tal princípio teve sua origem na Alemanha, em 1970, mediante uma decisão da Suprema Corte Alemã, a qual consignou que seria somente possível exigir do Poder Público a prestação em benefício da parte interessada, caso fossem observados os critérios oriundos da razoabilidade. Sarlet & Figueiredo ilustra o entendimento do Tribunal Alemão:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET & FIGUEIREDO, 2008).

Cabe observar que não fora estabelecido o aspecto da ausência orçamentária, mas a razoabilidade de se alocar quantidade considerável de recursos públicos para atendimento de uma demanda específica, o que viria a violar a proteção do bem-estar comum, da sociedade como um todo (BONAVIDES, 2008).

No ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio inseriu-se através do direito constitucional comparado. Todavia, inobstante não ser doutrinariamente uma teoria pacificamente aceita, a Administração Pública, notadamente por intermédio do Poder Executivo, vem se referindo à Reserva do Possível, sistematicamente de maneira equivocada, aplicando-a indistintamente, sem fundamentação que se sustente (BARCELLOS, 2002).

Por assim ser, nota-se o exponencial crescimento da existência de ações judiciais ajuizadas, considerando situações nas quais a atuação da Administração Pública se pauta na teoria em comento para fins de se esquivar de suas obrigações (BARCELLOS, 2002).

Advém que o termo reserva do possível é utilizado, principalmente pelo Executivo, e assim se desvia de seu significado original. Fica claro, portanto, a inclusão de uma ideia predominantemente orçamentária, tratada como uma “reserva do que é financeiramente possível”, o que é uma distorção definitiva do sentido original do termo em relação à sua implementação no Brasil (BARCELLOS, 2002).

Um crítico do caráter supramencionado é Canotilho (2004, p. 481), que ilustra:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Em outras palavras, a dita alteração na conceituação original da teoria, que não tem a ver exclusivamente com aspectos de recursos materiais necessários para implementação de determinado direito social, mas sim o atendimento ao exame de razoabilidade entre o pleito e a possibilidade efetivá-lo, acarretou, no Brasil, no surgimento do deturpado sentido “reserva do financeiramente possível”, representando limite praticamente absoluto em face da concretização dos direitos sociais (CANOTILHO, 2004).

3.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O mínimo existencial pode ser conceituado como um conjunto básico de direitos fundamentais garantidos aos indivíduos de forma a garantir-lhes uma vida digna, exigindo o provimento de autoridade pública (TORRES, 2009).

Portanto, pode-se concluir que o mínimo existencial tem duas premissas: os direitos sociais básicos e a dignidade da pessoa humana. Por exemplo, os direitos sociais expressos no Art. 6.º da Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 são listados:

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Ressalte-se que essa função não está sujeita a tributação, pois outros direitos sociais podem estar elencados na própria Constituição ou em lei inconstitucional.

Os ditos direitos sociais são considerados como direitos fundamentais de segunda dimensão, porquanto ensejam uma prestação estatal positiva, não sendo suficiente sua previsão normativa, mas que a Administração Pública utilize dos mecanismos necessários para efetivá-los (OLSEN, 2008).

Vale ressaltar que nem todos os direitos sociais fundamentais representam o mínimo existencial, mas sim o seu núcleo essencial, que salvaguardaria a condição mínima de direitos sociais que o Estado tem a obrigação de garantir para que todo e qualquer indivíduo não só sobreviva, mas tenha uma vida digna (OLSEN, 2008).

Quanto à segunda premissa, a dignidade da pessoa humana possui previsão no Art. 1.º, III da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), indicando tal dispositivo que tal princípio é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em outras palavras, é o fundamento basilar da República Federativa do Brasil.

Explica Moraes (2017), em sua obra *Direito Constitucional*, que a dignidade é:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Além disso, Piovesan (2018) conclui em sua obra *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional* que tal entendimento implica uma instrução para o intérprete da norma ser aplicada de forma benéfica à proteção dos direitos humanos.

Por conseguinte, a dignidade é um conceito construído tendo a finalidade de resguardar a integridade do indivíduo enquanto ser humano como sujeito de direitos, o que exige respeito em qualquer circunstância. Constitui, pois, um valor dotado de universalidade, embora existam divergências socioculturais, sejam físicas, intelectuais, ambos são detentores de igual dignidade, no que diz respeito à condição humana, notadamente em relação às necessidades vitais e mínimas (PIOVESAN, 2018).

No contexto da Constituição brasileira de 1988, após décadas de regime ditatorial, com claros episódios jurídicos e levantamento de garantias conducentes ao suposto desenvolvimento nacional, o país inaugurou um constitucionalismo baseado na dignidade humana, com claro compromisso com a democracia, ideais e defesa dos direitos humanos, o que significou uma verdadeira revolução no ambiente jurídico interno (CARNEIRO JÚNIOR, 2012).

Nesse sentido, quanto à defesa dos direitos fundamentais, a essência basilar a ser observada é a dignidade da pessoa humana, aliás, a própria interpretação sistemática da carta constitucional possibilita tal conclusão, tendo havido previsão normativa ao princípio em análise já na parte inaugural do texto, em seu primeiro dispositivo (Art. 1.º, III, CRFB/88), atribuindo à dignidade humana o caráter de princípio (TORRES, 2009).

Outrossim, o Poder Constituinte, propositadamente, deixa clara a intenção de elevar aos princípios fundamentais a característica de normas embasadoras de todo o ordenamento jurídico, notadamente no tocante às disposições legais definidores de direitos e garantias fundamentais, sendo o núcleo essencial, material e formalmente, da Constituição de 1988 (TORRES, 2009).

Sobre o tema, segundo Barcellos (2002, p. 26-27):

As pessoas devem ter condições dignas de existência, aí se incluindo a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade, aspecto que mais diretamente interessa a este estudo; não apenas porque isso é desejável, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina. Ao juridicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que entende decorrerem de forma direta e imediata de tais valores, a Constituição coloca a serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, retirando-os do debate meramente político.

De plano, deve-se ter em mente que a dignidade da pessoa humana é dotada de valor supraconstitucional e pré-constituinte, com *status* de sobre princípio, de modo que não seria permitida, nem mesmo no exame de razoabilidade e proporcionalidade, a violação de seu núcleo substancial. Além disso, o conteúdo axiológico da Constituição confere grande importância a esse princípio, além de criar uma obrigação para com o Estado, que em suas ações e omissões deve se pautar na promoção da dignidade da pessoa humana, revelando o aspecto interpretativo, do princípio analisado, que acaba irradiando por todo o ordenamento jurídico como uma hermenêutica sistemática (LIGUORI, 2010).

Em outras palavras, na atual teoria dos princípios, em não servindo estes apenas como elenco de valores, mas também por possuírem força normativa inegável, o princípio da dignidade da pessoa humana está em patamar elevado sobre os demais.

Em consequência, o princípio do mínimo de subsistência, convergente com os ideais de respeito à dignidade da pessoa humana, é uma contrapartida real da reserva do possível, já que o Poder Público não pode, nem mesmo argumentar, sobre a reserva de possibilidades, e outras teorias orçamentárias, recusando-se a promover medidas que garantam o mínimo necessário para garantir condições de vida digna, ou mesmo justificando a omissão administrativa na implementação de políticas públicas básicas, sob pena de afetar um Estado Democrático de Direito e da sociedade em plena harmonia (TORRES, 2009).

Todavia, é necessário esmiuçar, através de uma análise mais bem detalhada, sobre como a teoria do mínimo existencial se comporta no contexto nacional, com foco em identificar os objetivos da concepção assistencialista, bem como os contra-argumentos geralmente revisitados, com flagrante intuito de tentar justificar as omissões estatais, deixando em destaque que a discussão em tela pretende focar no direito social fundamental à saúde (TORRES, 2009).

Contudo, tal princípio tem o objetivo de nortear a luta social em face da exclusão social e da miserabilidade provenientes das desigualdades presentes no território nacional, dando respeito teórico-argumentativo necessários para ingressar com ações judiciais, exigindo do Poder Público atuações prestacionais. Tal concepção remete ao Direito Alemão, no qual, na década de 1950, foi deliberado sobre a necessidade de garantia de um mínimo para fins de existência humana com dignidade (PEREIRA NETO, 2016).

Ressalta-se que o mínimo existencial não significa apenas a sobrevivência do indivíduo, mas também quando se faz presente o usufruto nas condições suficientes para uma vida digna, com liberdade e participação perante a sociedade.

Assim dissertou Torres (2009, p. 69):

A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas condições para o exercício da liberdade ou até na liberdade para ao fito de diferenciá-las da liberdade que é mera ausência de constrição.

Nesse sentido, Torres (2009) ilustra que o direito às condições mínimas de vida pertence aos direitos da liberdade, também conhecidos como direitos humanos ou direitos naturais, por ser um elemento indissociável da condição humana e constituir um direito público subjetivo, o homem, tem validade *erga omnes*¹, abordando o conceito e as consequências do estado de necessidade, não se esgota na lista do Art. 5.º da Constituição ou no catálogo existente. No entanto, é dotado de uma historicidade que muda conforme o contexto social.

Ademais, inobstante a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da República do Brasil, em termos de Estado Democrático de Direito (SILVA, 2006), a discussão sobre o mínimo existencial corrobora com a reflexão tendo em base os direitos humanos e constitucionalismo moderno, sendo certo que a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução de desigualdades é um dos objetivos positivados em nossa constituição, veja-se:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - Garantir o desenvolvimento nacional;

III - **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

É neste viés que comumente se encontra a positivação de um direito mínimo existencial nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos. Vejamos o Art. XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948):

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Portanto, vale ressaltar que o mínimo de subsistência está relacionado à efetivação dos direitos fundamentais, tendo uma dimensão negativa, impedindo o Estado de impedir o acesso ou mantendo condições suficientes para uma vida digna, bem como uma dimensão positiva, que impõe benefícios direcionados de modo a atingir o mínimo discutido.

¹ Cujo efeito afeta e deve valer para todos, falando especialmente de uma norma ou decisão jurídica: uma decisão *erga omnes* valerá para todos, não somente para os envolvidos no processo. Fonte: Dicio, 2013.

Contudo, no que tange a imposição de atuação prestacional por parte da Administração Pública, um dos impasses tem a ver com a definição sobre quais direitos sociais integrariam o núcleo das garantias sociais que o mínimo existencial exige (MAZZUOLI, 2010).

Deste modo, não há viabilidade de fixação de um rol genérico acerca do mínimo existencial, haja vista que as características de determinado povo pode criar exigências distintas, todavia, há parâmetros reconhecidos como universais, que podem ser considerados o núcleo das exigências para uma vida digna, dentre os quais, encontra-se o direito fundamental à saúde, pois, para um indivíduo estar minimamente vivo, com dignidade, participação e liberdade, este deve ter inicialmente a garantia de sua saúde, sendo a mais essencial necessidade, *a priori*, do ser humano, não podendo o Poder Público esquivar-se de sua incumbência, enquanto na figura de garantidor (BARCELLOS, 2002).

Segundo Olsen (2008; p. 324):

Ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à ideia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial

Considera-se que o trabalho com mais destaque no país sobre a teoria do mínimo existencial é o defendido por Barcellos (2002), na qual são apontadas determinadas prestações que consistiriam inegavelmente no conteúdo do núcleo da dignidade da pessoa humana, implicando na eficácia jurídica imediata, plena, quais sejam: saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça, sendo certo que o último funciona como instrumento para os demais.

É importante notar, entretanto, que os recursos públicos são limitados, e muitas vezes insuficientes, e que a implementação de políticas públicas exige elevados custos econômicos. Nessa perspectiva, o Estado geralmente argumenta com a teoria da reserva do que é financeiramente possível como uma defesa contra o descumprimento de suas obrigações em face do mínimo de subsistência (OLSEN, 2008).

Além disso, é comum a sustentação no sentido de ser ilegítima intervenção do Poder Judiciário para fins de implementação de políticas públicas, baseando tal elemento defensivo no princípio da separação dos poderes (Art. 2.º da CRFB/88), e no juízo de oportunidade e conveniência, corolário da discricionariedade administrativa, o que afastaria o ativismo judicial (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, o objeto do próximo capítulo é justamente elucidar as relações provenientes do embate entre as teses estatais defensivas, e a imposição constitucional de garantia prestacional em relação aos direitos sociais, sob a ótica do mínimo existencial.

4. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Diversos filósofos debruçaram-se sobre formas de organização do poder político, sendo comum a atenção com a descoberta de um ambiente no qual o poder não estivesse centralizado na figura de apenas um órgão, considerando que os terrenos políticos, desde a antiguidade, experimentavam consequências de governos tirânicos ou autoritários (SARTORI, 1997).

Por conseguinte, na época de preparação para o desenvolvimento Iluminismo, John Locke (1632-1704) inclinava-se para defender a indispensável divisão do poder político. Ressalta-se que tal pensador viveu na Europa Moderna, sob administração de um governo absolutista, dominado por um Rei, que sustentava suas arbitrariedades em nome de justificativas de cunho religioso (SARTORI, 1997).

Contudo, quem melhor apresentou a Teoria da Separação de Poderes, como conhecida hoje, décadas depois, foi Charles de Montesquieu (1689-1755), através de sua explanação no livro “O Espírito das Leis”, publicada em 1748, no qual o referido pensador aduziu a divisão tripartite dos poderes harmônicos e independentes entre si, sendo eles o Legislativo, Judiciário e Executivo, para desacelerar os impactos gerados pela exacerbada centralização do poder no regime absolutista (MONTESQUIEU, 2007).

Por intermédio da obra de Montesquieu que a teoria em comento foi inserida ao constitucionalismo, acarretando ideal de redefinição do Poder Estatal, estabelecendo-se limites à sua atuação (MONTESQUIEU, 2007).

Segundo o autor, as atribuições de cada poder deveriam ser divididas conforme a especialização de cada ente, estando em funcionamento órgãos que sejam autônomos, porém interdependentes, ensejando a limitação de um poder em outro, por sua incompletude, o que significa que não haveria mais um poder absoluto.

Este conceito defende a autonomia do poder político como pressuposto da validade de um estado democrático. Ressalte-se que a divisão de competências pretendida não exclui que cada uma das autoridades deva ponderar entre a ingerência nas outras e a autonomia de ambas (MONTESQUIEU, 2007).

Nesse sistema, a premissa básica é de um terreno político com uma interdependência harmônica entre três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que as decisões sejam interligadas, sendo bem demarcada a divisão de competências, implicando em uma atuação com caráter de complementaridade (PINHO, 2006. p.62).

Caberia ao Poder Executivo as demandas administrativas da esfera pública, laborando para garantia dos mecanismos necessários para a coletividade, em observância ao determinado por lei. É responsável pela execução das leis, bem como possui a direção central, também escolhido pelos cidadãos. Assim, cabe menção ao princípio da legalidade, o qual estabelece que a atuação dos membros deste poder está adstrita aos termos da lei (MENDES, 2009).

Outrossim, ao Poder Legislativo, foram atribuídas as funções de legislar e fiscalizar, de tal forma que, através do critério da representação indireta, os membros de tal Poder, após eleitos pelos cidadãos, representam os interesses da sociedade como um todo. Portanto, funciona como a expressão máxima do poder popular, cujos representantes criam as normas abstratas dirigidas a toda a coletividade (MENDES, 2009).

Por fim, o Poder Judiciário é incumbido pela atividade jurisdicional, isto é, dizer o direito. Sua presença é crucial, pois a letra fria da lei não supre a missão de definir abstratamente todas as situações do cotidiano, servindo o Judiciário para julgar os casos concretos à luz da lei, funcionando como intérprete e guardião das leis e princípios que irradiam o Estado Democrático de Direito (MENDES, 2009).

A separação dos poderes, pois, viria a ser a principal maneira de evitar a concentração do poder em uma só pessoa ou instituição. Nestes termos, vislumbra-se a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, geralmente marcado no contexto moderno pela égide do Estado Democrático de Direito (BOLDRINI, 2012).

No entanto, essa divisão de funções não é religiosamente rígida, antecipando situações em que os Poderes da República se interferem, atipicamente, além de cumprir suas funções originais, afetando outras. Daí o ideal de ação complementar, interdependente, autônoma e harmoniosa entre os Poderes, prevista na Carta Constitucional, a saber: “Art. 2. Poderes da União, independentes e harmoniosos entre si, legislativos, executivos e judiciários.” (BRASIL, 1988).

Dente as diversas ferramentas com esta característica no sistema nacional, de interferência nas relações Executivo/Legislativo/Judiciário, cita-se a seguir, a título de exemplo, algumas:

A medida provisória, que é a ação de uso exclusivo do Executivo, com o objetivo principal de dar celeridade a questões urgentes. Tem força de lei a partir de sua edição, cabendo ao Legislativo reagir a ela dentro de um prazo determinado, aprovando-a ou não, arcando assim com os custos de tal decisão (FIGUEIREDO & LIMONGI, 1995).

Em relação ao Poder Legislativo, há a Comissão Parlamentar de Inquérito, que significa uma prerrogativa do Congresso Nacional, com o objetivo de apurar irregularidades nos atos do poder Executivo. Os legisladores têm poderes para chamar ministros para esclarecimentos, determinar quebra de sigilo bancário, entre outros. Trata-se da função de Fiscalização e Controle prevista na Constituição Federal, Art. 49, X, que resulta na possibilidade de julgamento por Crime de Responsabilidade de autoridades federais, entre elas, o Presidente da República. (PINHO, 2006. p.62).

No âmbito judicial, há a ação direta inconstitucional por omissão de natureza judicial e de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que visa a tutelar os direitos do cidadão frente à inefetividade dos autores (Legislativo) ou executores (Executivo) da lei. Sua declaração “obriga” o responsável a demonstrar e preencher certas lacunas da legislação, tendo em vista um princípio fundamental ou garantia prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Sobre o assunto, bem defendeu o Carvalho Filho:

Os Poderes de Estado figuram de forma expressa em nossa Constituição: são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (Art. 2º). A cada um dos Poderes de Estado foi atribuída determinada função. Assim, ao Poder Legislativo foi cometida a função normativa (ou legislativa); ao Executivo, a função administrativa; e, ao Judiciário, a função jurisdicional. Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição. Por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (funções atípicas), sempre, que a Constituição o autorize. O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função jurisdicional quando o Senado processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (Art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos mesmos crimes (Art. 52, II, CF). (CARVALHO FILHO, 2014).

Exerce também a função administrativa quando organiza seus serviços internos (Arts. 51, IV, e 52, XIII, CF). O Judiciário, afora sua função típica (função jurisdicional), pratica atos no exercício de função normativa, como na elaboração dos regimentos internos dos Tribunais (Art. 96, I, “a”, CF), e de função administrativa, quando organiza os seus serviços (Art. 96, I, “a”, “b”, “c”; Art. 96, II, “a”, “b” etc.). Por fim, o Poder Executivo, ao qual incumbe precipuamente a função administrativa, desempenha também função atípica normativa, quando produz, por exemplo, normas gerais e abstratas através de seu poder regulamentar (Art. 84, IV, CF),⁷ ou, ainda, quando edita medidas provisórias (Art. 62, CF) ou leis delegadas (Art. 68, CF).”(CARVALHO FILHO, 2014).

Assim sendo, as funções típicas, entenda-se como as previstas naturalmente como próprias a determinado Poder, e atípicas, porquanto consideradas impróprias, apesar de expressamente admitidas constitucionalmente. Por todo o exposto, típicas serão quando atribuídas respectivamente as atribuições de cunho administrativo, legislativo e jurisdicional, aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Com isso, há uma distribuição de funções e uma repartição de competências típicas e atípicas de cada poder, nos termos definidos pela própria Constituição Federal, de observância obrigatória pelos demais entes da Federação, devendo estes reproduzirem-na, conforme o princípio da simetria, os regramentos e os princípios referentes aos poderes da União, nas Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal (BOLDRINI, 2012).

Tal divisão de funções não exclui a possibilidade de que, para manter o *status a quo*, um poder se mostre excessivamente autoritário ou arbitrário em suas designações, outros poderes intervenham contra tal desarmonia.

Dito de outra forma, há legitimidade na interferência de um ente em outro em casos de abuso na utilização do poder institucional, o que fomenta o sistema de freios e contrapesos, também conhecida como *check and balance*, inaugurado por Montesquieu (BARBOSA & SARACHO, 2018).

Nesta concepção, há a limitação do poder por ele próprio, sendo cada um deles autônomos, cabendo-lhes o exercício da função que lhe fora atribuída, de modo que tal atuação deve ser controlada pelos demais poderes.

Por fim, insta salientar que o referido modelo adotado pela Constituição de separação dos poderes, freios e contrapesos é insuscetível de alteração ou extinção por ato do Poder Constituinte Derivado, visto que é Cláusula Pétrea consagrada no Art. 60, § 4.º, IV, da CF/88 (BRASIL, 1988).

Sobre o tema, assim destacou Dallari (1991, p. 219-220.):

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia 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.

Neste diapasão, colaciona-se trecho do julgamento do Mandado de Segurança tombado sobre o n.º 23 452, publicado no DJ de 12.05.2000, cujo relator foi o Ministro. Celso de Mello, no qual o Supremo Tribunal Federal consignou:

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação dos poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional (STF, 1999).

Portanto, torna-se límpida a relevância da tripartição de competências entre os Poderes da República, de modo harmônico, independente e compartilhado, mutuamente, não abrindo brechas para domínio hegemônico de um sobre os demais, haja vista que devem ser exercidos em benefício do povo, sendo o verdadeiro titular, nos termos do Art. 1.º, § único, da CRFB/88, que assim dispõe: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”*(BRASIL, 1988).

5. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

Muito se discute sobre o papel de o Poder Judiciário não apenas exercer influência, mas também desempenhar o papel de protagonista em determinados momentos do processo político-democrático, que devem ser discutidos mais adiante.

Em um primeiro momento, trata-se de mostrar que a atividade judiciária a este respeito não se apresenta como uma usurpação de funções, mas sim como uma realocação de Poderes na procura da positividade e da eficácia dos direitos fundamentais. Portanto, seria uma formulação favorecida pelo processo democrático e, além disso, um aspecto considerado legítimo, com base no sistema de freios e contrapesos adotado (BARBOSA & SARACHO, 2018).

Por conseguinte, será necessária a exploração do movimento neoconstitucional produtor do fenômeno da judicialização, somado à demanda social pela atuação judiciária, frequentemente para fins de suprir lacunas deixadas pelos demais Poderes, sendo essencial para efetivação dos direitos fundamentais encartados na Constituição (GUTIERREZ SOBRINHO, 2012).

A partir da análise da evolução dos direitos fundamentais, invariavelmente esbarrar-se-á com a concepção democracia como regime político, com o Estado de Direito como estrutura política, e, como corolário lógico, o conceito de Estado Democrático de Direito, tendo sido o modelo constituído pela Constituição Federal, em seu artigo primeiro, *caput*. Vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: O conceito moderno de democracia não pode ser visto sem uma atuação em prol da concretização dos direitos fundamentais, o que aponta para o núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, determinando o modo de ser das normas instituidoras, para além da atuação da Administração Pública e entre os particulares (BRASIL, 1988).

Entende-se por Estado de Direito aquele baseado na racionalidade humana, um cenário pautado na laicidade e na lógica, com declarada reflexão acerca da intervenção estatal nas relações interpessoais, fortalecendo as políticas públicas de modo a possibilitar o desenvolvimento da sociedade, atenuando-se as desigualdades sociais, almejando a garantia de um conjunto de direitos básicos necessários à ideia de cidadania Constituição (GUTIERREZ SOBRINHO, 2012).

No contexto brasileiro, as características da concepção de Estado Democrático de Direito estão estabelecidas pelo conteúdo axiológico de seus princípios estruturantes, conforme bem assinalado por Silva (2000, p. 126):

Princípio da constitucionalidade; princípio democrático (Art. 1º); sistema de Direitos Fundamentais (títulos II, VII e VIII); princípio da justiça social (Art. 170, caput e no Art. 193); princípio da igualdade (Art. 5º, caput e I); princípio da divisão dos poderes (Art. 2º) e da independência do juiz (Art. 95); princípio da legalidade (Art. 5º, II); princípio da segurança jurídica (Art. 5º, XXXVI e LXXIII).

Por conseguinte, não há como falar sobre democracia sem mencionar a efetivação dos direitos fundamentais, visto que a atuação estatal pautada da garantia de eficácia dos direitos encartados na constituição representa a lógica norteadora do Estado Democrático de Direito.

Corroborando com tal entendimento o preâmbulo da Carta Magna brasileira, nos termos adiante:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Nesse ínterim, surgiu um movimento neoconstitucional que modificou as tendências clássicas ao estabelecer a supremacia constitucional, ao lado de uma hermenêutica jurídica que irradia os princípios norteadores da ordem e os métodos da proporcionalidade, os princípios da razão e da proporcionalidade, com o objetivo de resolver disputas entre princípios fundamentais em casos específicos (SILVA, 2000).

A principal mudança foi a crescente importância do Judiciário, pois havia a necessidade de construir uma sociedade que tivesse intérpretes das normas constitucionais. Assim, o Judiciário acaba assumindo não só uma função técnica, mas também política, e a importância de sua atuação é influenciada pelas demandas sociais, incluindo a implementação de políticas públicas, o que levou à criação de um mecanismo judicial.

Basicamente, significa que questões com significativa repercussão política começam a ser decididas pelo Judiciário, e não pelas instâncias típicas, quais sejam o Executivo e o Legislativo, sendo nítida, pois, o crescimento da importância que as decisões judiciais, sendo configurada uma ascensão institucional do Poder Judiciário (BARROSO, 2012).

Além disso, a crise de representatividade com a política pelo sistema majoritário, ante à ineficiência legislativa e administrativa, legitimou a decisão por julgadores, com base nas normas constitucionais, através de interpretação sistemática, conforme a constituição (BARROSO, 2012).

Sendo assim, a judicialização provocou o surgimento de outro fenômeno, chamado ativismo judicial, que tem a ver com uma atuação mais contundente do Judiciário, no que diz respeito à efetivação dos direitos e fins constitucionais, fazendo-se necessária uma interferência muito mais ampla nos demais poderes da República.

O ativismo tem a ver com uma postura adotada pelos integrantes do Judiciário, demonstrando atitude mais proativa, aumentando o alcance de sua atuação, geralmente em casos de omissões legislativas, distanciando a comunicação entre a classe política e a sociedade civil em sua integralidade, afastando o ideal de um Estado que assegure os anseios sociais.

O que ocorre, em verdade, é uma transição de parte das incumbências legislativas e executivas para a atividade jurídica, transformando a maneira de dizer o Direito. Os anseios sociais ocasionaram tal mudança, dado que se mostrou necessária a existência de uma instância judiciária forte e independente para fortalecimento das democracias (BUZATTO, 2017).

Um grande exemplo desse fenômeno está intrinsecamente ligado ao tema deste trabalho, que é a imposição do Poder Público às ações ou abstenções inteiramente para a implementação de políticas públicas. Neste caso, é inegável a necessidade de intervenção judicial para garantir o direito fundamental à saúde pública, incluindo os direitos sociais inseridos no sistema nacional.

Isto ocorre porque não é possível apurar acesso à população aos direitos fundamentais mais básicos a uma existência digna, como a saúde, educação, alimentação, moradia, embora os fins constitucionais apontem para os valores de uma sociedade pautada na fraternidade, pluralistas, sem preconceitos, abarcando os direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça (IURCONVITE, 2019).

Nesse sentido, a maior missão no país não é explicar a existência de tais direitos, mas assegurá-los, tratando-se, pois, um infortúnio político. Nesta esteira, em se tratando de uma sociedade marcadamente desigual, onde não é suficiente a declaração de igualdade formal, urge ao Poder Público a imposição prestacional.

Como geralmente tais pleitos sociais são rebatidos por parte do Poder Executivo mediante argumentação de origem operacional, orçamentária ou até mesmo por ausência de regulamentação legislativa, as pessoas frequentemente buscam o Poder Judiciário, almejando ver garantidos seus direitos enquanto cidadãos (BUZATTO, 2017).

É nesse sentido que se faz necessária a aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que consagra a possibilidade de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo, nos termos dispostos na Constituição Federal: “**Art. 5.^a, XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”(BRASIL, 1988).

Sobre o tema, esclarece Moraes (1998, p. 97):

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue

Nesta linha argumentativa, é inegável que as lacunas deixadas pelos demais Poderes exigem da atividade jurisdicional um auxílio na implementação dos preceitos fundamentais para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, acarretando ativismo do julgador, para efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, dando-lhes a desejada eficácia plena (BARROSO, 2012).

Sobre o direito à vida, tendo como corolário lógico o direito à saúde, traz-se trecho da obra de Côrtes (2010, p. 558):

Relevante se faz observar que atualmente o Poder Judiciário Brasileiro tem demonstrado uma posição límpida em relação ao ativismo. Pode-se citar como exemplo mais contundente deste fenômeno a distribuição de medicamentos e determinações de tratamentos mediante decisão judicial. Isto são imposições de condutas ou abstenções do Poder Público. O Executivo vem, em diversos casos, perdendo demandas e sendo obrigado a custear medicamentos que não constam dos protocolos do Ministério da Saúde. Um fenômeno positivo decorrente do ativismo é, sem dúvida, o maior atendimento das necessidades da sociedade. Como nem o Poder Executivo nem o parlamento tem tomado frente das situações o Poder Judiciário passou ser a vis atrativa desses problemas que —normalmente seriam casos a serem solucionados pelos outros dois Poderes.

Ademais, conforme já explicado anteriormente, a concepção de separação de Poderes não afasta a possibilidade da atuação ativista do judiciário, dado que tal concepção não possui caráter rígido, absoluto, sendo certo que ambos os poderes praticam funções típicas e atípicas.

Destaca-se que a tripartição de competências, considerando os ideais do movimento neoconstitucionalista, estão voltadas apenas para uma finalidade utilitária, uma divisão interna de competências estatais, para fins de melhoria na eficiência das atividades, o que permite a readequação do sistema, o que foi melhor explorado quando se explanou sobre o consagrado sistema de freios e contrapesos (BARBOSA & SARACHO, 2018).

Vale destacar que os juízes invariavelmente realizam atividades interpretativas a partir da constituição, visando à aplicação normativa conforme os objetivos constitucionais. Além disso, a legitimidade dessa forma de atuação decorre da própria Constituição, que confere ao Judiciário a obrigação de interpretar os estatutos e normas constitucionais e de controlar a constitucionalidade.

Nota-se que a atividade defendida não é arbitrária, tampouco ilimitada, pois esta deve estar em consonância com os parâmetros legais e a todo momento com a finalidade de promover a justiça, com segurança jurídica e resguardando o bem-estar social (BARBOSA & SARACHO, 2018).

De todo modo, as omissões legislativas não podem significar a negativa de garantia dos direitos do povo, sendo não apenas legítima, mas necessário que os juízes tomem a frente de modo mais proativo, para concretizar direitos sociais.

O intérprete, aliás, deve demonstrar fundamentação racional em sua forma de decidir, sendo uma forma de controle democrático em face de arbitrariedades. Deste modo, é legítimo ativismo, desde que o julgador respeite os princípios e fins constitucionais, não havendo incompatibilidades com o ordenamento, sistematicamente considerado (CÔRTEES, 2010).

Com efeito, para afastar as críticas ao ativismo, convém sublinhar que a democracia, tal como definida na Constituição de 1988, não se limita à vontade da maioria, em termos quantitativos e qualitativos, mas também é obrigada a respeitar os direitos das minorias, que também estão previstos (CÔRTEES, 2010).

Consequentemente, a distinção feita pelo Judiciário em relação aos atos de outros poderes não viola o princípio da democracia, pois, na verdade, os fortalece, com o objetivo de proteger os direitos das minorias, em favor dos mandamentos adotados pela sociedade em um ato de constitucional, uma sociedade justa e solidária na acepção do Art. 3.º I CRFB/88 (CÔRTEES, 2010).

Resulta do exposto que o ativismo judicial é legítimo, democrático e necessário na efetivação dos direitos fundamentais, com ênfase em um sistema de freios e contrapesos que ajusta as funções típicas dos Poderes, visando a concretização dos valores fundamentais para vida humana que fortalece os pilares fundamentais para o fortalecimento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito (CÔRTEES, 2010).

O ativismo, diante dos aspectos aduzidos, é uma exigência em prol da democracia, posto que auxilia na efetivação de direitos renegados pela atividade legislativa ineficiente, inobstante, não se confunde interpretação proativa com discricionária ou arbitrária, visto que o intérprete da norma está controlado pelos princípios e premissas constitucionais, adstrito à necessidade de publicidade e fundamentação das decisões judiciais proferidas (CÔRTEES, 2010).

6. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Preliminarmente, é incontestável a relevância da saúde humana para fins de regular desenvolvimento da sociedade, o que provocou o Estado a prever este bem jurídico, intrinsecamente relacionado à vida, com *status* de direito fundamental.

Neste viés, colaciona-se o Art. 196 da Constituição Federal de 1998:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo, ao tratar da saúde como “direito de todos e dever do Estado” com caráter de direito fundamental, obriga o Estado de duas formas: de um lado, o dever de buscar meios para torná-la efetiva, por outro lado, a possibilidade de os beneficiários reivindicarem a realização desse direito (SARLET & FIGUEIREDO 2008).

Trata-se, portanto, de norma programática, de modo que estabelece políticas sociais e econômicas, com a finalidade de assegurar a previsão constitucional de acesso à saúde. Todavia, em que pese o fato de o dispositivo acima norma programática, em decisões recentes dos Tribunais brasileiros, o que se percebe é cada vez mais a tendência de afastar a alegação da Reserva do Possível, por parte do Poder Público, em defesa ao princípio do mínimo existencial (SARLET & FIGUEIREDO 2008).

Com efeito, é necessário compreender que os direitos fundamentais são dotados de caráter universal, motivo pelo qual devem ser resguardados a todo ser humano, sem restrições, independentemente de sua raça, classe, nacionalidade ou opinião política. Nesta perspectiva, insere-se o direito à saúde, sendo inerente ao próprio cidadão, cabendo ao Estado o dever de concretizá-lo.

Sendo assim, compete à Administração Pública o poder-dever de atuar segundo as especificidades de cada caso concreto, não havendo impedimento em situações de diferenciações para fins da aplicação práticas de direito social (SARLET & FIGUEIREDO 2008).

Sob outra ótica, a análise de circunstanciais da implementação das políticas públicas de saúde apontam para uma discussão necessária: os recursos públicos são escassos e as necessidades da população são infinitas. Sendo assim, há entraves para a concretização do direito fundamental à saúde, o direito social fundamental mais essencial do indivíduo, enquanto ser humano (CARDOSO JÚNIOR & CUNHA, 2015).

Deste modo, não pode o Estado utilizar-se do argumento da reserva do financeiramente possível, para se exonerar de sua incumbência de modo a permitir a anulação ou relativização dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, visto que o valor humano deve prevalecer sobre aspectos estatais orçamentários (SARLET & FIGUEIREDO 2008).

Não obstante, defende-se a viabilidade jurídica da implementação da chamada Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no cenário nacional, no que diz respeito ao direito social fundamental à saúde, em razão da ineficiência dos mecanismos estatais disponíveis para garanti-lo à população brasileira, fato que está geralmente relacionado à má gestão de recursos públicos.

Neste norte, pretende-se aduzir uma presunção relativa de prevalência do princípio do mínimo existencial, em detrimento de alegações pautadas na reserva do financeiramente possível, o que significa uma reverência ao sobre princípio da dignidade da pessoa humana, intrinsecamente ligado à manutenção do Estado Democrático de Direito (CAMPOS, 2019).

Salienta-se que, de maneira alguma, isso significaria arbitrariedade, ou interferência inconstitucional de um Poder em outro, mas sim uma faceta de reequilíbrio entre os estes, na qual um exerce funções atípicas, com fulcro no sistema de freios e contrapesos, de modo a cumprir os mandamentos constitucionais atinentes à matéria (CAMPOS, 2019).

Ademais, é necessário ressaltar que o Poder Judiciário, por meio do intérprete do dispositivo, julgará estritamente os princípios consagrados no ordenamento jurídico, observados os princípios da racionalidade e da proporcionalidade, além do dever de justificar sua forma de liquidação sob pena de nulidade do ato.

Destarte, o Estado de Coisas Inconstitucional é um tema bastante discutido recentemente no Brasil, não sendo ainda pacífico, no que diz respeito ao Direito Processual Constitucional Brasileiro. Tal teoria teve seu surgimento na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997 representando uma técnica de decisão que expande o conceito e omissões inconstitucionais (CAMPOS, 2019).

Portanto, o reconhecimento dessa teoria fez com que o Tribunal Constitucional interviesse na ordem pública, adotando medidas destinadas a garantir certos direitos básicos e conformar-se imediatamente ao conceito de existência mínima.

Em linhas gerais, as omissões, em sua concepção clássica, estão relacionadas à fiscalização de caráter normativo, por dispositivos constitucionais de eficácia limitada, ao Legislador ou a outras autoridades incapazes de desenvolver normas, ou implementar políticas públicas para garantir a eficácia desses padrões (SILVA, 2006).

No entanto, a teoria analisada diz respeito ao método adotado na jurisprudência dos tribunais constitucionais, encontrando contradições entre os imperativos normativos e a realidade real no contexto social, diante de um cenário de graves e sistemáticas violações de direitos fundamentais, estabelecendo imperativos estruturais, com o objetivo de impor às entidades e autoridades responsáveis a tomada de medidas para acabar com as caóticas violações dos direitos humanos (SILVA, 2006).

Diante do exposto, a visão democrática baseada no diálogo entre as instituições constituídas revela a possibilidade de uma nova expressão da relação entre os três ramos da República. Dado que existem graves deficiências na prestação dos serviços públicos, seja por motivos orçamentais, corrupção, falta de vontade política, em alguns casos a ineficiência das ações do Estado indica uma realidade (CAMPOS, 2019).

Tal fato não se limita ao panorama da ordem pública, mas também representa um problema social extremamente sério. Por exemplo, devido à omissão sistemática das instituições da Administração Pública como um todo, podem ocorrer violações em larga escala, contínuas e generalizadas dos direitos humanos básicos dos indivíduos.

Assim, a técnica de decisão em análise viabiliza uma atuação em prol da proteção efetiva dos direitos humanos, visto que a caracterização do Estado de Coisas permite que os Tribunais adotem soluções interinstitucionais com o fito de fazer cessar ou ao menos atenuar o cenário das contínuas violações a preceito fundamentais existentes, com determinações práticas, sem prejuízo de sua supervisão e implementação destes mandamentos judiciais (IURCONVITE, 2019).

Neste diapasão, ressalta-se, em observância a um cenário de inaplicabilidade de direitos fundamentais, que fora ajuizada no Brasil, no ano de 2015, a ADPF n.º 347 através da qual imergiu no país o levantamento da discussão sobre o instituto do estado de coisas inconstitucional, almejando-se uma atuação jurisdicional intervencionista. Na oportunidade, discutia-se a subsunção da teoria no que diz respeito ao sistema prisional brasileiro (STF, 2015).

Discutiu-se, deste modo, sobre a existência de diversas violações de direitos humanos no ambiente carcerário, de modo a exigir do Poder Judiciário uma atuação mais incisiva, diante da insuficiência dos Poderes tipicamente responsáveis pelo bom funcionamento da máquina pública nesse aspecto.

O debate, que versou sobre a possibilidade ou não de o Supremo Tribunal Federal (STF) tratar sobre o tema de políticas públicas é anterior ao estado de coisas inconstitucional, não obstante, este tenha surgido como forte argumento do Judiciário em prol da garantia dos direitos fundamentais (SILVA, 2006).

Vale destacar que as discussões do Tribunal Constitucional para contribuir com a discussão de situações específicas de política pública são, muitas vezes, acaloradas, tornando-se ainda mais desafiadoras quando se trata de contexto mais amplo, como pretende a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (CAMPOS, 2019).

Não é sobre um problema específico de norma ou omissão legislativa, nem mesmo pontuais infortúnios de cunho administrativo, mas todo um sistema que falha no exercício das atribuições que lhe são pertinentes. A provocação do STF significa um chamamento para fins de cumprimento de sua função, enquanto voltada para a efetivação dos direitos fundamentais, considerando a omissão estrutural das instituições públicas para implementá-los (CAMPOS, 2019).

A internalização da Teoria Colombiana para a proteção dos direitos humanos justifica a legitimidade do ativismo judicial (CANOTILHO, 2004), neste contexto, o diálogo necessário entre os demais poderes constituídos, de forma a conformar o fenômeno da supremacia judicial, o que significaria um crime com o princípio da separação de Poderes, que é uma cláusula pétrea, nos termos dispostos no Art. 60, §4ª, inciso III, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Com efeito, a dita separação de Poderes envolve a independência entre estes, mas sem excluir o caráter de cooperatividade, ao afirmar que devem agir com harmonia entre si, em reverência ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como ao alcance dos objetivos da República, conforme dispõe o Art. 3.º da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Portanto, é necessário que seja estabelecido um objetivo comum entre todos os órgãos envolvidos na deficiência estrutural das políticas públicas relacionadas a tutela de determinado direito fundamental, para aumentar a proteção dos mandamentos constitucionais, implicando na necessidade de participação de todo o conjunto estatal, além da participação da sociedade civil, para desafiar o cenário de violação de direitos, através de uma atuação estruturada (BUZATTO, 2017).

Então, em observância ao desafio de oferecimento de mecanismos de intervenção judicial, capazes de solucionar as ineficiências estatais estruturais quanto a implementação de políticas públicas, surge o estado de coisas inconstitucional, visando a reverter o quadro de violações contínuas de direitos fundamentais. Busca-se, neste aspecto, a atuação proativa da Corte constitucional para frear as afrontas generalizadas à dignidade da pessoa humana, e da garantia do conceito de mínimo existencial (BUZATTO, 2017).

Ressalta-se, ademais, que Constituição da República de 1988 indicou uma ascensão do Poder Judiciário, delegando a este o papel de guardião da carta fundamental. Isso quer dizer que não pode a Corte Constitucional da nação esquivar-se passivamente diante de violações constitucionais, o que dá azo para sua atuação ativista legítima (CAMPOS, 2019).

Considerando a breve exposição, devem ser observados quatro premissas básicas para fins de revisitar o debate sobre o estado de coisas inconstitucional e sua existência em determinada situação social, vislumbrando os efeitos práticos de sua implementação (CAMPOS, 2019).

A primeira delas seria a de constatação de um contexto no qual haja violações sistemáticas direitos humanos de um grupo significativo, indeterminado, de indivíduos. Pontuam-se estas violações devem ser reiteradas, graves, de modo a possibilitar a visualização de uma falha estrutural causadora de caos.

Em segundo plano, a insuficiência do Estado enquanto garantidor de preceitos fundamentais, deve passar por atribuições de diversas autoridades e órgãos, pelo que se faz necessária atuação conjunta de toda a Administração Pública, coordenadamente, para fazer cessar o problema, o terceiro requisito refere-se à omissão das autoridades responsáveis por assegurar em relação ao problema em tela, e isso não significa tão somente inércia, mas também a insuficiência do que eventualmente esteja sendo feito (CAMPOS, 2019).

Por fim, o quarto requisito seria a necessidade de essas resoluções complexas serem decididas para dirimir o congestionamento do Poder Judiciário. Com o fenômeno da judicialização, caso cada indivíduo entrasse com uma demanda individual, certamente implicaria a saturação do poder judiciário, inviabilizando seu funcionamento, o que representaria afronta ao princípio da celeridade processual, bem como ao princípio da eficiência, ambos expressamente previstos na constituição (CAMPOS, 2019).

Neste aspecto, vejamos as disposições concernentes na CRFB/88:

Art. 5^a XVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dessa forma, pretende-se que seja tomada uma decisão única, a ser tomada por um órgão concentrado, um corte constitucional, no Brasil sendo o STF, que traria soluções concretas para a questão a partir do caso concreto.

De fato, considerando que está demonstrada a ampla e massiva violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro, em razão de flagrantes situações de indignidade de tratamento, foi possível a internalização inaugural da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no país, uma vez que o acima exposto os requisitos mencionados (MENDES, 2009).

Neste aspecto, segue trecho da ementa da decisão liminar proferida pelo STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N.º 347:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA –VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL –CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” (STF, 2015).

Portanto, nessa liminar, restou configurado o reconhecimento, pela Corte Constitucional Brasileira, pela primeira vez, o Estado de Coisas Inconstitucional, dando azo à atuação judiciária perante as demais entidades, e perante o próprio Poder Judiciário, com o intuito de solucionar o problema.

Neste contexto, para melhor elucidação, faz-se importante colacionar passagem do relatório da Decisão proferida na ADPF n.º 347 (STF, 2015), cuja relatoria do Senhor Ministro Relator Marco Aurélio sintetizou a argumentação trazida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), autor da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental em análise:

Assevera que a situação retratada decorre de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal. Menciona que o quadro configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, sendo, ante a gravidade, indispensável a intervenção do Supremo, no exercício do papel contra majoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis. Conforme esclarece, a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionara efetiva implementação (...) Afirma que essas condições estão presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, a legitimar a atividade do Supremo por meio desta arguição. Alega que medidas judiciais não implicam ofensa ao princípio democrático, nem pressupõem o conhecimento especializado em políticas públicas. (...) Sustenta que os poderes políticos não possuem qualquer motivação para resolver o problema ante a antipatia da opinião pública relativamente à população carcerária. Enfatiza, mais uma vez, a “falência total das políticas públicas existentes para a questão prisional”. Esclarece não estar formulando pedidos cujo deferimento implicará determinações judiciais rígidas e soluções ditadas pelo próprio Tribunal, e sim a intervenção judicial por meio de ordens flexíveis que, baseadas no diálogo e na cooperação entre os diversos Poderes estatais, atribuam ao Governo e ao legislador a possibilidade de formulação de planos de ação para a superação do “estado de coisas inconstitucional”. Aponta caber ao Supremo, ou quem lhe faça as vezes, o monitoramento da fase de implementação, devidamente auxiliado por entidades dotadas do indispensável conhecimento, inclusive com a participação deliberativa da sociedade civil. Dessa forma, o Tribunal interviria sem abrir mão “do potencial institucional dos outros poderes” (STF, 2015).

Sob esta perspectiva, restou assinalado no voto do Ministro Relator Marco Aurélio, na decisão em questão:

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral. Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático (STF, 2015).

Outrossim, o Senhor Ministro Luiz Fux em seu voto citou expressamente a lição do autor brasileiro Carlos Alexandre Azevedo, nos termos abaixo:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável da violação massiva de direitos fundamentais, (...). Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirmar legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades (STF, 2015).

Na mesma esteira, não menos importante, salientou em seu voto o Ministro Celso de Mello, a viabilidade de atuação democrática e constitucional interferir nos demais poderes, para fins de garantir a efetividade dos mandamentos constitucionais, sem que signifique necessariamente alguma violação ao princípio constitucional, tampouco à separação de Poderes, a respeito, vejamos (STF, 1996):

O Supremo Tribunal Federal tem acentuado ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica.

O Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela secundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadas, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal: **DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.**– O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘faceire’ (atuação positiva), gera inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem atará-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non faceire’ ou ‘non prestar’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente medida efetivada pelo Poder Público. (...). (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Na mesma oportunidade, o Ministro consigna:

Vale lembrar, ainda, por necessário, que as regra constitucionais – que têm por destinatários os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RE 273.834-Agr./RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Por fim, complementa o professor do STF, Celso de Mello, “*Há uma situação de absoluta patologia inconstitucional gerada pela inércia do Estado, que fere, sobretudo, o sentimento de decência dos cidadãos dessa República democrática.*” (STF, 1996).

Após o levantamento dos argumentos aduzidos na ADPF em estudo, restou decidido pelo STF, em caráter liminar, a concessão da liberação do Fundo Penitenciário pela União, para objetivo pelo qual o mesmo fora instituído, tendo em vista o até então contingenciamento dos valores correspondentes, bem como a determinação de que o próprio Poder Judiciário implantasse as audiências de custódia para que os presos fossem apresentados no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para o que o juiz competente deliberasse a respeito das questões referentes à sua prisão (SOARES, 2018).

Diante do exposto, embora seja notória a existência de diversas críticas à técnica do Estado de Coisas Inconstitucional, a mesma está cada vez mais presente nas decisões nacionais, fazendo com que o debate sobre o tema evolua cada vez mais, principalmente no plano operacional e jurisprudencial, com impactos práticos significativos relacionados ao conteúdo das decisões proferidas nesse viés.

Sem a prerrogativa de entrar em aspectos estritamente quantitativos, fica claro que o setor público nacional de saúde enfrenta diversos desafios, entre eles: baixos investimentos, doenças alarmantes, carência de profissionais na área, superlotação de hospitais, infraestrutura desatualizada, tecnologia de baixa qualidade dentre outras intempéries (CONASS, 2021).

Além disso, historicamente, tem sido reconhecido que grupos desfavorecidos não têm acesso aos direitos sociais básicos, o que é contrário à própria lógica do Estado Democrático de Direito. O direito à saúde, justamente por ser necessário, é garantia de difícil implementação prática. É ponto pacífico que as classes menos favorecidas não possuem condições básicas de saúde, nem mesmo mecanismos eficazes para alcançá-las (CAMPOS, 2019).

Neste íterim, é possível demonstrar a viabilidade de demonstração do cumprimento dos requisitos para caracterização do quadro de estado de coisas inconstitucional no Brasil, referente ao direito à saúde básica.

Em relação à exigência de violação contínua e sistemática de grupo significativo de pessoas, por exemplo, em estudo de 2017 do Conselho Federal de Medicina de 13 (treze) estados, a lista de espera do Sistema Único de Saúde (SUS) para cirurgias eletivas era de 904 (nove cento e quatro mil) de pessoas (G1-CE, 2017).

Além disso, a Comissão de Saúde da Assembleia Legislativa de Mato Grosso, após análise dos dados do SUS para 2019, indicou que o tempo médio para ser atendido por pessoa é de 493 dias, ou seja, mais de um ano e quatro meses (G1-CE, 2017).

Refira-se que a citada rede pública, conforme os mandamentos constitucionais, no respeito pela dignidade humana, é obrigada a garantir o acesso universal à saúde, mas o atraso na fila de espera faz com que os tratamentos nem sempre tenham sucesso (G1-CE, 2017).

Outrossim, no que tange ao requisito de existência um problema estrutural, ensejando uma atuação coordenada entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, faz-se interessante colacionar informação fornecida pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS, 2019), qual seja:

Desde que a Emenda Constitucional (EC) 95 foi aprovada, em dezembro de 2016, o orçamento para a Saúde tem diminuído cada vez mais. Somente em 2019, a perda de investimentos na área representou R\$ 20 bilhões, o que significa, na prática, a desvinculação do gasto mínimo de 15% da receita da União com a Saúde.

Ademais, no que diz respeito a não apresentação de solução pelas autoridades diretamente responsáveis, seja por mera omissão, seja por insuficiência dos esforços relativos à tentativa de enfrentar o quadro caótico, resta claro que a atuação das autoridades responsáveis se revela ineficaz na garantia do direito fundamental à saúde básica (CAMPOS, 2019).

Visto que a população brasileira, em sua maioria, por não haver reveses acessíveis e céleres pela via administrativa, encontra-se sem alternativa, senão a busca pela tutela jurisdicional, o que se comunica com o último requisito: a possibilidade de congestionamento do Poder Judiciário, por conta do número excessivo de demandas judiciais individuais (CNJ, 2019).

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgou que entre os anos 2008 e 2017, o número das ações judiciais relativas ao tema totalizou um aumento de 130%, segundo a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução” (CNJ, 2019).

Diante disto, urge uma imperatividade estatal, direcionada especificamente ao Poder Judiciário, o direito de ação, instituto protegido pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no Art. 5.º, inciso XXXV da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Contudo, o congestionamento a seara judiciária não apenas não é o ideal, como não seria eficaz, haja vista a morosidade que a saturação das demandas individuais propostas provocariam no sistema jurídico como um todo.

A alternativa que se pretende aduzir é, tal como ocorreu na seara do sistema carcerário brasileiro, que o Supremo Tribunal Federal seja provocado, para se manifestar sobre a licitude da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional referente ao setor de saúde pública, sendo certo que os quatro requisitos fixados são preenchidos pela realidade social contemporânea (SOARES, 2018).

A generalização do problema, com latente violação de direitos fundamentais, acabando por violar número indeterminado de indivíduos, a comprovação de omissão de diversos órgãos públicos, que restam omissos em suas missões institucionais, revelando-se a estrutural ausência das instâncias políticas e administrativas, o significativo número de pessoas afetadas pela violação, e a necessidade de uma solução conjunta, mediante coordenação de todos os responsáveis e envolvidos, fazendo-se necessária a harmonia entre os aspectos orçamentários, políticos, normativos (SOARES, 2018).

Percebe-se, portanto, que diante de uma situação de violações generalizadas e sistemáticas do direito à saúde que deve ser garantido, medidas estruturais direcionadas devem ser tomadas para superar essa situação, que é um insulto à garantia dos direitos individuais mais vulneráveis devido à negligência ou ineficácia de gestores públicos responsáveis.

Sendo reconhecido este panorama, pressupõe-se a iminência de uma atuação ativista do Tribunal, de modo a interferir nas esferas Legislativa e Executiva, provocando também, sem dúvidas, impactos político-orçamentários (BARROSO, 2012).

Nessa perspectiva, o sistema de freios e contrapesos permite relativizar o princípio da separação de Poderes, enquanto o ativismo judicial é um mecanismo capaz de restaurar um caráter harmonioso por meio do desempenho de funções atípicas.

Assim, a reiterada prática político-administrativa de invocar o conceito de reserva do que é financeiramente possível não deve suplantiar o prejuízo do mínimo de subsistência, pois a missão constitucional do Poder Público é minimizar os direitos mais básicos a uma existência humana digna e a população em situação de desvantagem econômica arca com o fardo da má gestão dos fundos públicos (BARBOSA & SARACHO, 2018).

O Supremo Tribunal Federal, quando da decisão proferida na ADPF 347, assinalou que, sendo um litígio estrutural, devem ser adotados remédios estruturais, ou seja, medidas que não seriam cabíveis ou aceitáveis em situações normais, então, ressalta-se que a atuação defendida é democraticamente viável tão somente na situação excepcional configurada (STF, 2015).

Como a inércia dos poderes Executivo e Legislativo permite esse cenário caótico, a revisão judicial se justifica como um aspecto disponível principalmente para garantir esse direito fundamental.

Desta forma, o Estado de Coisas Inconstitucional representa significativo elemento para a concretização da missão constitucional atribuída ao Estado, além de indicar um avanço para efetivação de garantia do mínimo existencial, dirimindo o indesejável efeito de serem as normas que preveem os direitos fundamentais sociais obsoletas, aproximando-se de sua finalidade real, qual seja a de plena eficácia (CAMPOS, 2019).

Portanto, é possível, e necessário, que o Estado, no âmbito Judiciário, declare o Estado de Coisas Inconstitucional na área de saúde. Tal teoria submete a um panorama no qual o Estado Judiciário percebe que a administração pública, seja na figura do Poder Legislativo, seja na do Executivo, omite-se, deixando de assegurar à população a fruição de determinados direitos sociais (CAMPOS, 2019).

Esclarece-se que, não apenas a inércia, mas também a negligência ou incompetência de gestores públicos, ao gerarem prejuízos sistêmicos à coletividade, de modo reiterando, violando frontalmente um direito fundamental, ensejam a aplicação de tal teoria. Assim, faz-se necessária a relativização do princípio da Separação dos Poderes, de modo que Poder Judiciário interfira no trabalho legislativo e executivo, estabelecendo medidas de amparo à população, sendo demonstrado no decorrer da presente análise a constitucionalidade de tais medidas (SOARES, 2018).

Ressalte-se, que o direito à saúde está intimamente associado ao direito à vida, conforme previsto no *caput* do Art. 5.º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) não havendo hipótese razoável de que a Administração Pública alega a Reserva do Possível, sem que o Judiciário interfira na defesa dos mandamentos constitucionais, com foco no sistema consagrado de freios e contrapesos.

6.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

A implementação de tal presunção relativa de aplicação do mínimo existencial em ações judiciais que versem sobre direito à saúde, com fulcro na Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, significaria um avanço considerável na atuação estatal comissiva, prestacional, de modo a garantir o direito fundamental à saúde, visto que afastaria a aplicação irrestrita da teoria da reserva do financeiramente possível, a qual somente seria aplicada na hipótese de ser cabalmente demonstrada a completa impossibilidade de o Poder Público cumprir com sua obrigação constitucional, frise-se, com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual ordena todo o ordenamento jurídico pátrio (TORRES, 2019).

Desta maneira, somente seria possível o levantamento do argumento da reserva do financeiramente possível na hipótese de ser objetivamente comprovada a insuficiência de recursos para os fins pretendidos, o que provocaria uma melhor gestão dos recursos públicos, e em vez da falta de vontade política de alterar o cenário indesejável de violação de direitos relacionados à saúde, corolário lógico do direito à vida (OLSEN, 2008).

Considera-se necessário um posicionamento do Poder Judiciário, com o fito de propiciar uma bagagem teórico-argumentativa apta a embasar os pleitos, havendo uniformização das decisões, por medida de segurança jurídica, e pelo compromisso que a interpretação conforme constituição impõe, reprisando que é democrática e necessária a interferência de um Poder a República em outro, desde que observados os compromissos para com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (OLIVEIRA, 2003).

Ressalta que o papel do Judiciário no cenário político está oculto, confirmando a possibilidade de que ele não apenas influencie, mas em determinadas situações, torne-se protagonista do processo político e democrático, mas, mesmo assim, na busca de efetividade.

Em função do exposto, o instituto da militância judiciária não significa usurpação de funções, mas sim realocação de competências atípicas de forma a reajustar as competências na missão de execução dos mandamentos de proteção dos bens jurídicos decorrentes dos direitos fundamentais na Carta Constitucional (BARROSO, 2012).

Assim, com fulcro no princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como disponibilização da base teórico-argumentativa necessária para o pleito de indivíduos que veem seu direito fundamental à saúde serem violados, o Poder Público, em sentido amplo, encontraria óbice jurídico em suas tentativas de se esquivar de cumprir seus fins institucionais.

Portanto, visto que o Estado deixa de adotar medidas com o intuito de materializar os preceitos fundamentais constitucionais, abstendo-se de suprir omissões ou falhas estruturais, sendo incapaz de cumprir com obrigações prestacionais referente aos direitos humanos tutelados, configura-se uma violação negativa ao texto constitucional (OLSEN, 2008).

Com isso, não poderia o Supremo Tribunal Federal deixar de proferir decisões no sentido de neutralizar a inatividade governamental, bem como os efeitos desta, decorrentes, sobretudo quando esta omissão significa insulto a direitos básicos previstos pela própria lei fundamental, os quais são inviabilizados em razão da negligência e irresponsabilidade das autoridades públicas atuantes no aparelho estatal.

Por assim o ser, o STF, em julgamentos recentes, tendo constatado a omissão governamental, revela a tendência na adoção de medidas concretas de modo a materializar acesso da população aos direitos básicos que se encontravam violados, por abstenção dos demais Poderes, sendo o estado de coisas inconstitucional a formulação existente, somada ao princípio do mínimo existencial, para atenuar os efeitos nocivos dessa indesejável prática político-governamental (BARROSO, 2012).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise de todos os argumentos e institutos jurídicos relacionados ao tema, foi analisada a legitimidade democrática do Judiciário para intervir em terceiros para a efetivação dos direitos fundamentais mencionados no texto constitucional.

Era necessário adotar uma abordagem histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito aos aspectos sociais e de serviço dos direitos de segunda dimensão, que incluem o direito à saúde e sua aplicação. Tendo em vista a exploração da Teoria da reserva mínima possível e existencial, a segunda revelou-se mais condizente com os pressupostos constitucionais quanto ao princípio da dignidade humana, pelo menos no que se refere ao direito à saúde.

Na sequência, precisou-se esmiuçar o contexto do sistema de freios e contrapesos, somado à legitimidade do ativismo judicial no caso concreto, e a possibilidade de essa atuação se dar lícitamente, sem que significasse arbitrariedade ou ofensa ao princípio democrático, ou à separação dos Poderes.

Portanto, não parece razoável que no Brasil o quadro de omissão de autoridade pública deva permanecer no que diz respeito à adoção de mecanismos que garantam o direito fundamental à saúde, com tal inércia estrutural, em última análise, violando o direito a um montante indeterminado saúde individual, servindo de base para o reconhecimento da situação inconstitucional face à patologia social constitucional apresentada.

Não se nega o desafio que a implementação de políticas públicas representa, tendo em vista a escassez dos recursos disponíveis.

No entanto, o primado do direito fundamental à saúde repousa na universalidade, para que a reivindicação orçamentária nunca tenha superado o mínimo existencial, sob pena de derrubar a própria lógica norteadora do Estado Democrático de Direito. A ação do Judiciário para superar o trágico estado de inadequação do Estado visa apenas ao devido respeito ao princípio da dignidade humana, que não só norteia o ordenamento jurídico brasileiro, mas é considerado princípio comum a toda a comunidade jurídica internacional.

Com efeito, o Estado tem a missão constitucional de implementar os direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata, e os representantes do povo não podem deixar de medir seus esforços para neutralizar o colapso do quadro degradante da saúde básica.

Frente ao exposto, é notório que as afrontas reiteradas à Constituição geram a necessidade de atuação proativa do Poder Judiciário, devendo este adotar medidas concretas para cessar as violações a direitos e garantias fundamentais, por intermédio de uma atuação harmônica e coordenada entre os Órgãos e Poderes envolvidos, urgindo um dever de colaboração ao Poder Público como um todo.

O último ponto é que não se pretende exaustivo, mas sim estimular o debate sobre o assunto, visto que o tema ainda é sobre o Acórdão recente no contexto brasileiro. Desse modo, este trabalho teve como objetivo destacar os elementos justificativos e exigidos pela Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, no que diz respeito às ações do Estado para a preservação do direito fundamental à saúde.

Com isso, espera-se demonstrar o conceito de respeito ao mínimo de subsistência e à dignidade da pessoa humana para a efetivação do imperativo básico da constituição, em consonância com a abordagem apresentada sobre o assunto pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível: www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em: 14 mai. 2021.

BARBOSA, O. SARACHO, A. B. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. (SYN)THESIS, v. 5, n. 1. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BOLDRINI, R. P. C. **Garantia de direitos e separação de poderes**. Dissertação de Mestrado. São Paulo, SP. FADUSP, 2012.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 1.º: Dos Princípios Fundamentais**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 2.º: Dos Princípios Fundamentais**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_2_.asp. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 3.º: Dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 5.º: Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_196_.asp. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 6.º: Dos Direitos Sociais.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.asp. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 37.º: Da Organização do Estado.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_26.06.2019/art_37_.asp. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 49.º: Da Organização dos Poderes.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2020/art_49_.asp. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 60.º: Emenda à Constituição.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10633322/artigo-60-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Inciso III do Parágrafo 4 do Artigo 60.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10700311/inciso-iii-do-paragrafo-4-do-artigo-60-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, **Art. 103, § 2º. Da Organização dos Poderes.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.03.2021/art_103_.asp. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Art. 196. Da Ordem Social.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_196_.asp. Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Preâmbulos.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/preambulo.asp>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BUZATTO, G. **O ativismo judicial e suas dimensões na atuação do supremo tribunal federal: uma análise sob o prisma da separação dos poderes e da judicialização.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2017.

CAMPOS, C. A. A. **Estado de Coisas Inconstitucional.** 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2019.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CARDOSO JÚNIOR, J. C.; CUNHA, S. A. **Planejamento e avaliação de políticas públicas**. Brasília, DF: Ipea, 2015.

CARNEIRO JÚNIOR, A. A. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo – Revista, ampliada e atualizada até 31-2014**, 28ª ed. Atlas, 2014.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos** - Portal CNJ [site de internet], Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 20 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE - CNS. **Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016. 2019.** Ministério da Saúde. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>. Acesso em: 20 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS. **Profissionais de Saúde e Cuidados Primários**. v. 4, EDOC Brasil, Brasília, DF. 2021. Disponível em: <https://www.resbr.net.br/wp-content/uploads/2021/01/covid19-volume4.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2021.

CÔRTEZ, V. A. P. V. **Ativismo Judicial: Do Neoconstitucionalismo Ao Neoprocessualismo** *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. VI. Periódico da Pós Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. 2010.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

DANTAS, S. L. R. **CLÁUSULAS PÉTREAS E DIREITOS HUMANOS: O Núcleo Jus fundamental da Constituição Brasileira de 1988**. Osasco: EdiFIEO, 2016. Disponível em: http://www.unifieo.br/files/clausulas_petreas_direitos_humanos.pdf. Acesso em: 14 mai. 2021.

FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. **Poderes Legislativo e o Poder do Congresso**. Monitor Público, n. 5, 1995.

G1-CEARÁ. **Ceará tem mais de 18 mil pacientes na fila por uma cirurgia não urgente no Sistema Único de Saúde.** G1 [site de internet], 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/ceara-tem-mais-de-18-mil-pacientes-na-fila-por-uma-cirurgia-nao-urgente-no-sistema-unico-de-saude.ghtml>. Acesso em: 20 mai. 2021.

GUTIERREZ SOBRINHO, E. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, PI. ano 17, n. 3319, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Acesso em: 14 mai. 2021.

IURCONVITE, A. S. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição.** Docsity [site de internet], 2019. Disponível em: <https://www.docsity.com/pt/resenha-do-artigo-os-direitos-fundamentais-suas-dimensoes-e-sua-incidencia-na-constituicao/5068286/>. Acesso em: 14 mai. 2021.

LIGUORI, R. H. O. A evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Saber Digital*, v. 3, n. 1, p. 113-124, 2010.

LIMA, F. **A relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos.** 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54068/a-relacao-entre-os-direitos-fundamentais-e-os-direitos-humanos>. Acesso em: 14 mai. 2021.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, B. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1.º a o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

MORAES, A. **Princípios Constitucionais na Administração Pública.** São Paulo, 2003. Disponível em http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/2alexandre_moraes2.htm. Acesso em 12 mai. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

OLIVEIRA, F. C. S. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

OLSEN, A. C. L. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA NETO, C. S. Mínimo Existencial. *In: Revista do Direito da Cidade*, v. 08, n. 4. ISSN 2317-7721. pp. 1644-1689, out, 2016.

PINHO, R. C. R. **Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 62.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

SARTORI, G. **Pensamento Político**. Brasília: UNB, 1997.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M; F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: Revista de Doutrina da 4.ª Região*. 4ª ed. Porto Alegre, 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 13 mai. 2021.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 18ª ed., 2000.

SILVA, L. V. A. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

SOARES, R. A. **O Estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário: diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal STF - ADPF 347 MC / DF**. Brasília. DF, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 mai. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal STF - MANDADO DE SEGURANÇA: MS 23.452 RJ**. Brasília. DF, 1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>. Acesso em: 14 mai. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal STF – MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI - MC 1.458 DF**. Brasília. DF, 1996. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743977/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1458-df>. Acesso em: 14 mai. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **RE 273.834-Agr./RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v. g: Ementa e Acórdão.** Brasília, DF. [site de internet], 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6587539>. Acesso em: 15 mai. 2021.

TORRES, R. L. **O Direito ao Mínimo Existencial.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.