



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA –
FADI**

Bethânia Helena Cardozo Martin

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Barbacena/MG – 2016

Bethânia Helena Cardozo Martin

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
a obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação do Prof. Ms.
Edson Gonçalves Tenório Filho.

Barbacena/MG – 2016

Bethânia Helena Cardozo Martin

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, sob a orientação do Prof. Ms. Edson Gonçalves Tenório Filho.

Prof. Ms. Orientador Edson Gonçalves Tenório Filho

Prof. Esp. Rafael Cimino Moreira Mota

Prof. Esp. Geisa Rosignoli Neiva

Barbacena/MG - 2016

Dedico o presente feito ao meu maravilhoso Deus e à minha família, especialmente a você, mãe, minha razão para seguir em frente.

AGRADECIMENTOS

Sou profundamente grata a cada mestre do Direito que dividiu comigo seu valioso conhecimento, com a paciência e destreza necessárias ao ofício. Meu agradecimento especial ao professor Edson Tenório por aceitar-me como orientanda e auxiliar na realização deste trabalho.

Agradeço também à família maravilhosa que o Senhor me presenteou; sem a qual minhas dificuldades seriam inimagináveis.

Obrigada, por fim, ao meu namorado e às melhores amigas que existem, por estarem ao meu lado auxiliando-me nas minhas lutas, não permitindo que eu desistisse nos momentos de aflição.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade desta autora, ficando a Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, seus professores e especialmente o professor orientador Edson Gonçalves Tenório Filho isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, 14 de dezembro de 2016.

Bethânia Helena Cardozo Martin

RESUMO

Pretende-se com este trabalho analisar a judicialização da saúde, fenômeno crescente nos debates jurídicos. O estudo parte do conceito de saúde adotado ao longo da História tendo em vista sua relevância para o debate. Nesse contexto, serão evidenciados os princípios da Reserva do Possível e da Tripartição dos Poderes, imprescindíveis para a compreensão e delimitação da controvérsia. Assim, o direito social à saúde, um direito subjetivo e garantia constitucional, será ponderado à luz dos limites financeiros do Estado. Por fim, serão apresentadas sugestões tendentes a mitigar o debate, de forma a atender aos interesses do Estado, o responsável pela efetivação do direito à saúde, e do ser humano, o necessitado da prestação.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Direito à saúde. Tripartição de Poderes.

ABSTRACT

It's intended to this report analyse the Health Judicialization, growing phenomenon on legal debates. The study starts from the health conception adopted along the history due to its relevance to the discussion. In this context it will be evidenced the Principles of the "Reverse of Possible" and "Power Tripartition", indispensable for understanding and contest delimitation. Therefore the Health Social Right, a subjective law and constitutional warrant, will be weighted by the State financial edges. Lastly will be presented suggestions tending to make the debate lighten, so that can fulfill the State interests, the responsible for the health effectiveness, and for human being, the needy one.

Keywords: Health Judicialization. Health Social Right. Power Tripartition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA SAÚDE	12
2.1 Da conceituação histórica	12
2.2 Da saúde pública.....	16
2.3 Do direito subjetivo fundamental à saúde.....	22
3 DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	24
4 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	28
4.1 Do contexto histórico	28
4.2 Do sistema de freios e contrapesos.....	31
4.3 Da incorporação do princípio dos Três Poderes	32
5 DO DIREITO À SAÚDE	36
5.1 Dos princípios inerentes ao direito à saúde.....	38
6 DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO	41
6.1 Do neoconstitucionalismo.....	43
6.2 Da ênfase à saúde	44
6.3 Das limitações ao Poder Judiciário.....	46
7 CONCLUSÃO	49
BIBLIOGRAFIA	51

1 INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento, o fenômeno da judicialização da saúde vem sendo debatido por doutrinadores e operadores do Direito sobre a possibilidade de sua plena efetivação, vez que a preservação da saúde é um bem jurídico que emerge do princípio da dignidade da pessoa humana, que pela nova ordem constituída foi transplantado para o centro da Constituição.

A judicialização da saúde é um fenômeno crescente que decorre da conscientização da população sobre seus direitos, entre eles a acessibilidade à prestação jurisdicional, de modo que por inércia, desinteresse ou omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação do direito à saúde, ela recorre ao Poder Judiciário.

Este estudo objetiva analisar, por meio de um longo caminho, passando pelos princípios e direitos subjetivos, a atuação do Poder Judiciário tendente a compelir o Estado a prestar a saúde àqueles que recorrem à jurisdição.

A importância do tema deriva do fato de que o aumento das demandas judiciais voltadas para a saúde faz com que o Judiciário, ao acolhê-las, interfira nas competências constitucionais assinaladas ao Legislativo, violando o princípio da separação dos Poderes, estando o Judiciário amparado apenas pelas bases do neoconstitucionalismo.

Por isso, há de se efetivar uma “contenção saudável” da judicialização da saúde para que seja possível, em razão dos custos financeiros envolvidos, conciliar o direito individual à saúde com outras necessidades, investimentos e políticas públicas a cargo do Estado.

Embora a judicialização de questões afetar os direitos sociais extrapole o âmbito da saúde, esta chama a atenção entre outras políticas por ser um direito universal ao qual as pessoas precisam ter acesso eficaz.

Também faz parte da proposta do trabalho demonstrar como o Judiciário pode afetar o Estado quando o obriga, com razões jurídicas e não políticas, a cumprir uma demanda de saúde.

Assim, o primeiro capítulo tratará da conceituação de saúde, a partir do seu contexto histórico e as discussões que levaram à sua razoável delimitação; dos textos legais em que o termo se acha disposto; e de um breve histórico da

saúde pública no mundo até sua chegada ao Brasil, com sua implantação e aperfeiçoamento por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

O segundo capítulo cuidará do princípio da reserva do possível, a partir da sua história até sua inserção ao texto constitucional.

No terceiro capítulo será analisado o princípio da separação dos poderes, do seu desenvolvimento histórico, das mitigações na sua abrangência ao longo do tempo e, por fim, sua incorporação pelas Constituições brasileiras.

Explorando os direitos sociais, o quarto capítulo versará sobre o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, explicando seu nascimento e elucidando o momento de sua efetivação no Brasil.

No quinto capítulo serão cotejados os estudos anteriores e apresentada uma das vertentes dos direitos sociais sobre o direito à saúde.

O sexto capítulo evidenciará a atuação do Poder Judiciário, as limitações que lhe devem ser impostas e como o fenômeno da judicialização da saúde vem sendo tratado neste momento.

Nesse contexto, para orientar este estudo, tentar-se-á responder aos seguintes quesitos: O que é e como surgiu o direito à saúde?; A saúde é direito absoluto ou deve atender ao princípio da reserva do possível?; A judicialização da saúde fragiliza o princípio da separação dos Poderes?; Há como se limitar a atuação do Poder Judiciário de modo a conciliar o direito fundamental à saúde com os limites financeiros e orçamentários do Estado tendo em vista as outras necessidades públicas?

As respostas a esses questionamentos serão obtidas ao longo deste estudo, o qual não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas mostrar, de forma clara e objetiva, as ideias básicas que em torno dele gravitam.

2 DA SAÚDE

2.1 Da conceituação histórica

A expressão saúde deriva do latim “*salutis*” e significa “salvação” ou “conservação” da vida. Confere-se a primeira manifestação sobre o conceito do termo saúde aos gregos espartanos, sendo ela “*mens sana in corpore sano*”, isto é, “mente sã em um corpo são”.

Separar as doenças das práticas religiosas foi um feito considerável de autoria da medicina grega. Atribui-se esse marco ao filósofo grego Hipócrates, que viveu no século IV a.C. Ele discorre sobre como a cidade e o modo de vida dos que nela habitam podem influenciar na saúde e salienta que o médico, ciente de tais fatores influenciadores, jamais cometerá erros ao tratar de doenças (HIPPOCRATES, 1950).

Posteriormente, Paracelso, médico e alquimista suíço alemão vivente na primeira metade do século XVI, reforçou como o mundo exterior com suas leis físicas da natureza e fenômenos biológicos são essenciais para que se possa entender o organismo humano – isto devido à sua experiência como mineiro; logo, teve a capacidade de demonstrar a ligação entre doenças e o local de trabalho neste mundo exterior (PARACELUS, 1941).

Já Engels, filósofo alemão do século XIX, revolucionou o conceito ao estudar as circunstâncias de vida dos trabalhadores na Inglaterra durante a Revolução Industrial e chegou à conclusão de que tanto a cidade quanto o tipo de vida de seus habitantes, além de seus ambientes de trabalho, são parte influenciadora dos níveis de higidez da população (ENGELS, 1986).

Com base nos estudos de Descartes, filósofo francês que viveu no início do século XVII, surge a corrente de pensamento que, finalmente, conceituou saúde como “ausência de doenças”. Comparando o corpo humano a uma máquina, Descartes acreditou que poderia encontrar o que “conservava” a saúde. A partir desse pensamento, o perfil mecanicista da doença foi destaque no século XIX.

Regida pela dominância da máquina, a sociedade industrial elucidou o termo “doença” fazendo uma comparação com o defeito na linha de montagem que demandava auxílio de especialista para reparos. Coincidindo com esse

momento, encontra-se a causa do defeito na linha de montagem nas teorias da etiologia específica das doenças de Pasteur e Koch. (PASTEUR, 1876 & KOCH, 1912).

O ápice da Revolução Industrial ocorrido entre o fim do século XIX e primeira metade do século XX, e o ambiente social, oportunizaram a discussão entre as duas correntes que objetivavam elaborar o conceito de “saúde”. Pode-se considerar a primeira corrente constituída por grupos acessórios ao processo de produção.

Tais pessoas, que levavam uma vida miserável, salientavam que para se compreender a saúde devem ser levadas em consideração, até mesmo para complementar esse entendimento, as condições relacionadas ao trabalho, à moradia, ao meio ambiente e à alimentação. Exemplo disso era a tuberculose incidente, proeminente nas camadas sociais com menor renda.

A outra corrente defendia que a evidenciação dos germes causadores de doenças e seu isolamento permitiram a criação de medicamentos específicos; por isso, era favorável ao conceito de “saúde” como a ausência de doenças. Logo, remédios relimados e administrados de forma correta salvaram muitas vidas, vez que obtiveram a cura de várias doenças.

O que realmente marcou o fim desse debate, ao que tudo indica, foram os fatores políticos. Vivenciar a Segunda Guerra Mundial passados somente vinte anos da Primeira, iniciada pelas mesmas razões, e, principalmente, com inclinação de ser demasiadamente destrutiva, forçou um entendimento.

Enfim, a sociedade mundial que sobreviveu à Segunda Guerra sentiu a necessidade inevitável de promover um novo acordo entre os Estados.

Surge, assim, através da Carta das Nações Unidas, firmada em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), organismo internacional instituído com o objetivo de implementar, promover e estimular o reconhecimento e o respeito aos direitos humanos e tornar efetivo o princípio da dignidade do indivíduo. Para isso a ONU possui várias agências especializadas, como a Organização Mundial da Saúde (OMS), destinadas a garantir os direitos fundamentais, como o direito à saúde e outros mais.

No preâmbulo de sua Constituição de 1948 a OMS ampliou o conceito de saúde ao prescrever que "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não só a ausência de doença". Isto é, a saúde resulta do equilíbrio de um

conjunto formado por trabalho, vida em sociedade, educação, alimentação, estados mental e físico e outros fatores que em harmonia resultam no completo bem-estar, confirmando assim as teorias de Hipócrates, Paracelso e Engels.

Apesar de bem recepcionada, essa definição é falha e por isso recebeu críticas, vez que, segundo a mesma, se saúde é um estado completo de bem-estar, é um estado ideal de bem-estar, isto é, um estado perfeito e inalcançável, em vista do fato de que as pessoas vivem em situações diferentes, ambientes diferentes e se socializam de maneiras diversas. Essa crítica é especialmente feita pelos trabalhadores sanitários, que chamaram esse conceito de saúde como “a definição da felicidade”.

A crítica recente feita por Dejours é no sentido de que o estado de completo bem-estar não existe, mas que a saúde deve ser entendida como a busca constante desse estado. Em suma, a definição adotada pela OMS encontra-se incorreta ao dar a entender que se um indivíduo consegue obter êxito em todos os fatores que levam ao bem-estar, este estado se solidificará, não existindo mais a possibilidade dessa condição ser modificada. Percebe-se, pois, que aquela conceituação não tem a possibilidade de funcionar, vez que a vida consiste numa constante mudança.

Essa crítica é rebatida por todos os órgãos de saúde do mundo com base no fato a característica restritiva do termo “completo” dar aos mesmos a liberdade necessária para tentar implementar aquele conceito de saúde em todas as camadas sociais.

Por outro lado, o filósofo americano Christopher Boorse, nos anos 70, em sua obra Teoria Bioestatística da Saúde (TBS), definiu saúde numa epistemologia “naturalista” como apenas “a ausência de doenças”.

Para Boorse seria preciso evitar qualquer dimensão valorativa para definir saúde. Seu conhecimento se dá com base em uma concepção do normal definido estatística e funcionalmente (Almeida Filho & Jucá, 2002; Almeida Filho & Andrade, 2003).

Por isso, defendia em sua teoria que para a classificação de pessoas saudáveis e doentes, deveria ser levado em consideração apenas o fator biológico natural, não sendo levado em consideração nenhum evento relacionado à vida cotidiana, como meio ambiente, trabalho, casa, vida social e financeira, bem como o estado psíquico do indivíduo. Isto porque, explica, que

ao levar-se em conta os fatores anteriormente citados, a saúde, mais uma vez, seria elevada a uma forma utópica, e, por definição, inalcançável.

Boorse também acreditava que ao alcançar a concepção total da saúde não haveria mais um ponto para se promovê-la: “não só não há qualquer meta fixa de perfeita saúde para se alcançar, mas também não há uma única direção para se avançar” (BOORSE *apud* ALMEIDA FILHO & ANDRADE, 2003, p. 98).

Em 1981, Leon Kass decidiu questionar a inclusão do bem-estar mental na definição de saúde.

Outra definição preferida por gestores de saúde pública do mundo todo vem do Escritório Regional Europeu da OMS:

A medida em que um indivíduo ou grupo é capaz, por um lado, de realizar aspirações e satisfazer necessidades e, por outro, de lidar com o meio ambiente. A saúde é, portanto, vista como um recurso para a vida diária, não o objetivo dela; abranger os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas, é um conceito positivo.

A preferência por essa definição decorre do fato de a mesma prover a capacidade de gerar recursos inerentes às necessidades de cada grupo de pessoas ou até mesmo de uma pessoa por sua vez, segundo os gestores.

No ordenamento jurídico brasileiro não há um conceito para a palavra “saúde”. Todavia, os arts. 6º e 194 da Constituição Federal, abaixo transcritos, tratam a saúde como um direito social fundamental que deve ser proporcionado pelo Estado. Dessa forma, a saúde integra a Seguridade Social, que se triparte nas seguintes técnicas de proteção social: Saúde (arts. 196 a 200), Previdência Social (arts. 201 e 202) e Assistência Social (arts. 203 e 204):

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

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

Normalmente, os sistemas de proteção se dividem em previdenciários, que têm caráter contributivo, e assistenciários, que não condicionam o direito à prestação assistencial a qualquer contribuição pessoal. Nestes, a ausência de contribuição decorre da falta de capacidade contributiva dos assistidos. Por isso,

os poderes públicos e a sociedade arcam de forma direta e indireta com os seus custos.

Assim, segundo a ordem constitucional vigente, a previdência social é seguro social de carácter contributivo destinado a conferir prestações apenas aos segurados e seus dependentes, a assistência social dirige-se somente aos necessitados eleitos por lei com base no princípio da seletividade, e a saúde é um direito universal e gratuito dirigido a todos quantos dela necessitem.

2.2 Da saúde pública

Como visto, Hipócrates, pai da Medicina, foi pioneiro ao explicar que as causas das doenças são naturais, dependendo do meio em que o indivíduo vive. Ao chegar a esse entendimento Hipócrates também questiona o papel da Saúde Pública, uma vez que saúde e meio socioeconômico andam atrelados, um dependendo do outro para evoluir, e isto perdura até o momento atual.

Em Portugal, o Marquês de Pombal merece destaque por seu papel na reconstrução de Lisboa depois do terremoto de 1755, tendo acontecido, claro, antes do Movimento Sanitarista da Inglaterra. Tendo ciência da necessidade de resguardar os cidadãos e diminuir as causas de risco, o médico Antônio Nunes Ribeiro Sanches, perseguido pela Inquisição e exilado em Paris desde 1747, estabeleceu orientações técnicas para que a cidade fosse reconstruída com foco em conservar a saúde dos habitantes.

Tais orientações foram fator predominante para que a qualidade de vida dos povos tivesse uma melhora relativa em Lisboa, tudo isso pela diminuição do risco de mortalidade e pela quase erradicação de doenças remediáveis, possibilitando o desenvolvimento social.

Diversamente, até a segunda metade do século XVIII, na Inglaterra predominava a ruralidade. Naquela época, grandes famílias, formadas por homens, mulheres e crianças, achavam-se desprotegidas de riscos considerados insuscetíveis de controle e que resultavam em alta mortalidade infantil e juvenil, e, por conta disto, metade das crianças não atingiam a idade adulta; tudo devido ao fato de a Medicina daquele tempo falhar na tentativa de refrear os agravos à saúde e as doenças transmissíveis serem implacáveis.

Edwin Chadwick (1842), durante o século XIX, geriu pesquisas que evidenciaram a importância das condições de higiene e saneamento do meio ambiente na saúde individual e coletiva da comunidade. Essas pesquisas, em 1848, deram origem à primeira Lei de Saúde Pública no Reino Unido. Esses estudos, posteriores à tragédia de 1755 em Portugal e à publicação da Lei de Saúde no Reino Unido, provam que o Estado é fator fundamental na promoção da saúde dos povos, mediante a construção de obras públicas de saneamento pelo Governo.

Essa percepção histórica indica com clareza que Saúde Pública anda sempre associada à intervenção do Estado, pois não há desenvolvimento de um sem o do outro.

Para Arnaldo Sampaio (1960) a “Saúde Pública, num século, evoluiu do conceito estreito do saneamento do meio físico para o conceito lato de preservação integral da Saúde do Homem”.

A Carta de Ottawa, documento sem força coativa decorrente da Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada no Canadá em 1986, contempla cinco campos de ação para se promover a saúde, como efetivação de políticas públicas saudáveis, criação de ambientes saudáveis, capacitação comunitária, desenvolvimento de habilidades pessoais e coletivas e reorientação de serviços de saúde.

Segundo a Carta de Ottawa a saúde é o maior artifício para o progresso humano social, econômico e pessoal, orientando que o único modo de tornar promissores os pressupostos essenciais à saúde é a sua promoção, como se depreende desse trecho:

[...] o processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria da sua qualidade de vida e saúde, incluindo maior participação no controle desse processo. Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social, os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. Assim, a promoção à saúde não é responsabilidade exclusiva do setor da saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global. (1996)

Como recursos para promoção da saúde cite-se: redução da violência, isto é, a paz; condições dignas de moradia, em relação ao espaço físico e ao assentamento legal; educação; alimentação; renda para todos, com volume compatível com a vivência; ar salubre, água potável disponível durante todo o

dia, alimentos em quantidade e qualidade suficientes; recursos renováveis, ou seja, serviços de saúde aptos a atender o homem em todos os seus níveis de complexidade, com recursos próprios ou em parceria com outros municípios; justiça social e equidade, esta pela redução dos efeitos nocivos à salubridade e pelo complemento de fatores positivos.

A primeira conclusão a que se pode chegar sobre Saúde Pública no Brasil é que ela sempre acompanhou as necessidades da sociedade, evoluindo conforme as circunstâncias políticas, econômicas e sociais de cada época.

Vasconcellos (2000, p. 29) afirma que “A Saúde Pública surge, então, como um saber específico, voltado às relações interpessoais, à vida familiar privada e à ocupação do espaço público nas cidades”. Segundo seu pensamento, as cidades, seu funcionamento e de seus habitantes eram elementos necessários para que a Saúde Pública pudesse se organizar de forma a atender as necessidades dos cidadãos.

A Saúde Pública brasileira tem, de fato, seu início em duas localidades: São Paulo, com Emílio Ribas; e Rio de Janeiro, com Oswaldo Cruz, no começo do século XX, onde surge com caráter de política nacional de saúde.

Também data do início do século XX o acesso do Brasil ao mercado com a exportação de produtos nacionais – principalmente o café, e, com isso, o sério risco de contágio de doenças nos portos, como febre amarela e a peste, o que ocasionou a proibição de navios brasileiros aportarem em outros países.

Por esta razão, o foco da Saúde Pública naquele tempo era o controle daquelas endemias, mediante o uso do modelo campanhista de assistência à saúde, caracterizado pela criação de campanhas de vacinação em massa dos povos. Porém, Cohn (1991) afirma que o objetivo principal dessas campanhas era intensificar as exportações do Brasil.

Paralelamente às ações promovidas pelo Estado, a saúde brasileira também contava com a filantropia religiosa: caridade.

Dessa forma, instituições de caridade e médicos filantropos atendiam os indivíduos e o Estado, ao mesmo tempo, promovia ações de saúde, como ocorreu no final do século XIX e início do XX, quando o Rio de Janeiro recebeu saneamento e foi promovida a campanha de vacinação contra varíola.

Durante as décadas subseqüentes, o País passa por crescimento industrial, acelerando assim seu processo de urbanização. Segundo Nunes

(2000), nesse período a Saúde Pública recebe a função de higienizar e disciplinar as cidades, e seus habitantes, para que a ordem e a moral fossem promovidas diante da tentativa de reorganizar o modo como se vivia em uma cidade.

Em 1923, a Lei Elói Chaves garantiu que a saúde dos trabalhadores e a previdência fosse um sistema voltado para os trabalhadores. Assim, surgem as CAPs (caixas de pensão), depois, na década de 30, com auxílio do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, os IAPs (institutos de aposentadoria e pensão), e, por fim, na década de 60, chega-se ao instituto que incorporava toda a população trabalhadora brasileira, o INPS, isto através da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), garantido assistência à saúde e aposentadoria a todos os trabalhadores.

Diante da análise da situação apresentada em tal período, Felipe Asensi diz que:

[...] a utilização dos serviços de saúde se encontrou vinculada à situação empregatícia, ocasionando a exclusão de uma parcela relevante da população desempregada, seja por deficiências físicas, seja por insuficiências na educação ou, mesmo, por inacessibilidade estrutural ao mercado de trabalho formal. (2010, p.35)

Graças aos esforços de Oswaldo Cruz e Emílio Ribas superou-se a teoria miasmática com a introdução da teoria bacteriológica para organizar a intervenção no campo da saúde. Até 1960, a saúde utilizava-se de um modelo médico-sanitário dividido em dois aspectos diferentes: o primeiro, denominado epidemiológico, empenhado apenas em tratar doenças em escala social, isto é, evitar doenças, aumentar e vivificar a saúde por meio da higiene e da educação sanitária. O segundo aspecto, chamado clínico, conferia atendimento médico só a quem integrava o sistema previdenciário, objetivando recuperar a sua força de trabalho.

Nos anos seguintes, o governo fez investimentos em áreas privadas do País, suas maiores aliadas. Este setor privado, compreendido pelo aspecto “caritativo”, teria de, necessariamente, ser controlado pelo serviço público.

Nessa época, houve insignificantes investimentos na Saúde Pública, pois o enfoque real do governo era adquirir tecnologia de ponta para que a intervenção em saúde se tornasse elitista. Retratam esse período os projetos privatizantes, como o do Vale Consulta e uma reedição da Fundação SESP para

as regiões mais pobres chamado Programa de Interiorização de Ações e Serviços de Saúde (PIASS), que não foi implantado apenas pela falta de interesse público em levá-lo adiante.

Durante a ditadura, mas dela desconhecido, era elaborado um sistema que pretendia transformar a saúde em direito comum de todos os cidadãos e dever do Estado, uma pretensão que defendia um sistema público de saúde caracterizado pela integralidade e universalidade. Essa aspiração ocorria nos porões da ditadura, porém jamais na ausência de esperança de que o regime absolutamente autoritário fosse vencido.

Finda a ditadura, o Estado posicionou-se de forma que o governo teria papel ínfimo no domínio econômico e na intervenção na economia do País. Isso favoreceu a criação de sistemas de convênio, agravando ainda mais a crise na saúde.

Segundo Campos (1997), já nas décadas de 80 e 90, o País passou por uma redemocratização atrelada a uma profunda crise nas políticas públicas de saúde. Nesse período, a saúde era um sistema plural, no qual vários modelos de assistência coexistiam: privado, público e liberal.

Contudo, ocorria um forte debate no País: como fazer com que o Estado se responsabilizasse e garantisse universalmente o direito à saúde?

Destacam-se nessa luta: movimentos populares, focados no combate às iniquidades sociais e lutas por justiça, como o direito à saúde; universidades, necessitadas de conduzir os estudantes à realidade local para proporcionar-lhes além da medicina hospitalar a medicina social, propiciando o surgimento de médicos comprometidos com o social, especializados em saúde pública; partidos políticos progressistas defendendo a promoção da saúde; Prefeituras progressistas que ante as necessidades dos cidadãos faziam mais que apenas observar o problema, pois portavam a angústia do que não era feito na saúde.

Nesse contexto, em 1976 surge a proposta de comprometimento com o social e os municípios deixam de ser os responsáveis somente por obras, nascendo aí o movimento municipalista de saúde. Esse movimento era focado na atenção primária à saúde, e, espelhando-se no que ocorria ao redor do mundo, foram constituídas equipes de atenção primária com três profissionais: o médico, o enfermeiro e o agente de saúde.

Os debates e tentativas de implantar o modelo pelo País prosseguiram. Na década de 80, a crise da previdência resultou no fracasso da tentativa de intensificar a parceria entre o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e os serviços públicos de saúde. A partir disso, com a pretensão de associar a saúde pública, tanto municipal quanto estadual com a previdência, foram instituídas as Ações Integradas de Saúde (AIS), que também objetivavam a atenção primária ambulatorial e a transferência de recursos da previdência para que fosse possível que os estados e municípios realizassem essas ações.

Em 1986, ocorre a VIII Conferência Nacional de Saúde, consolidando aí o direito à saúde como conhecido até hoje, como esclarece Hésio Cordeiro:

Decidiu-se convocar a VIII Conferência Nacional de Saúde, através de decreto presidencial, marcando-se sua realização para 17 a 21 de março de 1986, em Brasília. A conferência seria precedida de pré-conferências e reuniões estaduais preparatórias a serem realizadas em todo o país e seriam elaborados documentos técnicos que serviriam de base para estas reuniões prévias e de teses a serem debatidas na VIII CNS. Para a presidência da VIII CNS, foi designado o prof. Antônio Sérgio da Silva Arouca, presidente da Fiocruz, ficando a vice-presidência com o dr. Francisco Xavier Beduschi, superintendente da SUCAM e Guilherme Rodrigues da Silva, da FMUSP, foi designado relator geral. Os temas propostos foram: saúde como direito; reformulação do sistema nacional de saúde e financiamento do setor. (1991, p.63/65)

A VIII CNS contou com cerca de cinco mil pessoas de todo o país que endossaram a proposta da chamada Reforma Sanitária, sendo que ao todo mil delegados possuíam direito a voto. Foi a primeira conferência nacional de saúde aberta ao público e aberta por José Sarney. A presença em massa da sociedade usuária foi possível graças às AIS, que introduziram os Conselhos de Saúde. Estes conselhos contavam com a participação comunitária em cada município, condição imposta para adesão à reforma proposta.

O marco dos resultados obtidos pela VIII CNS foi em 1987, com o aprimoramento das AIS, então transformadas em SUDS – Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, a incorporação do INAMPS ao Ministério da Saúde, por meio do Decreto nº 99.060, e, também, a formação do alicerce da seção Da Saúde da Constituição Federal, integrada pelos arts. 196 a 200.

Em 1990 é sancionada a Lei nº 8.080, Lei Orgânica da Saúde, que regulamentou a implantação de um Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil.

Este sistema caracterizava a saúde como direito do cidadão e dever do Estado, o que foi consolidado pela lei nº 8.142, também de 1990, que atribuiu ao SUS a participação de toda a comunidade usuária na gestão desse serviço.

Finalmente, em 1993, foi homologada a Lei nº 8.689, que extinguiu o INAMPS, permanecendo o modelo do Sistema Único de Saúde até o presente momento no Brasil como forma de gestão da Saúde Pública.

2.3 Do direito subjetivo fundamental à saúde

Para se preservar a força normativa da Constituição e se assegurar sua efetividade, é imprescindível garantir-se os direitos fundamentais, entre eles o direito fundamental social à saúde, cuja proteção, recuperação e cuidados decorrem da própria dignidade da pessoa humana.

Porém, não basta que a Constituição outorgue direitos ligados à saúde, sendo o Estado obrigado a destinar os recursos necessários à sua efetivação a partir dos princípios da seletividade e da essencialidade, como Vianna orienta da seguinte forma:

De acordo com o princípio da seletividade o legislador ordinário fará a seleção dos benefícios e serviços que serão oferecidos pelo sistema. Está intimamente relacionado com a capacidade financeira, o que significa dizer que, tendo em vista o caixa da seguridade social, os benefícios e serviços serão prestados na medida de sua essencialidade, sempre partindo do mais essencial em direção ao menos essencial. (2012)

Contudo, a saúde é direito público subjetivo oponível ao Estado. Embora por limitações orçamentárias e financeiras não pode promovê-la integralmente, o Estado obriga-se a atendê-la na medida de sua essencialidade e respeitado o mínimo vital ou existencial, mas sempre atento à dignidade humana.

Depreende-se dos ensinamentos de TORRES (1999, p. 144/145) que por mínimo existencial (ou vital), direito fundamental típico, deve-se entender o mínimo necessário à existência humana digna, abrangendo qualquer direito, considerado em sua dimensão essencial e inalienável, ainda que originariamente não fundamental, tais como educação, saúde, alimentação, meio ambiente saudável etc.

Como a Constituição não limita o direito à saúde apenas ao essencial, muitos recorrem ao Judiciário para satisfazer várias necessidades ligadas à

saúde, tendo a Justiça deferido pedidos ligados ao mínimo vital ou existencial, ponderando a situação concreta à luz dos princípios da dignidade humana e da reserva do possível.

Porém, para justificar sua impossibilidade de promover integralmente o direito à saúde o Estado, ancorado no princípio da seletividade, seleciona por lei as prestações que pode oferecer a todo o corpo social e invoca o princípio da reserva do possível para defender-se quando demandado por conta das outras prestações não selecionadas.

Nesse sentido, eis o aresto abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE CF, arts. 6º e 196. FORNECIMENTO DE CONCHA ADAPTADA ANATÔMICA (BANHITA). JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. RESERVA DO POSSÍVEL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL CF, art. 1º, inciso III. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA, EX VI DO §3º DO ART. 475 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. I. É inquestionável e sem sombra de dúvida que, no caso dos autos, tratando-se de direito público subjetivo à saúde CF, arts. 6º e 196, sob a provada repercussão da chancela do mínimo existencial, enquanto direito social fundamental CF, art. 6º -, que tem substrato no princípio da dignidade da pessoa humana CF, art. 1º, inciso III, é dever do Estado de Alagoas adotar as medidas necessárias com vista a garantir à Autora o pretendido equipamento descrito na petição inicial. II. A contrário sensu dos argumentos e das alegações desenvolvidas pelo Estado de Alagoas, o exame dos requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito aplicados ao caso dos autos, por si só, conduz o intérprete e julgador à irremediável convicção de que o princípio da dignidade da pessoa humana CF, art. 1º, inciso III, por tratar do mínimo existencial, de per si et por si só, se sobrepõe à cláusula da reserva do possível, no tocante à efetiva concretização do direito público subjetivo à saúde CF, arts. 6º e 196. (TJ-AL - Apelação APL 00044555120108020058 AL 0004455-51.2010.8.02.0058.Data de publicação: 26/09/2014)

3 DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da reserva do possível surgiu na Alemanha, no ano de 1972, tendo sido aplicado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal no caso conhecido como *numerus clausus* das universidades.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a mortalidade de homens jovens foi reduzida, pois não havia mais a necessidade de um grande contingente de jovens para a luta armada. Além disso, a Alemanha derrotada iniciava seu processo de reconstrução, e durante tal processo, tendo caráter de país desenvolvido, crescia

Os jovens, então em grande número, viram a necessidade de ingressar nos estudos superiores. Um grupo deles decidiu se inscrever no curso de medicina das Universidades de Hamburgo e Baviera. Infelizmente, o grande número de candidatos ultrapassava em muito as vagas disponibilizadas pela instituição federal. Assim, o grupo decidiu ajuizar ação que garantisse o seu direito social ao estudo.

O gestor da instituição federal, questionado pelo Tribunal Constitucional alemão, respondeu que simplesmente não havia como permitir o ingresso das demais pessoas à universidade naquele momento, pois ela não dispunha de estrutura e verba para recebê-los, e que, assim que possível, eles ingressariam no curso de seu desejo.

O Tribunal então entendeu que se o órgão federal não tinha recursos financeiros, nem estrutura para garantir o direito social do grupo, isso deveria ser respeitado, pois não havia nada que pudesse ser feito a respeito, a não ser a longo prazo. Isto é, “garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos do Poder Público, em parte, decorrente do período pós-guerra” (OLSEN, 2008, p. 215)

Porém, esse entendimento necessitava de base constitucional. Nascia assim, a Teoria da Reserva do Possível, segundo a qual o Estado nunca deve ultrapassar seus limites recursais para satisfazer à necessidade individual de um cidadão quando não há recurso disponível para solucionar a necessidade a ser satisfeita.

Há de se observar, obviamente, que não basta apenas ao Estado alegar a carência de recursos para efetivar determinado direito social em detrimento de outras necessidades. Ele deve provar sua alegação. Por exemplo, o Estado não pode deixar de investir na saúde por possuir verba suficiente apenas para investir na educação sem que prove essa carência.

Ou seja, o ônus da prova da insuficiência feita com base na Teoria da Reserva do Possível cabe única e exclusivamente ao Estado, ao que está obrigado, pois o autor, a parte mais fraca da demanda, presumidamente não possui meios para provar que o Estado está mentindo.

A Teoria da Reserva do Possível trabalha com três pressupostos, que juntos são chamados de Dimensão Tríplice da Reserva do Possível. O primeiro pressuposto é a Disponibilidade de Recursos ou Disponibilidade Fática, que se refere especificamente à inexistência de recursos; o segundo se refere à Disponibilidade Jurídica – Reserva do Orçamento, pois não se pode confundir inexistência de recursos com sua alocação orçamentária; e o terceiro é a Proporcionalidade, segundo o qual a reserva do possível deve ocorrer em caráter excepcional, ou seja, apenas quando realmente necessário.

Não demorou muito para que este princípio chegasse ao Brasil e se fundisse aos valores insertos na Constituição Federal de 1988.

É crescente o entendimento que a reserva do possível tem natureza principiológica. A propósito, para o Supremo Tribunal Federal (STF) ela não pode ser considerada condicionante de direitos sociais.

A crítica do uso dessa teoria no território brasileiro, na verdade, deve-se ao uso seu descontrolado para justificar a inoperância do Estado, passando de caráter excepcional, como na Alemanha, para caráter contínuo. Vale lembrar também que em seu país de origem, a Reserva do Possível não possui o pressuposto da disponibilidade fática, apenas jurídica.

Uma grande diferença entre a aplicação dessa teoria no Brasil e na Alemanha decorre do fato que o Estado brasileiro não efetua tudo o que está ao seu alcance para cumprir os objetivos e os mandamentos constitucionais. Diversamente, ele atua na criação de artifícios com a intenção de burlar as obrigações ligadas aos direitos fundamentais prestacionais.

Os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional da Alemanha originam-se do princípio do Estado Social e não se acham efetivados. No Brasil, acontece exatamente o contrário, pois a CF/88 prevê expressamente esses direitos. Logo, há uma obrigação direta do Estado de direcionar recursos essenciais à satisfação desses direitos fundamentais.

A criação da disponibilidade fática é de autoria brasileira e inúmeros juristas levantam críticas quanto a essa criação, alegando que não se pode afirmar inexistência de recursos, mas apenas a realocação deles, já que o Brasil é um país financeiramente estável e grande recolhedor e movimentador de tributos.

Infelizmente, essa discussão não é refutada, apesar de reconhecida por tribunais. Logo, a reserva do possível continua sendo aplicada no Brasil sem a devida limitação.

Assim, no que concerne à conciliação entre decisões de implementação de políticas públicas e o orçamento pré-estabelecido do Estado, recomenda-se que as decisões judiciais sejam proferidas com parcimônia, mediante critérios objetivos: demandas judiciais com características semelhantes, como a criação de um costume por meio da comparação de modo a minimizar o orçamento do Estado por causa das chamadas sentenças aditivas, que originam despesas inesperadas.

Exemplo da aplicação da reserva do possível em nosso país foi o tratamento médico deferido às vítimas do vírus da AIDS, durante a década de 90.

Explica-se: de início, os pacientes soropositivos propunham ações objetivando o fornecimento de medicamentos, mas grande parte dos tribunais impugnavam a pretensão com base no fundamento da programação orçamentária. As associações de soropositivos de todo o país efetuaram uma forte pressão dos poderes públicos, o que resultou na edição da Lei nº 9.313/96, que ordenou que os medicamentos fossem fornecidos tanto aos portadores do HIV quanto às vítimas da AIDS.

Assim, a conjuntura jurisprudencial adotou novos rumos e os tribunais passaram a identificar no direito à saúde o direito de exigir prestações por parte do Estado. Mas, até que ponto é permitido ao Judiciário interceder nas políticas públicas eleitas pelo Estado, ou agir no lugar do Poder Legislativo para garantir

que os direitos fundamentais sociais prestacionais sejam efetivados, mesmo em casos em que não há previsão legal?

É o que será analisado nos capítulos subsequentes.

4 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

4.1 Do contexto histórico

A separação dos poderes é princípio geral do Direito Constitucional, indispensável para a legitimação do Estado Democrático de Direito.

É um princípio previsto pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O modelo de organização dos poderes aplicado no Brasil é baseado na teoria de Montesquieu, a qual triparte a função soberana do Estado em legislação, execução e jurisdição.

A propósito, a separação de poderes no ordenamento jurídico brasileiro é cláusula pétrea, de modo que sua aplicação não pode ser afastada.

Todavia, antes de proceder a uma análise da separação de poderes no Brasil, adentre-se no contexto histórico em que surgiu esse princípio, a fim de se compreender melhor suas raízes, motivação e evolução.

A história da separação dos poderes é a própria história da evolução da limitação do poder político, objetivo fundamental da doutrina da separação dos poderes.

A ideia central da teoria é que o Estado, órgão supremo governante do povo, deve ser dividido em três poderes: Legislativo, que elabora as leis; Executivo, que as põe em prática visando ao cumprimento dos objetivos do Estado; e Judiciário, que soluciona eventuais conflitos de interesses.

O jurista português Nuno Piçarra, afirma que Aristóteles, em sua obra Política, traz o prelúdio da separação dos poderes conceituando o termo “constituição mista”:

[...] constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. (s.d., p.33)

Lenza compartilha com Piçarra que a origem da tripartição de poderes partiu de Aristóteles, mas aponta a deficiência do pensador, que, mais tarde, seria corrigida por Locke e Montesquieu, afirmando que:

Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de Luís XIV reflete tal descrição: “L’Étatc’est moi”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.

Dessa forma, Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, apesar de exercidas por um único órgão. (2012, p. 481)

Posteriormente, a doutrina da separação dos poderes é aperfeiçoada por Locke e Montesquieu, seus notáveis ordenadores. Locke, por meio do “Segundo tratado sobre o governo civil”, retoma a ligação entre o princípio *rule of law*¹ e a separação dos poderes, interpretando-a como pré-requisito da *rule of law*. Para ele, a única maneira de a lei ser aplicada em caráter imparcial é fazendo com que os indivíduos que a criam não sejam os mesmos destinados a executá-la. Por esse pensamento, torna-se imprescindível a separação entre poderes legislativo e executivo.

Na concepção do inglês Locke o poder legislativo é o poder soberano e assim os demais poderes a ele se subordinam. O legislativo é competente para fixar as leis, objetivando resguardar a sociedade política e os indivíduos que fazem parte dela. Para aplicar as leis, Locke institui o poder executivo. Finalmente, encarregado de firmar relacionamentos com o estrangeiro, articular alianças e deter o poder de guerra e paz, cria o poder federativo, normalmente atrelado ao executivo, sendo esses poderes raramente exercidos por pessoas distintas. Como Locke denomina o legislativo de poder supremo, as funções que são atualmente exercidas pelo poder judiciário, eram, em sua teoria, atribuídas ao legislativo.

¹ Para José Joaquim Gomes Canotilho, a *rule of law* contém quatro dimensões extremamente claras: a primeira, dada pela Magna Carta por João Sem Terra em 1215, no caso de julgar ou punir indivíduos, privando os mesmo de sua liberdade, obriga que se faça um processo não apenas justo, como também legalmente regulado; a segunda consiste no fato que as leis e costumes do país devem, obrigatoriamente, ser superiores à discricionariedade do poder real; a terceira consiste na sujeição de todos os atos feitos pelo executivo à soberania parlamentar; a quarta, por fim, garante igualdade dos indivíduos no acesso aos tribunais, pretendendo estes defenderem seus direitos segundo a *Common Law*, ou seja, os princípios de direito comum dos ingleses, bem como perante qualquer indivíduo ou poder público. O sentido real da *Rule of Law*, principalmente no contexto atual é a de dar força ao princípio da legalidade. Logo, trata-se da legalidade tendente a reger a atuação do Estado governante.

Por outro lado, o francês Montesquieu através do célebre “L’Esprit des Lois” (O Espírito das Leis), de 1748, separou a função de julgar da função de legislar, propondo a “tripartição de poderes”, sendo o primeiro, o poder legislativo, o segundo, o executivo e o terceiro, o de julgar, como elucida em sua obra:

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado (s.d.p.67/68)

Lenza explica a visão de Montesquieu:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação o exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. (2012, p. 481)

Em suma, segundo a teoria de Montesquieu os três poderes não podem ser executados pelo mesmo órgão, pois assim não existiria liberdade. Estando o poder concentrado em mãos diversas o sistema se tornaria mais livre e, ao mesmo tempo, mais justo. Essa teoria foi a base estrutural de desenvolvimento de inúmeros movimentos, a exemplo das revoluções americana e francesa, como se constata no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, de 1789: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Montesquieu explica sua divisão e os motivos para fazê-la:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (s.d. p.68)

4.2 Do sistema de freios e contrapesos

A teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu influenciou o constitucionalismo e foi adotada por vários Estados modernos. Silva explica a razão do sucesso dessa teoria, caracterizando a “personalidade” dos poderes: “São tais poderes independentes; pois não se submetem entre si, não se curvam à vontade um do outro; e são harmônicos, pois tem de verificar as normas de cortesia e trato recíproco” (2006, p. 110).

Todavia, devido à fatores não apenas sociais, mas também históricos, a separação absoluta e plena dos poderes foi abrandada, permitindo-se que cada poder exerça não só a sua função típica ligada às suas competências próprias, as quais são funções soberanas do Estado, como também duas outras funções atípicas inerentes aos outros poderes.

A este abrandamento chamou-se de Teoria dos Freios e Contrapesos, assim ilustrada por Dallari:

O sistema de separação de 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 na emissão de regras gerais e abstratas, não sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para 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 os poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência. (p. 184-185)

Não há de se dizer que ao desempenhar funções atípicas um poder fere o cerne da tripartição dos poderes, pois o poder constituinte de cada Estado que adotou a teoria assegurou-lhe essas competências atípicas. A propósito, Lenza (2012, p. 483) assim divide as funções de cada poder:

1 – Legislativo:

Função típica – legislar, adicionando também a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo.

Funções atípicas: executiva – dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licença a servidores, etc; jurisdicional – o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art.52, I).

2 – Executivo:

Função típica – prática de atos de chefia de Estado, chefia de governos e atos de administração.

Funções atípicas: legislativa – o Presidente da República, por exemplo, adota medida provisória, com força de lei (art.62); jurisdicional – o Executivo julga, apreciando defesas e recursos administrativos.

3 – Judiciário:

Função típica – julgar, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei.

Função atípica: legislativa – regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, “a”); executiva – administra, ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários (art. 96, I, “f”).

Assim, apesar de independentes, os poderes se autocontrolam e agem em harmonia, possibilitando o exercício da democracia.

4.3 Da incorporação do princípio dos Três Poderes

A Constituição do Império do Brasil, de 1824, também adotou o princípio da separação dos poderes. A diferença, conforme seu art. 10º, é que a função do Estado não é tripartite, pois o livro consagra um quarto poder: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

A. P. Soares de Pinho assim define a função do Poder Moderador: “Seria destinado a estabelecer o equilíbrio entre os demais poderes e exercido pelo Imperador”, ou, ainda: “Seria a chave de toda organização política, ou melhor, o fecho da abóbada, a cúpula do governo”. (s.d., p.27)

O quarto poder é conferido apenas ao Imperador, que também detinha a rédea do Executivo. A instituição do Poder Moderador tornava a relação entre poderes amplamente desequilibrada, vez que havia uma cristalina dominância do Poder Executivo que era desempenhado pelo monarca.

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, legitimou tripartição dos poderes em sua forma original. Ao optar pelo sistema de presidencialismo inspirado no modelo norte-americano, encontrou um meio para efetivar o Poder Executivo, abandonando completamente a monarquia, dispondo que: “Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, apesar de breve, seguiu a primeira Carta da República, especificando os três órgãos integrantes da soberania nacional: “Art. 3º São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”

Neste novo texto, uma grande mudança ocorre no sentido de o Senado Federal passar a ser tratado não no capítulo reservado ao Poder Legislativo, o capítulo II, mas fora dele, adquirindo assim, caráter meramente colaborativo em relação ao Legislativo, como se verifica em seu art. 22: “O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal.”.

A Constituição de 1934 foi efêmera, vez que em 1937 Getúlio Vargas outorga nova Constituição que praticamente revoga a separação dos poderes, conferindo ao Presidente da República o título de autoridade suprema do Estado. Um exemplo do desequilíbrio causado pela Constituição de 1937 na harmonia entre os poderes conquistada na Constituição de 34 emerge do seu art. 75, “b”, que outorga ao Presidente da República a faculdade de dissolver Câmara dos Deputados em caso de desaprovação por parte do órgão de alguma medida tomada no decorrer de um estado de guerra ou emergência.

Nesse sentido, eis as críticas de Paulo Bonavides Paes de Andrade:

A competência dos três Poderes na Constituição de 1937 era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembleias Legislativas dos Estados.

Era o Senado sem voto popular, constituído já à época dos senadores biônicos que recebiam a designação de “conselheiros”. (1998, p. 345)

Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava o texto da Carta Constitucional, pois esta deixava a brecha para tais abusos, vez que em seu art. 91 ressaltava as restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade e à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados. Assim, a competência dos três poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração – o Presidente da República. (s.d., p. 345)

Passada a ditadura de Vargas, o Brasil faz as pazes com a democracia e em 1946 foi promulgada uma nova Constituição, fortemente armada com o retorno do princípio da separação de poderes:

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946

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

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

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

Importante destacar que a Constituição de 1946 consagra a expressão que a partir de então vem sendo utilizada por todas as constituições do Brasil: “harmônicos entre si”.

Essa mudança no relacionamento entre os poderes mostra que, naquele momento, a ideia de coordenação entre os poderes, pregada pela Constituição de 1934, é abandonada e se retorna ao equilíbrio harmônico.

O momento é exposto por Soares de Pinho, nestes termos:

[...] a adoção do sistema bicameral, seguindo a tradição do nosso direito público, permite às duas casas competentes do Congresso Nacional exercer recíproca ação frenadora, evitando excessos ou precipitações na elaboração legislativa. O mesmo ocorre em se tratando da atividade dos três poderes, cujos abusos e extralimitações encontram os indispensáveis freios e contrapesos à disposição de cada qual e dos membros da comunidade nacional. (s.d., p.41)

Sobre as Constituições de 1967 e 1969, na questão da relação entre os poderes, evidencie-se apenas na primeira, a introdução em seu art. 58 do instituto do Decreto-Lei, instrumento que confere competência legislativa ao Executivo mediante falta do Congresso Nacional.

Finalmente, além de consagrar o princípio dos três poderes harmônicos entre si, a Constituição Cidadã de 1988 também institui proteção a ele ao elevá-lo à categoria de cláusula pétrea, fazendo-o nos seguintes termos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes;

Esse dispositivo reitera a tripartição de poderes prevista pelo art. 2º da Constituição, o qual assevera que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Sobre a existência dos três poderes e a necessária harmonia entre eles, Alexandre de Moraes explica que:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito. (2002, p. 13)

Todavia, Lenza observa a imprecisão do termo “tripartição de poderes” ao esclarecer que o poder é uno, assim se manifestando:

Devemos apenas sistematizar a imprecisão da utilização da expressão “tripartição de poderes”. Isso porque o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções. (2012, p. 483)

Com razão Lenza, pois, obviamente, o poder estatal é uno e sua divisão entre Legislativo, Executivo e Judiciário visa apenas a afinar o seu exercício ante o sistema ou mecanismo de freios e contrapesos.

Frise-se, por fim, que não é dado aos poderes delegar suas funções uns para os outros, pois isso caracterizaria nocivo enfeixe de funções soberanas do Estado nas mesmas mãos, em visceral afronta ao Estado Democrático de Direito e à própria teoria constitucionalista da tripartição ainda hoje consagrada, não obstante remonte a 1748 com Montesquieu.

5 DO DIREITO À SAÚDE

Como visto antes, a saúde é direito fundamental social assegurado pelo art. 196 da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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

Segundo o texto constitucional a saúde é um direito de todos; na verdade, um direito individual social. De fato, ao dispor que a saúde é direito de todos, além de proclamar o direito individual de cada indivíduo, a Lei Maior ainda evidencia o direito coletivo à saúde, isto é, um direito de todo e qualquer indivíduo membro da sociedade.

Esse dispositivo não é uma norma programática, pois careceria da eficácia, mas sim uma norma de eficácia plena e de efeito imediato.

Ao prescrever que a saúde é um dever do Estado, a CF/88 realça a obrigação *lato sensu* do Estado a ser prestada tanto pela União quanto pelos Estados e Municípios.

Ao dispor que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas a regra evidencia a necessidade de uma atitude promocional do Estado para garanti-lo.

Por políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, deve-se entender única e exclusivamente a prevenção, a exemplo das ações preventivas prioritárias a que se referem o art. 298, II, da Constituição.

Por políticas que visem ao acesso universal e igualitário, pretende-se enfatizar a igualdade na sua prestação sem qualquer discriminação.

Finalmente, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde obriga o Estado a fornecer todas as medidas possíveis para a promoção do direito à saúde.

Frise-se que, segundo a Constituição, o direito à saúde constitui direito subjetivo do indivíduo e um dever jurídico do Estado, sendo, como dito acima, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata que não depende de ato legislativo nem de previsão orçamentária.

A doutrina, assim, analisa as características do direito à saúde:

Universalidade (art. 194, I; art. 196, caput) – a saúde é direito de todos e não há nenhum pré-requisito para sua utilização; portanto, atenderá a quem dela necessitar e o acesso aos serviços de saúde será igualitário;

Caráter democrático e descentralizado da administração, com participação da comunidade (art. 194, VII; art. 198, I e III) – a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde será distribuída entre os inúmeros níveis de governo. Isso se justifica pela premissa de que quando uma decisão é tomada por alguém mais próximo, as chances de êxito aumentam, a exemplo do fenômeno da “municipalização da saúde”, que nada mais é que a concentração de conselhos por sua responsabilidade nos municípios, não só para tomadas de decisões, como também para implementação de ações de saúde.

Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II) – o sistema deve envolver ações em outras áreas (habitação, meio ambiente, educação) para garantir o pleno acesso às ações de promoção, que objetivam conter as causas de doenças; ações de proteção, tendentes a prevenir os riscos de doenças, mediante ações preventivas, vigilância sanitária, saneamento básico e imunizações; e também ações de recuperação que tratam do atendimento médico e reabilitação de pessoas doentes.

Regionalização e hierarquização (art. 198, caput) – pretende conceder uma ciência maior à rede de serviços do sistema em relação aos agravos de saúde da população de certa zona delimitada.

A pretensão da Carta Magna nada mais é do que fazer da saúde um campo com objetivo de prevenir e curar doenças, além de tornar a qualidade de vida melhor, tudo isso baseado na necessidade individual de cada pessoa.

Infelizmente, o Brasil enfrenta o que se pode chamar de atraso em se elencar a saúde como princípio basilar da cidadania, vez que a mesma apenas foi incorporada à Carta Constitucional em 1988, mais de quarenta anos após a positivação da Declaração dos Direitos Humanos.

Para melhor compreensão do direito à saúde passa-se à análise dos seus princípios basilares no próximo subtítulo.

5.1 Dos princípios inerentes ao direito à saúde

O termo “princípio” admite múltiplos significados, variando com base na ótica posta em perspectiva.

Juridicamente, Alexy ensina que “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”. (2008, p. 117)

No âmbito do direito à saúde, o fato que mais contribuiu para que os princípios passassem de coadjuvantes a normas basilares foi a atribuição de valor axiológico à dignidade humana a partir dos conflitos internacionais da primeira metade do século XX.

Canotilho afirma que “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos” (1998, p. 1035).

Assim, enumera-se os princípios inerentes ao direito à saúde:

1. Princípio da integralidade da prestação – é o princípio que garante que todos os direitos fundamentais serão prestados ao indivíduo, não importando se existe ou não um problema. Isso faz, por exemplo, a medicina ter caráter preventivo, assim como repressivo. Isto quer dizer que não é suficiente que apenas se comprove a existência da doença, é necessário prover condições de tratamento.
2. Princípio da humanização – prega o ato de se colocar no lugar do outro, tornando assim o atendimento ao povo uma prática mais humana. Nas situações relacionadas a doenças, este princípio garante que todo e qualquer indivíduo tem direito a receber cuidado “condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais”
3. Princípio da Unicidade do Sistema – a prestação da saúde é dever de todos, isto visando a otimização da qualidade de vida. Em outras palavras: saúde não é apenas direito de todos, mas dever que cabe ao indivíduo, à família, ao Estado e à sociedade.
4. Princípio do mínimo existencial – todo Estado deve defender um mínimo de direito (seja à saúde, à educação, ou a qualquer outra necessidade do povo) para que a sociedade viva de forma humanizada. (2008, p.1368)

Há também que se listar o princípio da reserva do possível, segundo o qual o Estado utilizará de todos os meios possíveis para atender à necessidade individual do cidadão, desde que dentro de suas possibilidades, como foi visto em capítulo precedente.

A dignidade da pessoa humana é princípio indissociável do direito à saúde. Essa afirmação decorre do art. 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Art.1 Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”²

Nesse contexto, Dallari preleciona que “A vida é o bem principal do ser humano, sendo seu primeiro valor moral” (1998, p. 21)

Com o início da vida, nasce a dignidade do indivíduo. O direito à vida encontra-se positivado no caput do art. 5º da Constituição da República, que assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Saúde é componente fundamental para uma vida digna. Logo, direito à vida e à saúde resultam na dignidade da pessoa humana. O direito de viver com dignidade é irrenunciável.

Para explicar o sentido e o alcance da dignidade humana, Hartmann a decompõe nos estratos físico ou material, biológico ou orgânico, psíquico e espiritual, e assim estabelece a pauta jurídico subjetiva da dignidade humana (BOSON, 1972, p. 5), fazendo-o nos seguintes termos:

Segundo Hartmann, ao estrato físico ou material correspondem direitos básicos inerentes à preservação da integridade física do indivíduo, defeso o genocídio físico a qualquer exemplo; ao estrato biológico compreende o conjunto de direitos básicos relativos à proteção da integridade biológica da pessoa, por exemplo: alimentação suficiente, vestuário, assistência médica e sanitária, abrigo e procriação, defeso o genocídio biológico; ao estrato psíquico cabe garantir o direito básico do cidadão a uma consciência livre do medo, das ameaças e da intranquilidade do futuro próprio e da família. Por fim, o estrato espiritual protegerá os direitos básicos a uma participação completa na organização e nos bens da cultura, no processo científico e em seus benefícios, livrando o indivíduo assim, do genocídio cultural.

² Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso: em 12 de agosto de 2016

O conjunto dos estratos acima citados formam o direito à vida. Há de se deixar claro que a desproteção a qualquer um dos conjuntos citados acima importa em ofensa à dignidade da pessoa humana, cuja execução é fundamental para a promoção dos direitos fundamentais do ser humano.

6 DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

A expressão “judicialização” foi consolidada, pela primeira vez, em 1995, graças à Neal Tate e Torbjörn Vallinder, na obra de sua autoria intitulada “The global expansion of judicial power”. Na referida obra, os autores traçam o perfil de um fenômeno global que pretende intensificar o trato entre política e direito.

Para isso, os autores observam a forma como atua o Poder Judiciário em vários países: Suécia, Estados Unidos, França, Canadá, Itália, Israel, Filipinas, Alemanha, Namíbia, Reino Unido, Holanda, Malta, Austrália e Estados integrantes da ex-URSS.

Partindo de pesquisa empírica comparada, Vallinder e Tate concluíram:

Assim, a judicialização da política deve normalmente significar: 1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos; 2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial. (1995, p. 13)

A “judicialização da política” ocorre na atuação intrínseca do Poder Judiciário. É fenômeno verificado durante o exercício regular de procedimentos judiciais, sendo que o único fato que os diferencia de outros procedimentos judiciais não tachados como de “judicialização da política” é que estes sofrem, além consequências políticas, também consequências jurídicas.

No exercício de sua função típica o Judiciário limita-se ao julgamento de conflitos concretos ou em tese, estes últimos litígios abstratos relacionados à controle de constitucionalidade das leis. Distingue-se, assim, as funções típicas, previamente descritas, da nova função que lhe é atribuída mediante a judicialização da política: a primeira, ligada a conflitos concretos e abstratos, apenas julga, não criando direito algum ao cidadão; a segunda, ligada à saúde, possibilita a criação de novo direito ao indivíduo que o busca.

Assim, pode-se afirmar que o Judiciário “migra” de seu âmbito original para o âmbito legislativo.

Fato é que cabe apenas ao Legislativo a criação válida de lei nova, sendo ela fonte de um novo direito, não podendo o Judiciário caracterizar-se como fonte normativa da obrigação. Nem mesmo no momento em que este decreta uma lei

inconstitucional, estaria modificando a ordem jurídica, vez que se a lei é editada em contrariedade com a Constituição, ela já nasce eivada de vício.

Ao afastar a lei inconstitucional, de fato, o Judiciário apenas procederá à restauração da ordem anteriormente ofendida. Logo, em sua função típica, o Judiciário apenas restabelece a ordem jurídica lesada, trazendo-a de volta à normalidade constitucional. Julgar inconstitucional uma lei equivale a atestar sua patologia jurídica, não existindo, portanto, alteração da ordem jurídica.

Porém, mesmo que a passos lentos, o Poder Judiciário tem passado a realizar função originalmente atribuída ao Legislativo a partir do momento em que os outros Poderes se omitem. Desse modo, visando prevenir mal maior, profere decisões impondo obrigações com base na Constituição Federal, mesmo à míngua de lei infraconstitucional que as imponham.

Durante uma sessão de julgamento em 07/06/2006 o Supremo Tribunal Federal assinalou que faltando o Congresso com o cumprimento de sua função de legislar, esta será exercida pelo Judiciário todas as vezes que algum direito positivado na Constituição tiver impedido o seu exercício devido à omissão de parlamentares ou até mesmo do Presidente da República.³

A ideia retirada do voto do ministro Gilmar Mendes impõe a condição de que, não exercendo o Legislativo a competência que lhe é atribuída para a edição de lei, será função dada ao Tribunal intervir, obrigando que o direito do cidadão seja efetivado.

O surgimento de uma nova era no âmbito da harmonia entre os poderes é evidente, levando-se em conta a aceitação ostensiva da posição manifestada pelo ministro Gilmar Mendes, ficando em destaque a função de judicialização da política, ou seja, a criação do direito, porém agora caracterizada como típica função política primária exercida pelo Judiciário sem a influência de outros poderes.

Quando o Poder Judiciário amplia sua competência e passa a judicializar a política ele outorga o direito à saúde que está sendo reclamado. Porém, a probabilidade de os indivíduos exigirem uma prestação de contas do Judiciário é inviável, pois neste Poder não existem mandatos transitórios ou populares.

³ http://www.conjur.com.br/2006-jun-07/stf_dar_carater_efetivo_mandado_injuncao. Acessado em 16 de maio de 2016.

De fato, não é permitido à sociedade avaliar a performance dos juízes, o que seria possível quando da renovação dos seus mandatos, como ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo.

Não obstante, o fenômeno da judicialização da saúde não expressa mal algum, sendo que a controvérsia instaurada em torno do tema decorre do fato de o Judiciário outorgar prestação social progressista inserida na esfera das políticas públicas sem se submeter a consulta pública ou a julgamento popular.

Assim, amparado na orientação neoconstitucionalista o Poder Judiciário torna efetivo o direito fundamental social à saúde assegurado expressamente pela Constituição a todos os que dela necessitem.

6.1 Do neoconstitucionalismo

O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo são teorias fundamentais à compreensão da força que o texto constitucional possui hodiernamente e que obriga o Estado a respeitar e efetivar os direitos fundamentais do indivíduo.

O constitucionalismo surgiu com o intuito de que os poderes fossem limitados e divididos para vedar o seu uso exorbitante, assegurando-se, assim, direitos fundamentais da sociedade.

Essa teoria pretendeu explicar a formação e organização do Estado, e restringir o poder dos governantes, criando, assim, a estrutura político-social. Antes dessa fase, inexistia uma constituição formal e o exercício do poder era limitado por normas costumeiras baseadas em correntes jusnaturalistas.

Segundo entendimento de Canotilho, (1998, p. 45) o constitucionalismo é como “a ideologia que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos, em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

Frise-se que o constitucionalismo moderno se baseia em três princípios que provam que a Constituição não mais é mero documento político, mas sim a norma suprema do Estado: o primeiro, sua normatividade, reconhecendo-se que seu texto é imperativo como as demais normas jurídicas; o segundo, sua hierarquia, que lhe outorga superioridade sobre as outras normas; e o terceiro, sua centralidade nos sistemas jurídicos, obrigando que as demais disciplinas do Direito somente sejam interpretadas com base no que ela dispõe.

Já o neoconstitucionalismo, concebido pela doutrina a partir do século XXI, pode ser considerado a evolução natural da teoria do constitucionalismo que pretende não somente garantir direitos fundamentais inerentes ao homem, como também o modo como esses direitos serão de fato concretizados.

A propósito, Lenza (2012) assim conceitua o neoconstitucionalismo:

Busca-se, dentro desta nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais (2012, p. 62)

Assim, além de ratificar o constitucionalismo, o neoconstitucionalismo objetiva garantir os direitos humanos fundamentais, legitimando a competência do Judiciário outorgar ao indivíduo esses direitos garantidos pela Constituição quando eles não são providos pelo Estado.

6.2 Da ênfase à saúde

A sociedade vem celebrando a atuação do Poder Judiciário na solução de demandas outrora privativas do parlamento, como as afetas à saúde.

Porém, às vezes essas questões extrapolam o âmbito jurídico e quando judicialmente são outorgadas prestações ligadas à saúde que ainda não foram contempladas em lei a partir do princípio da seletividade, também ocasionam efeitos políticos. Essas questões emergem de demandas sociais não resolvidas pelos outros Poderes, mormente o Legislativo, gerando a atuação supletiva do Judiciário.

Ao instituir o Sistema Único de Saúde (SUS), o Brasil iniciou uma nova fase na prestação de serviços de saúde. De fato, como visto anteriormente, o País passou de um controle estatal praticamente inexistente, marco do início do século XX, em grande parte firmado na Medicina de caráter assistencialista e curativo, para um sistema linear que favorece a promoção de políticas de saúde pública, onde a Medicina preventiva é realçada em favor do indivíduo.

A intenção do texto constitucional, ao tratar da saúde em seus arts. 196 a 200 era que o sistema funcionasse de forma horizontal, contemplando todos os indivíduos isonomicamente, dando-lhe natureza linear e fundamentado nas bases da universalidade, equidade e integralidade.

Esses dispositivos constitucionais são reconhecidos pela maioria dos tribunais como normas de eficácia plena. Dessa forma, geram direito público subjetivo oponível ao Estado, permitindo assim o acesso popular aos remédios jurídicos tendentes a tornar efetiva a promoção do direito social à saúde.

Contudo, a atuação do Judiciário nem sempre assegura a isonomia no acesso aos serviços de saúde, pois o atendimento, por força de decisão judicial, a algumas pessoas sem critérios específicos necessariamente afeta a reserva orçamentária, de maneira que outros serviços criteriosamente selecionados por lei deixam de ser prestados aos seus destinatários.

Nessa esteira, Gustavo Amaral salienta que:

Mesmo que genuinamente se queira atender a todos, é necessário adotar um critério de escolha, já que atender a um é necessariamente deixar de atender a outro. O atendimento a um pleito demanda o emprego de recursos infinitos. (2001, p.84)

Na verdade, não se pode vedar que o Judiciário, no exercício de sua função estatal soberana, revestida por autonomia e imparcialidade, conceda medidas que efetivam as prestações ligadas à saúde quando necessário, como orienta o neoconstitucionalismo.

O que se propõe é que alguns pressupostos sejam observados pelo julgador ao proferir decisão favorável ao autor, tanto em sede de antecipação dos efeitos da tutela quanto em decisão de mérito, visando que o direito à saúde não se traduza em prerrogativa de apenas um grupo de indivíduos e haja coerência entre as funções de jurisdição e legislação, como orienta Germano Schwartz, nestes termos:

A diferenciação entre a legislação e a jurisdição é fundamental para a distinção interna dos casos justificáveis que chegam à análise do Poder Judiciário. É dizer: a dicotomia legislação/jurisdição é um pressuposto para a decisão a ser dada no caso concreto. Por outro lado, a vinculatividade e a coerção das decisões judiciais no sistema jurídico dependem de seu feedback com o sistema político. Esse sistema oferece premissas de decisão ao Direito que, por sua vez, dá ao sistema político decisões que vinculam o seu agir. (2004, p. 113 e p. 147)

Percebe-se, no decorrer dos últimos anos uma crescente evolução do número de demandas judiciais ligadas à saúde propostas contra o Estado.

Assim, assegurar o provimento de determinados serviços tornou-se mais eficaz pela via judicial, fato que desencadeou o que se chama de processo de judicialização das políticas públicas de saúde.

Nesse contexto da judicialização do direito à saúde, constata-se que o fato gerador de consequências nocivas não apenas para o Estado, mas para a sociedade, é o demasiado número de ações individuais que objetivam certa prestação da saúde não disponibilizada a todos.

Cite-se: fornecimento de medicamentos, criação e manutenção de hospitais, saúde odontológica, assistência ambulatorial, programas de saúde do índio, operações cirúrgicas, fraldas geriátricas, próteses dentárias etc.

Ademais, as ações judiciais individuais tendentes a efetivar o direito à saúde forçam o Legislativo e o Executivo a cumprir obrigações constitucionais positivas devidas ao corpo social, nem sempre atendidas pelos mais variados motivos, implicam ofensa ao princípio da impessoalidade que deve nortear a Administração Pública, pois eventual decisão judicial por sua pessoalidade sobreleva a impessoalidade.

Dessa forma, a judicialização da saúde, além do desequilíbrio da forma de atendimento horizontal do SUS, vez que alguns indivíduos são favorecidos em detrimento de outros, ocasiona grave lesão à economia pública e fere a discricionariedade do ente federativo na seleção dos serviços que serão postos à disposição da sociedade.

Em suma, eventuais limitações ao Judiciário não pretendem impedi-lo de exercer sua competência, mas, em vista da escassez de recursos e do fato de o Estado não dispor de meios para atender todas as demandas ligadas à saúde, compatibilizá-la com a competência conferida constitucionalmente aos órgãos públicos responsáveis pela efetivação do direito à saúde, vez que a harmonia entre justiça e isonomia só pode ser atingida quando a limitação do direito de um não é obstáculo ao exercício do direito de outros.

6.3 Das limitações ao Poder Judiciário

Uma das hipóteses que se apresenta para a limitação do Poder Judiciário diante da demanda por direitos de segunda dimensão é restringir o seu papel de legislador positivo, isso em respeito à tripartição e harmonia dos poderes.

A propósito, segundo alguns doutrinadores, um entrave à atuação do Judiciário como legislador positivo encontra óbice no princípio da separação dos poderes, destinado à proteção do indivíduo contra intervenções arbitrárias do Estado, mas que sofreu alargamento de sua concepção originária ante as demandas ligadas aos direitos sociais, como à saúde.

Sobre a possibilidade de o Poder Judiciário agir como legislador positivo no trato das demandas por direitos sociais, sobretudo os ligados à saúde, Clèmerson Merlin Clève questiona:

No que concerne à atividade do Judiciário, é importante verificar os limites impostos, também, pelo princípio da separação dos poderes. É preciso, ademais, superar o problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário, ou seja, num Estado Democrático de Direito, com poderes divididos, até onde pode ir o Poder Judiciário enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais?.⁴

O próprio Clèmerson responde ao seu questionamento, afirmando que o Judiciário se caracteriza pela defesa das minorias e discute as possibilidades de se habilitar os magistrados como legisladores positivos. Confira-se:

Se é certo que há um consenso no que diz respeito à atuação dos juízes enquanto legislador negativo, o mesmo não ocorre quando se está a falar numa atuação análoga à do legislador positivo. Ou, eventualmente, do administrador. De outro viés, cumpre verificar se, do fato de o Judiciário não dispor de um meio de legitimação como os demais poderes (o mecanismo eleitoral para a investidura de seus membros), não se poderia deduzir que está impedido de atuar a partir de determinado limite. Poder-se-ia, eventualmente, afirmar, para afastar o argumento, que o Judiciário atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais. O contra-argumento seria no sentido de que, no contexto do regime democrático, é a maioria (princípio majoritário) que governa.⁵

Porém, é função do Judiciário, sobretudo do STF, garantir a supremacia da Constituição. Nessa esteira, os institutos da recorribilidade das decisões, da motivação, do devido processo legal e da publicidade legitimam a atuação do Judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos sociais diante da omissão do Poder Legislativo na sua promoção integral, ainda mais porque, ao consagrar o direito à saúde, não o limita apenas ao essencial.

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 13 agosto de 2016.

⁵ Idem

Há de se observar, também, que a vedação à atuação dos magistrados como legisladores positivos não é impedida pela Constituição, mormente neste momento em que a jurisprudência majoritária lhes confere competência para suprir omissões legislativas.

Contudo, ao decidir litígios relativos à judicialização da saúde o juiz deve observar o princípio da reserva do possível e ponderar o pedido formulado à luz da razoabilidade e proporcionalidade, para então extrair das regras, valores e princípios constitucionais ligados à saúde a maior eficácia jurídica possível, mas com absoluto respeito à ordem constituída.

Assim agindo, o Judiciário estará outorgando legitimidade à sua decisão, isso porque não há princípio absoluto e não se pode admitir a prevalência ilimitada de um em prejuízo de outro, havendo de se ponderar os valores que cada um encerra no caso concreto.

7 CONCLUSÃO

Como visto, são muitos os agravos ocasionados pela judicialização da saúde em razão da pluralidade de decisões judiciais favoráveis à concessão de prestações ligadas ao direito à saúde, como fornecimento de medicamentos, liberação de leitos ou pedidos de cirurgias.

Aos poucos, surgem julgados que orientam a se proceder a uma análise técnica, estrutural e jurídica dos pressupostos a serem observados antes da concessão judicial do direito, de forma a compelir o Poder Público a prestar o atendimento à saúde.

A orientação neoconstitucionalista prega a efetividade da Constituição na garantia da prestação do direito fundamental à saúde, e, nesse contexto, legitima a atuação do Judiciário na garantia desses direitos quando eles não são providos pelo Estado.

A harmonia que deve permear a relação entre os poderes não me parece afetada com essa atuação supletiva do Judiciário, pois a tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um com sua competência específica, garante o equilíbrio harmônico, mesmo porque entre eles existem mecanismos de freios e contrapesos.

A propósito, na judicialização da saúde o Judiciário não pode ser visto como legislador, mas sim, em virtude da garantia fundamental à acessibilidade à jurisdição e também à saúde, o Poder legitimado para dirimir os conflitos que decorrem da inexistência de oferta por parte do Poder Público de prestações relacionadas à saúde.

Dessa forma, ancorado nos princípios da dignidade humana e no direito humano ao mínimo existencial o Judiciário pondera os interesses em conflito e decide as questões ligadas à saúde, nas quais o Estado se defende invocando a cláusula da reserva do possível com base em suas limitações financeiras.

Porém, ante a necessidade de determinada prestação ligada à saúde surge um conflito entre os princípios da dignidade humana, no qual se insere o do mínimo existencial, e o da reserva do possível, não podendo o Judiciário silenciar-se sobre a prestação jurisdicional que lhe é reclamada.

A situação é complexa, pois o Estado tem a obrigação constitucional de prover o direito fundamental à saúde ao indivíduo, mas, por outro lado, conta com escassos recursos financeiros e orçamentários.

Questiona-se: se o Estado não tem recursos para atender às demandas sociais ligadas à saúde, como proverá o mínimo existencial?

Surge, assim, o fenômeno hoje denominado judicialização da saúde, devendo o Judiciário decidir as respectivas demandas mediante a ponderação dos princípios e interesses envolvidos.

Contudo, enquanto o Judiciário atuar nos seus limites competenciais não há como impedi-lo de atuar supletivamente, pois assim o faz legitimado pela ordem constituída.

Sugiro, porém, diante das crescentes demandas ligadas à saúde, muitas desarrazoadas, como as que pedem o fornecimento de enxaguante bucal, a criação de critérios legais objetivos que contemplem apenas as prestações ligadas ao mínimo existencial, pois de fato sua falta fere a dignidade humana, havendo de se ponderar que embora a saúde seja um direito de todos e dever do Estado, nada obsta que também seja promovida pelo próprio indivíduo.

BIBLIOGRAFIA

ACHESON, D. (Coord.) **Independent Inquiry into Inequalities in Health Report**. London: The Stationary Office, 1998. Disponível em: <- <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/doh/ih/contents.htm>>. Acesso em 22 de junho de 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Filho & Jucá, 2002. Disponível em: <- http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232002000400019>. Acesso em 18 de outubro de 2016.

ALMEIDA FILHO, N.; ANDRADE, R. F. S. **Halopatogênese**: esboço de uma teoria geral de saúde-doença como base para a promoção da saúde. IN: CZERESNIA, D.; FREITAS, C. M. (Org.). **Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003. p. 97-115.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2001.

ANDRADA, Paulo Bonavides Paes de. **História Constitucional do Brasil**, Editora Paz e Terra, 1998.

ASENSI, F. D. **Indo além da judicialização**: O Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**. Disponível em:< - <https://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>> Acesso em 22 de julho de 2016.

BOSON, Gerson de Brito Mello. **Internacionalização dos direitos do homem**. 1. ed.. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1972.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL DE 1824. Disponível em: <- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 09 de abril de 2016.

_____, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891**. Disponível em: <- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 02 de maio de 2016.

_____, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934**. Disponível em: <- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 15 de abril de 2016.

_____, **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937.**

Disponível em: <-

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 09 de julho de 2016.

_____, **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946.**

Disponível em: <-

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

_____, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967.** Disponível em: <-

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 08 de maio de 2016.

_____, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1969.** Disponível em: <-

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em 07 de julho de 2016.

_____, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: <-

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 23 de abril de 2016.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Apelação APL**

00044555120108020058 AL 0004455-51.2010.8.02.0058. Data de publicação:

26/09/2014. Disponível em: <[http://tj-](http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142007399/apelacao-apl-44555120108020058-al-0004455-5120108020058)

[al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142007399/apelacao-apl-](http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142007399/apelacao-apl-44555120108020058-al-0004455-5120108020058)

[44555120108020058-al-0004455-5120108020058](http://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142007399/apelacao-apl-44555120108020058-al-0004455-5120108020058)>. Acesso em 16 de novembro de 2016.

BRAZ, Kalini Vasconcelos; MONTENEGRO, Sandra. **Pesquisa realizada nos anos de 2007 e 2008 no Tribunal de Justiça do Distrito Federal mostra que, entre as ações que tinham por objeto o fornecimento gratuito de medicamentos, em 99,03% delas o autor pleiteava a tutela de modo individual.**

CAMPOS, G. W. S. - **Subjetividade e administração de pessoal:**

considerações sobre modos de gerenciar o trabalho em equipes de saúde. In: MERHY, E. E ; ONOCKO, R. (Org.). Agir em saúde. São Paulo: Hucitec, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CAROLINA, Ana. **CONCEITO HISTÓRICO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.**

Disponível em: <-

<https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em 22 de julho de 2016.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 13 de agosto de 2016.

COHN, A. et al. **A saúde como direito e como serviço**. São Paulo: Cortez, 1991.

CORDEIRO, H. **Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: Ayuri Editorial, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Moderna.

_____. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DEJOURS, C. **Por um novo conceito de saúde**. Rev. bras. Saúde ocup., 14(54).

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo, Global Ed., 1986.

FRANÇA. **Tratado da Conservação da Saúde dos Povos**. Paris: Ed. Pedro Gendron, 1756.

HIPPOCRATES. **The medical works of Hippocrates**; a new translation from the original greek made especially for English readers by the collaboration of John Chadwick and W. N. Mann. Springfield, Ill. Thomas, 1950.

KOCH, R. **Die Aetiologie und die Bekämpfung der Tuberkulose**. Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1912.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho de. **O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL**. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46>. Acesso em 20 de junho de 2016.

MANICA, Fernando Borges. **REDAE**. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em 12 de julho de 2016.

MARCH, James G and OLSEN, Johan P. **Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política**. Rev. Sociol. Polit. [online]. 2008, vol.16,

n.31, pp.121-142. ISSN 1678-9873. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782008000200010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 21 de fevereiro de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Promoção à Saúde**: Carta de Ottawa, Declaração de Adelaide, Sundsvall e Santa Fé de Bogotá, Brasília, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barão de. **O espírito das leis**.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras (Org.)**. São Paulo: Atlas S.A, 2002, p. 13; 117.

NUNES, E. D. **Sobre a história da saúde pública**: idéias e autores. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 5, n. 2, 2000.

RIOS, Thiago Meneses. **O CONFLITO ENTRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. Artigo. Disponível em: < - <http://jus.com.br/artigos/25250/o-conflito-entre-o-principio-da-separacao-dos-poderes-e-a-judicializacao-da-saude/2> Acesso em 07 de julho de 2016.

PASTEUR, L. **Etudessurlabièrè**. Paris, Gauthier-Villars, 1876.

PARACELUSUS. **On miner's sickness and other miner's diseases**. In: PARACELUSUS. **Four teratyses of Theuphrastus von Hohenheim called PARACELUSUS**. Baltimore, Johns Hopkins Press, 1941.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional** - um contributo para o estudo das suas origens e evolução. 1965.

PINHO, A. P. Soares de. **Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira**. 1961

SAMAPAIO, Arnaldo. **O Médico**, 1960, edição nº 47.

SAUDE. **Definição**. Disponível em <- <https://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%BAde>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

SAUDE EM MOVIMENTO. Disponível em <- http://www.saudeemmovimento.com.br/conteudos/conteudo_exibe1.asp?cod_noticia=202> Acesso em 3 de janeiro de 2016.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEPARAÇÃO DOS PODERES. Disponível em:<-
https://pt.wikipedia.org/wiki/Separa%C3%A7%C3%A3o_de_poderes Acesso em 12 de janeiro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELLOS, Maria da Penha Costa. **Os (des) caminhos da formação sanitária e os direitos sociais**: uma reflexão a partir da Escola de Saúde de Minas Gerais p. 29). Disponível em <-
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-11122003-165226/pt-br.php>> Acesso em 13 de maio de 2016.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995

The Sanitary Conditions of the Labouring Population of Great Britain, 1842 – Disponível em <-
<http://www.deltaomega.org/documents/ChadwickClassic.pdf> > Acesso em 17 de dezembro de 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1999, v. 3.