

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA
Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

Mazurkiewicz Alcionne Simões

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A SUB-ROGAÇÃO DO
MUNICÍPIO EM CASO DE SER DEMANDADO ISOLADAMENTE**

Itaúna - MG

2016

Mazurkiewicz Alcionne Simões

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A SUB-ROGAÇÃO DO
MUNICÍPIO EM CASO DE SER DEMANDADO ISOLADAMENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Simões Tomaz

Itaúna

2016

S593j Simões, Mazurkiewicz Alcionne

Judicialização da saúde: o princípio da subsidiariedade e a sub-rogação do município em caso de ser demandado isoladamente / Mazurkiewicz Alcionne Simões. -- Itaúna, MG: 2016.

105 f.; 30 cm
Bibliografias: f. 94-105.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.
Orientador: Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz.

1. Judicialização da política. 2. Direito à Saúde. 3. Responsabilidade dos Municípios. 4. Solidariedade. 5. Princípio da Subsidiariedade. I. Tomaz, Carlos Alberto Simões de; orientador. II. Universidade de Itaúna. III. Título.

CDU: 342.7:614

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira
CRB-6/2239



Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)

**“Judicialização da Saúde: O Princípio da Subsidiariedade e a Sub-Rogação do Município em
Caso de ser Demandado Isoladamente”**

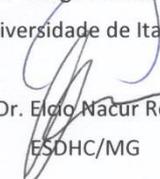
Dissertação de Mestrado apresentada por **Mazurkiewicz Alcione Simões**, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 16 de dezembro de 2016, ao Mestrado em Direito-Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos professores:


Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz

Orientador


Prof. Dr. Thiago Penido Martins

Universidade de Itaúna


Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende

ESDHC/MG

Dedico este trabalho aos amores da minha vida: Letícia Coeli Simões, Matheus Augusto Simões, Lucca Mazurkiewicz Simões e a minha esposa Ana Carolina Alves Simões.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, o grande arquiteto do universo, por conseguir cumprir mais esta caminhada.

À minha esposa Ana Carolina e ao meu filho Lucca Mazurkiewicz pela compreensão nos momentos que tive que abdicar-me da família em nome de horas intermináveis de estudo que poderiam haver lhes dedicados.

Aos amigos do escritório, Diogo Bruno de Araújo de Paula, Ana Paula de Moura, Marcela Campos, Jordana Maria Garcia e Athaylla Alves Pimenta, pela compreensão e confiança.

Ao meu zeloso orientador e coordenador do programa de mestrado da Universidade de Itaúna, Professor Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz, ao Professor Dr. Tiago Penido, pelas oportunas sugestões para conclusão desta dissertação e ao Professor Dr. Élcio Nacur Rezende que deixou seus afazeres para nos honrar com a sua presença, meus sinceros agradecimentos.

Aos meus novos amigos: Daniel Brocanelli Garabini, Harley Christian do Valle Silva, Michelle Batista, Sabrina Nunes Borges e Tiago Lenoir Moreira.

A todos os professores do programa de mestrado da Universidade de Itaúna, pela contribuição acadêmica durante o programa.

Aos funcionários da secretaria do mestrado da Universidade de Itaúna pela presteza e cordialidade.

Aos meus colegas do curso de mestrado da Universidade de Itaúna pela amizade construída ao longo do programa de mestrado.

“Onde há fortes e fracos, a liberdade
escraviza, a lei é que liberta”

Goffredo Telles Jr.

RESUMO

Tema de insofismável importância na atual conjuntura do direito positivo brasileiro é analisar qual o papel do Município reservado pela Constituição Federal para que se garanta o direito fundamental do acesso à saúde. O estudo do tema se mostra relevante, pelo fato de fazer uma releitura do princípio do federalismo frente ao Princípio da Subsidiariedade adotado pela Constituição da República. A opção metodológica utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com uma abordagem dedutiva. O objetivo geral dessa pesquisa é analisar a evolução histórica da judicialização das Políticas Públicas no Brasil, analisar seus limites e abordar o Princípio da Subsidiariedade em face do Federalismo. O objetivo específico é demonstrar que, segundo a Constituição Federal de 1988 a responsabilidade pela assistência à saúde é solidária entre os entes federados e o dever deste não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade, assim, o Estado somente deverá atuar apenas na impossibilidade de o cidadão conseguir prover seu bem-estar por seus próprios meios, e, neste caso, a obrigação seria do nível mais baixo para o nível mais alto (do Município para a União). Contudo, quando o bem da vida for possível ser prestado pelo Município, este se sub-roga no direito de receber a parte que houver pago em nome do Estado e da União.

Palavras-chave: Judicialização da política – Direito à Saúde – Responsabilidade dos Municípios – solidariedade – Princípio da Subsidiariedade.

ABSTRACT

A matter of unmistakable importance in the current conjuncture of Brazilian's positive law is to analyze the role of the Municipality reserved by the Federal Constitution to guarantee the fundamental right of access to health. The study of the theme is relevant, because it re-reading the principle of federalism in relation to the Principle of Subsidiarity adopted by the Constitution of the Republic. The methodological option used was the bibliographical research, with a deductive approach. The general objective of this research is to analyze the historical evolution of the judicialization of Public Policies in Brazil, analyzing its limits and approach the Principle of Subsidiarity in face of the Federalism in order to meet the objectives of the Federal Constitution. The specific objective is to demonstrate that, according to the Federal Constitution of 1988, the responsibility for health care is solidary among federated entities and its duty does not exclude that of individuals, families, companies and society, thus, the State should only act on the impossibility of the citizen being able to provide or herself well-being by his own means, and in this case, the obligation would be from the lowest level to the highest level (from the Municipality to the Union). However, when the good of life is possible to be provided by the municipality, the municipality is subrogated to the right to receive the party who has paid on behalf of the State and the Union.

Key words: Judicialization of the policy - Right to Health - Municipality responsibility - solidarity - Principle of Subsidiarity.

SUMÁRIO

1. Introdução	11
2. Os Modernos Paradigmas de Estado	12
3. Internacionalização dos Direitos Humanos.....	18
4. A Constituição Federal de 1988 e o “Direito por Princípios”	28
5. A Separação dos Três Poderes.....	34
6. Do Controle Jurisdicional das Políticas Públicas	41
6.1 Reserva do Possível, O mínimo Existencial, o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Subsidiariedade.....	51
7. O Federalismo.....	63
8. O Município no Sistema Federado Brasileiro	80
9. Conclusão	93
Referências	97

1 - INTRODUÇÃO

A proteção de direitos humanos, iniciado, efetivamente, após a Segunda Guerra Mundial, impulsionou a transformação na ordem internacional, adotando-se o direito a ter direitos. Contudo, não bastava criar direitos, era mister criar mecanismos para efetivar tais direitos. A complexidade estabelecida na relação entre o Poder Público e cidadãos com garantias constitucionais que lhe garantem receber um bom serviço público e tratamento digno, representa hoje uma grande preocupação para os gestores públicos, e neste ponto, a falibilidade dos órgãos de governo está sendo supridas por ordens judiciais, denominadas judicialização das políticas públicas. A Judicialização das Políticas Públicas, são decisões judiciais que condenam os outros poderes a fornecer ao indivíduo aquilo que a Constituição Federal lhe garantiu como sendo um direito fundamental. Assim, a presente dissertação possui o escopo de analisar os paradigmas de Estado, traçando um paralelo na evolução dos direitos fundamentais, passando pelo direito internacional até a Constituição Federal de 1988. Analisar a evolução do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas/ativismo judicial, quais seus limites e afrontá-lo com a separação dos três Poderes. Suplantado essas fases, será analisado o federalismo cooperativo adotado por nossa Carta Política em fase do Princípio da Subsidiariedade. Entende-se que os Municípios, por estar mais próximos dos cidadãos tem melhores condições para aferir a necessidade do que é pleiteado e a possibilidade deste de conseguir por seus próprios meios o bem da vida. Na impossibilidade de o cidadão conseguir provir seu bem-estar por recursos próprios, o Município então, deverá atuar para que o direito fundamental daquele seja garantido, desde que consiga fazer bem feito a ação pretendida, sendo o Estado acionado em sua impossibilidade. A União deve atuar, excepcionalmente, quando realmente não puder ser realizado pelos níveis menores. Por fim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, é de que a responsabilidade dos entes federativos para prestar assistência à saúde é solidária, e poderá ser acionado qualquer dos entes federados isoladamente ou em conjunto, destarte, quando o Município for condenado isoladamente, nascerá para este o direito de sub-rogar-se no direito do cidadão, na parte que couber aos demais entes federados, podendo exigir o que pagou a maior nos próprios autos do processo em que for condenado. Urge consignar, por mister, que os entes federados celebram um acordo de colaboração para organização da rede interfederativa de atenção à saúde, e, através, deste é possível aferir a responsabilidade, inclusive financeira, de cada ente federado.

2 - OS MODERNOS PARADIGMAS DE ESTADO

Para que se possa entender a judicialização das políticas públicas no contexto da separação dos três poderes mister trazer à lume a evolução dos paradigmas de Estado ocidentais de maior sucesso na modernidade, a saber: O Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, a fim de lhes atribuir sentido no atual contexto Constitucional instalado no Brasil a partir de 1988, haja vista que para se chegar a tais significados, mister “do processo hermenêutico que atribui sentido aos textos normativos em cada contexto de aplicação, à luz do paradigma sob qual se constrói a jurisdição constitucional”¹.

Antes de tratar do primeiro paradigma de Estado, necessário se faz a lição de Paulo Lopo Saraiva, que nos relata o momento histórico que colocou fim a Monarquia absoluta, inaugurando, assim, o primeiro paradigma de Estado moderno, vejamos:

(omissis) O centro das decisões política-administrativa fixava-se no rei que, como todo-poderoso, dirigia, a seu talante, a sociedade integral. Os chamados três poderes, que deviam funcionar de modo independente e harmônico, concentram-se nas mãos reais e só contemplam política e juridicamente as duas classes reconhecidas: a nobreza e o clero. Ante um quadro tão hostilizador, o Terceiro Estado (povo e burguesia) desenvolve um trabalho de conscientização, para propiciar mudanças estruturais na sociedade francesa. (...), os enciclopedistas formularam novas e poderosas ideias acerca do Estado, da Constituição, da divisão de poderes, que, a pouco a pouco, foram influenciando as outras classes sociais, até torná-las adeptas dos novos rumos que a nação estava a exigir. A insurreição contra a corte absolutista demandava coragem das forças marginalizadas, pois só elas, mais numerosas e quantitativamente fortes, haveriam de vencer a monarquia insensível aos reclamos populares e aos imensos problemas que, cotidianamente, afligiam as camadas sociais de menor poder. Atraída pela torrente revolucionária, que tinha no Abade Sieyès um dos seus mais ferrenhos panfletários, a multidão destronou a Bastilha, no dia 14 de julho de 1789, derruindo, assim, a prisão mais célebre do reinado de Luiz XVI e Maria Antonieta, proclamando a boa nova que se resumia no hino da vitória: *Alons, enfants de la patrie, le jour de gloire est arrivé*. Estava vencida a Monarquia Absoluta. Era vencedor o povo, ou, mais claramente, o Terceiro Estado².

Segundo o autor, em que pese o Estado Constitucional se iniciar, historicamente, “com a edição das Constituições das colônias americanas que se transformam em estados soberanos e investem contra a metrópole britânica”, foi na Revolução Francesa que se encontra sua expressão máxima, ao promulgar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789³.

¹COURA, Alexandre de Castro. *Tensão entre facticidade e validade no plano da jurisdição constitucional contemporânea*. Coordenadores: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim. Constituição e Processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 16.

² SARAIVA, Paulo Lopo. *Do Estado Liberal ao Estado Social: A Obra Prima de Paulo Bonavides*. O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides, Organizadora: DE MOURA, Lenice S. Moreira. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34 et. seq.

³ Idem. *Ibidem*, p. 36.

Artur Cortez Bonifácio, neste sentido, esclarece que:

Surgido, de forma marcante, no século XVIII, após as revoluções americanas e francesas, no afã de combater o absolutismo reinante, o constitucionalismo teve por ideia básica, de início, instigar um modelo de Estado em que os poderes do Monarca estariam limitados pelas Constituições, favorecendo-se a legalidade e as liberdades públicas, e, em assim o sendo, os direitos individuais dos cidadãos, entre outras predicadas⁴.

Assim, surge o primeiro paradigma constitucional moderno, o Estado Liberal, que “é o Estado legalmente contido, por isso se chamar, também, de Estado de Direito”⁵.

O Estado Liberal, então, surgiu a partir de técnicas que limitavam o poder e prescreviam direitos individuais, onde se buscava assegurar a autonomia privada, limitava a intervenção do Estado e “pautava-se pelo individualismo. Era liberal porque apostava na Lei como proporcionadora de uma liberdade necessária para a convivência humana a partir de uma perspectiva de mercado”⁶.

O princípio da legalidade, âncora do sistema de proteção da autonomia privada, exigia que toda atividade estatal estivesse submetida à Lei. Constrói-se a concepção aritmética e formal do princípio da igualdade, afirmando-se que todos seriam iguais perante a lei. A efetividade da igualdade, então, era obtida basicamente através de um ato legislativo que, universalmente, vinculava os cidadãos à lei.

Daury Cesar Fabríz nos ensina que:

O Constitucionalismo liberal traz de novidade a limitação do poder, por intermédio da separação dos poderes e do estabelecimento de direitos que buscam a proteção dos indivíduos frente ao exercício do poder estatal. Neste sentido, as liberdades públicas colocam-se com fundamentais e fundantes de uma nova percepção do poder. O poder deve ser limitado⁷.

Por sua vez, ao discorrer sobre a separação dos três poderes⁸, alude que este constitui um dos pilares do constitucionalismo moderno:

⁴ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Normatividade e Concretização: A legalidade constitucional*. O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides, Organizadora: MOURA, Lenice S. Moreira de. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212.

⁵ SARAIVA, Paulo Lopo, op. cit., p. 35.

⁶ FABRIZ, Daury Cesar. *Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais*. Constituição e processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Coordenadores: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 144.

⁷ FABRIZ, Daury Cesar. op. cit., p. 145.

⁸ Separam-se as funções do Estado, não o seu Poder. Cf. FILHO, Valmir Pontes. *Poder, direito e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 223 et. seq.

Porém, o princípio usualmente é apreendido exclusivamente em uma perspectiva negativa, como um meio de obstar interferências entre os poderes [...] Resultaria útil, como corretivo da ideia convencional, conceber a separação de poderes também como uma forma de divisão do trabalho, da qual deriva uma distribuição e uma organização mais eficientes das funções governamentais⁹.

Com o surgimento do capitalismo monopolista e a chegada a da Revolução Industrial, a sociedade se transforma e dois fenômenos importantes ocorrem: a urbanização e a concentração de capital.

As pessoas que trabalhavam no campo veem a possibilidade de acumular riquezas trabalhando nas indústrias, ocasionando, assim, o êxodo rural.

Não obstante, com a concentração de capital nas mãos de poucos, testemunha-se um período sem precedentes na exploração do capital pelo trabalho. Esta é a época da formação de grandes conglomerados econômicos e financeiros, “sendo que as jornadas trabalhistas variavam de 16 às 18 horas/dia, com remunerações indignas, levando milhões à faixa de miséria”¹⁰.

Ricardo Castilho nos ensina que a miséria e a exclusão social conduziram ao aumento da marginalidade e da criminalidade, que foi combatido pelo Estado com o uso da força policial, “em suma, a Constituição deixa de representar a proteção dos cidadãos contra o arbítrio estatal, tornando legalmente possível invadir a esfera privada pelo não reconhecimento dos direitos fundamentais à pessoa humana”¹¹.

Estes fatos, aliados aos impactos mundiais decorrentes da Primeira Grande Guerra entre potências imperialistas e a crescente demanda social, levaram a um questionamento do modelo liberal de sociedade. Com o reconhecimento da incompetência do Estado de Direito para garantir a isonomia entre seus membros, deixou claro que não bastava ter liberdade e passou a ser clamado um novo paradigma de Estado, com o escopo de prover direitos e ao mesmo tempo garantir a sua efetivação.

Nos dizeres de Paulo Lopo Saraiva:

(...) As necessidades sociais, evidenciadas, em princípio, pela Revolução Industrial e, posteriormente, pelos movimentos socialistas que se sucedem, ao longo do tempo, demonstram, com clareza, que não basta ao ser humano o atributo da Liberdade, mas há um imperativo maior, que é a própria condição de usufruir dessa liberdade, ou seja, a condição sócia-econômica capaz de admiti-la como pessoa humana. (...). Verificou-se que a posição absentista do Estado não acompanhava a marcha do tempo, de vez que o proletariado, nova classe social, começava a impor sua vontade, através de

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Coord. Clèmerson Merlin Clève, Bruno Meneses Lorenzetto. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 34.

¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*: Del Rey, 2003, p. 10.

¹¹ CASTILHO, Ricardo. *Estado: Elementos Constitutivos, Conceitos, Objetivos e Tipos*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coord. Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 24.

atitudes inusitadas, proclamadoras de uma desconhecida verdade histórica. A sociedade exigia do Estado um outro comportamento. Era o crepúsculo do Estado Liberal. Adviera o Estado Social. O interseccionismo, o controle de segmentos privados, a participação ostensiva do Estado nas mais diversas atividades, tudo fazia concluir que o tipo liberal fora sucedido pelo tipo social¹².

O Estado Social provoca profunda revisão na maneira de agir do Estado, pois, onde o Estado, anteriormente, limitava-se às garantias negativas, neste momento esta posição se inverte, passando o Estado a incluir prestações positivas como atividade estatal¹³, sendo incorporado ao catálogo dos direitos fundamentais novos direitos sociais¹⁴.

Para Marcelo Figueiredo o Estado Social pretende:

Oferecer a todos os cidadãos as mesmas oportunidades no processo econômico, assumindo os poderes públicos a responsabilidade de proporcionar a generalidade daqueles, ou a certos grupos sociais, necessários para garantir uma existência digna e decorosa; ou por dizê-lo na clássica terminologia utilizada pela literatura alemã, para velar por uma “procura existencial”¹⁵.

Assim, diversamente do Estado Liberal, onde se buscava assegurar uma igualdade perante a Lei, no novo paradigma de Estado se busca criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana, a igualdade, desviando-se do aspecto meramente formal (*criar Leis*) e assumindo uma concepção material (*efetivar as Leis*), inovadora, permitindo a consecução da lição de Aristóteles: Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Neste sentido se posicionou Ruy Barbosa em sua obra *Oração aos Moços*, vejamos:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualdade aos desiguais, na medida que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcional à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (...) Tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualmente flagrante, e não igualdade social¹⁶.

¹² SARAIVA, Paulo Lopo. Ibid, p. 37.

¹³ [...] este sentido *prestacionista* marca o chamado Estado Social, sendo de acrescentar, no plano interno, que os direitos sociais foram incluídos já com a Constituição de 1934, e ganharam definitiva visibilidade por meio dos compromissos e diretivas assumidos pela atual Constituição. Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. Ibidem, p. 213.

¹⁴ O constitucionalismo do entre guerras motivou textos constitucionais inovadores no que se refere ao conteúdo, iniciando-se no México em 1917, com a constitucionalização da função social da propriedade, e em 1919, na Alemanha, que instituiu a República de Weimar. Cf. FABRIZ, Daury Cesar. Ibidem, p. 143.

¹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Direito constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 195.

¹⁶ BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Ruy Barbosa, 1999, p. 26.

O Estado Social busca, assim, assegurar condições para que aqueles em desvantagem possam se igualar àqueles que estão em condições de vantagem e, com isso, garantir igualdade entre as partes, isto é, deixa de ser meramente formal e passa a ser material. Durante este período, como nos ensina Flávia Piovesan:

Começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos, não mais se limitavam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional¹⁷.

No século XX, a partir da década de 70 (setenta), o paradigma do Estado social também deixa de ser satisfatório aos anseios da sociedade. As sucessivas crises econômicas que abateram o Brasil ao longo da década de oitenta e início de noventa, juntamente com as posturas neoliberais adotadas pelo Estado, agravaram ainda mais a precariedade dos direitos sociais¹⁸.

Destarte, no esteio de novos movimentos sociais, o Estado Democrático de Direito emerge¹⁹ como uma alternativa de superação para o Estado Social²⁰.

A tentativa da construção de um novo paradigma no Brasil, não obstante, ocorre somente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que, em seu art. 1º, afirma que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado democrático de direito*”²¹.

Como bem observa José Afonso da Silva, “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito”, para o jurista:

Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. Ed., ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 200 et. seq.

¹⁸ SIQUEIRA, Dirceu Pereira, ALVES, Fernando de Brito. *Cidadania e direitos sociais*. Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Organizadores: Dirceu Pereira Siqueira e Fernando de Brito Alves: Editora Boreal. 1 ed. Birigui, SP. 2011. p. 169.

¹⁹ Creio que não há nenhuma dúvida quando afirmamos que partimos de um Estado Liberal no século XIX para um Estado de Direito no século XX e para um Estado Social, ou mesmo para um Estado Democrático e Social de Direito no século XXI. FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibid*, p. 195.

²⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Os princípios do Estado de Direito e dos Direitos fundamentais sob os paradigmas jurídicos modernos*. In: Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 62.

²¹ O fato de se autoproclamar democrática não significa que o texto de 1988 estabeleceu uma ruptura com o liberalismo e com o estado social. Uma constituição política vai além do seu texto. O Estado democrático de direito instituído em 1988 buscou denotar o respeito às liberdades públicas, aos direitos fundamentais sociais e a uma convivência a partir do respeito com a participação de todos os cidadãos na construção da verdade socialmente construída e reconhecida. Cf. FABRIZ, Daury Cesar. *Ibidem*, p. 146.

República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a constituição aí já o está proclamando e fundando²².

Para Daury Cesar Fabriz, o Estado Democrático de Direito busca promover a igualdade “a partir da participação ativa do povo na tomada de decisões. Essa participação teria por condão a transformação do *status quo* tendo por intermédio o direito como instrumento emancipatório”²³.

Destarte, no paradigma do Estado Democrático de Direito as regras do jogo se estabelecem a partir do acatamento à Constituição como limitadora do Poder²⁴. Marcelo Figueiredo leciona que as Constituições latino-americanas, por intermédio de tratados ou mesmo de avanços em seus textos, passaram a reconhecer de forma generosa “os direitos constitucionais internacionais dos direitos humanos”²⁵.

Destarte, considerando que a internacionalização dos direitos humanos tem ligação direta com a evolução do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, antes de se abordar a constitucionalização no Estado Democrático de Direito, passa-se a analisar o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que, para Flávia Piovesan “constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”²⁶ e como o referido sistema de proteção pode afetar as decisões internas.

3 - INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, os direitos humanos são:

Direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos que

²² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 123.

²³ FABRIZ, Daury Cesar. *Ibidem*, p. 147.

²⁴ *Idem*. *Ibid.* p. 150.

²⁵ Cf. FIGUEIREDO, Marcelo, *Ibidem*, p. 264.

²⁶ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6^a Ed. rev., ampl. e atual.: São Paulo: Saraiva, 2015, p.43.

estabelecem um nível protetivo (*standard*) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional²⁷.

André de Carvalho Ramos, por sua vez, define os Direitos Humanos como “um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”²⁸.

Alexandre Travessoni Gomes, leciona que “são direitos subjetivos fundamentais, isto é, direitos subjetivos que fundamentam os demais direitos”²⁹. Já Dircêo Torrecilhas Ramos cita Dalmo Dallari para afirmar que “são direitos que estão acima da vontade dos governantes”³⁰.

Em que pese as expressões, direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usados como sinônimos comumente, cujo significado são aqueles direitos destinados a criar e manter os pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana, contudo, mister se faz distinguir as referidas terminologias. Valério de Oliveira Mazzuoli faz a seguinte diferenciação terminológica:

a) *Direitos do homem*. Trata-se de expressão de cunho jusnaturalista que conota a série de direitos naturais (ou seja, ainda não positivados) aptos à proteção global do homem e válidos em todos os tempos. (...)

b) *Direitos fundamentais*. Trata-se de expressão afeta à proteção *interna* dos direitos dos cidadãos, ligada aos aspectos ou matizes *constitucionais* de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas. São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Tais direitos devem constar de todos os textos constitucionais, sob pena de o instrumento chamado *Constituição* perder totalmente o sentido de sua existência (...).

Como se nota, ambas as expressões analisadas – *direitos do homem* e *direitos fundamentais* – diferem do conceito de “direitos humanos” por versarem direitos que, ou não estão inscritos em quaisquer textos (“direitos do homem”), ou estão apenas previstos na ordem jurídica interna dos Estados (“direitos fundamentais”). Assim, quando se fala em “direitos humanos”, está-se a referir aos direitos inscritos (positivados) em tratados ou previstos em costumes internacionais. Trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e ascenderam ao plano de proteção *internacional*³¹.

²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 19.

²⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 19.

²⁹ GOMES, Alexandre Travessoni. *Direitos humanos e direito penal*. Constituição e democracia: fundamentos. Coord. GALUPPO, Marcelo Campos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 34.

³⁰ RAMOS, Dircêo Torrecilhas. *Direitos Fundamentais e sua Proteção no Estado Federal*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 319.

³¹ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, op. cit., p. 20. (...) *direitos do homem* e *direitos fundamentais* – diferem do conceito de “direitos humanos” por versarem direitos que, ou não estão inscritos em quaisquer textos (“direitos do homem”), ou estão apenas previstos na ordem jurídica interna dos Estados (“direitos fundamentais”). Assim, quando se fala em “direitos humanos”, está-se a referir aos direitos inscritos (positivados) em tratados ou previstos

Para Wal Martins, os *direitos sociais* estão umbilicalmente ligados aos direitos humanos, pois:

Estes correspondem aos princípios morais que devem fornecer a garantia de satisfação das condições mínimas para realização de uma vida digna. Devendo-se entender por vida digna uma vida em que o indivíduo possa satisfazer suas necessidades básicas e possa respeitar a si mesmo³².

Ricardo Castilho nos recorda que o Estado Social Fascista se torna responsável pelo desencadeamento da Segunda Guerra Mundial e “em consequência da insana violência que informava o fascismo e o nazismo, restou interrompida a evolução do Estado Constitucional”³³.

Esta interrupção da evolução do Estado Constitucional, levou Flávia Piovesan, a lecionar que a internacionalização dos Direitos Humanos constitui um movimento extremamente recente na história:

Surgindo, a partir do Pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo. Apresentado o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. [...] É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humano, paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea³⁴.

Destarte, o movimento de internacionalização dos direitos humanos surgiu após a Segunda Guerra³⁵, “como decorrência do período sombrio do Holocausto que ensanguentou a Europa de 1939 a 1945”³⁶, com o principal objetivo de “impedir que atrocidades como aquelas praticadas durante o nazismo não mais ocorressem”³⁷. Valério de Oliveira Mazzuoli ao tratar do tema, alude que:

em costumes internacionais. Trata-se, em suma, daqueles direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e ascenderam ao plano de proteção *internacional*.

³² MARTINS, Wal. *Direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 21.

³³ CASTILHO, Ricardo. *Ibid*, p. 25.

³⁴ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6ª Ed. rev., ampl. e atual.: São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

³⁵ O “direito do pós-guerra”. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 46.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura E aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, Edição Especial Dr. Rômulo Gonçalves, 2012. p. 86.

³⁷ LIMA, Renata Mantovani de e ALVES, Lucélia de Sena. *A efetividade do ativismo jurídico transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil*. Revista de Direito Internacional. Volume 10, nº. 2, 2013, Proteção Internacional da Pessoa Humana, p. 239.

O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, constituiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com o intuito de impedir que atrocidades daquela natureza jamais viessem novamente a ocorrer no planeta³⁸.

Contudo, como nos ensina Flávia Piovesan: “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução”³⁹.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção de direitos com o propósito de “proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção de sexo, raça, língua ou religião”⁴⁰, sendo criado, então, em 1945⁴¹, a Organização das Nações Unidas - ONU⁴².

Conforme nos ensina Carla Ribeiro Volpini Silva, a ONU “através da Carta que a constituiu, determinou uma série de direitos e deveres aos seus Estados-Membros, como forma de se estabelecer um convívio harmônico entre os Estados”⁴³, sendo um instrumento global de proteção dos direitos humanos, “criando uma sistemática internacional de proteção mediante a qual tornou-se possível a responsabilização do Estado no plano externo, quando, internamente, os órgãos competentes não apresentem respostas satisfatória a proteção desses direitos”⁴⁴.

Juntamente com o Sistema Global, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos conta com instrumentos de caráter regional.

Atualmente existem 3 (três) sistemas regionais principais, visando internacionalizar os Direitos Humanos, quais sejam: o Europeu, o Interamericano e o Africano, todavia, impende

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 65.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. Ed., ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 202.

⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 81.

⁴¹ Antes dessa data também existiam normas que podiam ser consideradas, em parte, como de proteção dos direitos humanos; faltava, entretanto, um sistema *específico* de normas que protegesse os indivíduos na sua condição de seres humanos. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 52.

⁴² A Carta da ONU é a Certidão de Nascimento Original da Internacionalização do Direito. Cf. GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura e aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, Edição Especial Dr. Rômulo Gonçalves, 2012. p. 91. Ver também RAMOS, André de Carvalho. *Ibidem*, p. 50.

⁴³ SILVA, Carla Ribeiro Volpini. *A Cultura Como Dimensão dos Direitos Humanos e as Organizações Internacionais que tratam de sua Proteção e Promoção*. Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional: Coleção direitos fundamentais Individuais e coletivos. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Belo Horizonte: Arraes Editores, Vol. 2, 2010, p. 71 et. seq.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 66.

consignar, por mister, que o sistema global e os sistemas regionais dos direitos humanos são complementares⁴⁵, coexistem harmoniosamente.

Ao passo que no sistema global se tem uma normatização mínima, os sistemas regionais devem ir além, adicionando novos direitos levando em consideração as diferenças peculiares da região.

Flávia Piovesan cita Christof Heyns e Frans Viljoen quando estes afirmam que:

Enquanto o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que têm os sistemas nacionais, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea, e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em caso de violações. (...) Um efetivo sistema regional pode consequentemente complementar o sistema global em diversas formas⁴⁶.

Em razão da proposta do trabalho, será abordado apenas o sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, que tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos é dividido entre a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

Valério de Oliveira Mazzuoli aduz que a Corte possui competência no Sistema Interamericano para:

(...) processar e julgar um Estado-parte (na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) por violação dos direitos humanos de pessoa sujeita à sua jurisdição. Não importa a nacionalidade da vítima que sofreu a violação de direitos humanos, bastando que o cidadão tenha sido violado em seus direitos no âmbito da jurisdição de um Estado-parte na Convenção Americana (que tenha aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana)⁴⁷.

Como podemos aferir, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julga Estado-Membro da Convenção Americana, ou Estado Parte como prefere Valério de Oliveira Mazzuoli, e protege os indivíduos, quaisquer que sejam suas nacionalidades e independe do

⁴⁵ Todos esses sistemas de proteção dos direitos humanos (o global e os regionais) devem ser entendidos como coexistentes e complementares um dos outros, uma vez que direitos idênticos são protegidos por vários desses sistemas ao mesmo tempo, cabendo então ao indivíduo escolher qual o aparato mais favorável deseja utilizar a fim de vindicar, no plano internacional, seus direitos violados. Cf. Idem. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 49.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional*. 6. Ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100 et. seq.

⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 35.

lugar em que se encontrem⁴⁸, bastando que a violação tenha ocorrido na jurisdição de um dos Estados Membros.

Destarte, competente a Corte conhecer e julgar somente os casos em que envolva um Estado Membro. Pessoas, grupos ou entidades *não* possuem capacidade de peticionar junto a mesma⁴⁹. Todavia, “a vítima de uma violação pode peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos”⁵⁰.

A CIDH, então, é, dentro do Sistema Interamericano, a responsável por receber denúncias realizadas por pessoas, grupos, entidades e instituições e segundo o art. 22, 1, do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “os idiomas oficiais da Comissão serão o espanhol, o francês, o inglês e o português”, ou seja, os quatro idiomas oficiais da Organização dos Estados da América - OEA⁵¹.

Não obstante, a referida Comissão não possui competência para condenar, haja vista seu caráter *não* contencioso, tendo como atribuição apenas recomendar os países por ela julgados.

Marcelo Figueiredo diferencia a Corte da Comissão nos seguintes termos:

A corte, estabelecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (elaborada em 1969 e posta em vigor em 1978), é um órgão unicamente judicial que tem por atribuição resolver disputas individuais encaminhadas pela Comissão (jurisdição contenciosa), bem como tem o poder de emitir Opiniões Consultivas, a partir da requisição dos Estados-membros da OEA, da comissão e de outros órgãos da OEA. A Comissão Interamericana recebe e processa petições individuais de alegações de violações dos direitos humanos garantidos no sistema interamericano. Para encaminhar uma petição para a Comissão, é preciso que tenham sido esgotados os recursos internos, ou que se apresente uma exceção válida para essa regra. O litígio naturalmente pode chegar à Corte Interamericana. Se isso ocorrer, a Comissão pode deixar de ser árbitro e passa a ser parte: ela se torna a petionária perante a Corte, contra o Estado acusado na petição inicial de ter violado direitos⁵².

⁴⁸ Cf. Idem. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 64.

⁴⁹ Flávia Piovesan argumenta que a justicialização deve ser aprimorada, e, dentre as quatro propostas de melhoramento apresentado pela autora, esta propõe uma “demanda por maior democratização do sistema, permitindo o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana – hoje restrito apenas à Comissão e aos Estados.” Cf. PIOVESAN, Flávia, *A justicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_justicializacao_sip_oea.pdf. p. 22. Acesso em: 09/11/2016.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 35.

⁵¹ A Organização dos Estados da América foi criada para alcançar nos Estados membros, como estipula o Artigo 1º da Carta, “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”.

⁵² FIGUEIREDO, Marcelo, *Ibidem*, p. 177.

Para que não haja dúvidas, a falta de solução do caso no sistema interamericano de Direitos Humanos (regional), não impede a vítima de procurar a pretendida solução no sistema global, sendo a recíproca verdadeira⁵³.

A partir da aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos, que ocorreu em 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993⁵⁴, o Direito Internacional adota inúmeros tratados com o escopo de proteger os direitos humanos, criando obrigações jurídicas para o Estado que os ratificassem.

Assim, “é como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos”⁵⁵, nasce, assim, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos⁵⁶.

Flávia Piovesan leciona que o Sistema Internacional de proteção de direitos humanos:

É integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invoca o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – “do mínimo ético irredutível”⁵⁷.

Cabe ao Estado em sua ordem interna estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles. Flávia Piovesan, demonstrando a importância da nova ordem política instalada no País, nos ensina que:

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira⁵⁸.

A autora destaca, ainda, a importância desse avanço para a ratificação de importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos, *in verbis*:

⁵³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 49.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional*. 6. Ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

⁵⁵ *Idem*. op. cit., p. 47.

⁵⁶ Revolucionou-se, a partir desse momento, o tratamento da questão relativa ao tema dos direitos humanos, especialmente pelo fato de que, desde então, os Estados passaram a obrigar-se *por meio de tratados* para com a proteção jurídica desses direitos. Colocou-se, ademais, o ser humano num dos pilares até então reservados aos Estados, alçando-o à categoria de *sujeito* do direito internacional público. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 67.

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 49.

⁵⁸ *Idem*. op. cit., p. 94.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 - especialmente no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais - foram fundamentais para a ratificação desses importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos. Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos por ele assegurado⁵⁹.

Assim, forçoso reconhecer a relação entre a internacionalização dos Direitos Humanos e o processo de democratização do Brasil. Não há dúvidas do avanço significativo do Estado Brasileiro pós Segunda Guerra Mundial, no que concerne à adesão ao movimento internacional dos direitos humanos⁶⁰. Em verdade, o Estado brasileiro é signatário de quase todos tratados internacionais sobre direitos humanos⁶¹, “tanto no sistema global como do sistema regional interamericano”⁶², sendo que estes conferem o efeito jurídico e a força obrigatória aos direitos naqueles reconhecidos, integrando, assim, o ordenamento jurídico interno ao serem aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente da República.

Impende consignar, por oportuno, que o Brasil, no que concerne ao direito à saúde, é signatário do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966 e publicado para produzir efeitos no direito interno por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, e no Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador, publicado para produzir efeitos no direito interno por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

Em que pese o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais ter sido assinado em 1966, somente ingressou na ordem jurídica interna em 1992. Dentre os vários fatores possíveis, importante ressaltar que, como se verá, havia incompatibilidade do disposto no Pacto e no direito interno vigente à época, pois, antes do Sistema Único de Saúde – SUS, o direito à saúde era garantido, basicamente, apenas para os trabalhadores com vínculo formal e seus dependentes.

⁵⁹ Idem. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*, Organizadora: Lenice S. Moreira de Moura. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura e aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, Edição Especial Dr. Rômulo Gonçalves. 2012, p. 92.

⁶¹ Cf. PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. Ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 273.

⁶² GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. Cit., p. 92.

Para Flávia Piovesan, no esforço de reconstrução dos Direitos Humanos do Pós-Guerra, era necessária uma nova feição do Direito Constitucional Ocidental, aberto a princípios e a valores, sobretudo, com ênfase no valor da dignidade humana⁶³. Em sua obra *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, Flávia Piovesan, demonstrando a importância da nova ordem política instalada no País, nos ensina que "os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil"⁶⁴.

Neste sentido Susana Camargo Vieira, *in verbis*:

Diz-se muito que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – a *Constituição Cidadã* – o Brasil ingressou de vez na era dos Direitos Humanos. É bem verdade que a nova Constituição deu grande respaldo à luta interna pelos Direitos Humanos, e foi fundamental para que o país se integrasse melhor em projetos e ações nesse campo. É importante, todavia, lembrar a quem não viveu em tempos menos democráticos, a importância da pressão exercida por organismos internacionais (governamentais ou não) durante os processos de redemocratização e constituinte, para que a Constituição de 88 garantisse o que hoje garante. E isso aconteceu por vir o país participando há muito de declarações, iniciativas, convenções e tratados internacionais sobre o assunto⁶⁵.

Na lição de Flávia Piovesan, o Direito Internacional e o Direito Interno se integram e auxiliam mutuamente, e os grandes beneficiários são as pessoas protegidas.

No que concerne aos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, Valério de Oliveira Mazzuoli leciona que:

(...) pode-se entender que a Constituição de 1988 estabeleceu um "sistema único diferenciado" de integração dos atos internacionais, um aplicável aos tratados *comuns* (incorporação mediante promulgação pelo Poder Executivo depois de ratificados) e outro aplicável aos tratados de *direitos humanos* (incorporação imediata após a ratificação). Assim o fazendo, demonstrou a Constituição a importância e prevalência que devem ter os instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana, que são normas internacionais que não visam a salvaguarda dos direitos dos Estados, senão a proteção *das pessoas* sob a jurisdição de uma dada soberania⁶⁶.

⁶³ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional*. 6. Ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

⁶⁴ Idem. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. Ed., ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94.

⁶⁵ VIEIRA, Susana Camargo. *A inserção do Brasil nos Sistemas Internacionais e Regional de Proteção aos Direitos Humanos*. Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional: Coleção direitos fundamentais Individuais e coletivos. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Belo Horizonte: Arraes Editores, Vol. 2, 2010, p. 483 et. seq.

⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 159.

Analisando a nossa Carta Política, podemos aferir que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a *dignidade da pessoa humana* e a *soberania*.

Para Flávia Piovesan, “seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (...), a dignidade da pessoa humana é o princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade”⁶⁷.

Assim, a internacionalização dos Direitos Humanos, influenciou diretamente na inserção de novos Direitos Fundamentais na Constituição, dentre eles, o direito à saúde.

Não obstante, como fica a soberania do País? Mônia Clarissa Hennig Leal, leciona que a soberania:

Aparece associada a uma ideia de supremacia, de um poder que não está submetido a qualquer outro, seja no âmbito interno, seja no âmbito externo (nas relações do Estado soberano com os demais Estados, também soberanos, pois especialmente aí não há nenhum poder superior – todos são iguais em suas prerrogativas, não se admitindo qualquer ingerência)⁶⁸.

O Direito Internacional, assim, rompe “com o conceito de soberania estatal absoluta (que concebia o Estado como ente de poderes ilimitados, tanto interna como internacionalmente) e admitindo intervenções externas no plano nacional, para assegurar a proteção de Direitos Humanos violados”⁶⁹. O indivíduo surge como sujeito do Direito Internacional Público.

(...) ao mesmo tempo em que o discurso do Estado Nacional e da soberania produziram uma monopolização da força na ordem interna, produziram, na ordem externa, uma descentralização – marca distintiva do Direito Internacional desde então – já que, com a conformação do poder em bases territoriais, se produz uma horizontalização das relações entre Estados com igual soberania⁷⁰.

O Sistema de Proteção dos Direitos Humanos então, visa responsabilizar um Estado (Potência Soberana) pela prática de um ato atentatório ao Direito Internacional e em desfavor da Dignidade de pessoas ou de Direitos de outros Estados, estabelecendo determinada reparação pela injusta violação.

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. Ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 101.

⁶⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?* Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 3. 2014, p. 130.

⁶⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. cit., p. 46.

⁷⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ibidem*, p. 130.

Para Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria, contudo, as Cortes internacionais não possuem “*enforcement* sobre suas sentenças, de modo que, quando os Estados optam por cumpri-las, o fazem preocupados essencialmente com uma possível sanção política ou em eventual perda de reputação no âmbito internacional”⁷¹.

Assim, forçoso reconhecer que os Direitos Fundamentais adotados pela Constituição Federal de 1988 tiveram influência direta da internacionalização dos Direitos Humanos.

4 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O “DIREITO POR PRINCÍPIOS”

Artur Cortez Bonifácio conceitua a Constituição como:

Lei fundamental do Estado, um sistema normativo aberto que regula e estrutura as atividades jurídicas, políticas, social, econômica e cultural do Estado e a vida em sociedade, limitando os poderes do Estado e garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos. É um sistema composto por normas, como gênero, e princípio e regras como espécie⁷².

⁷¹ SILVA, Alice Rocha da e ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, Volume 5, número especial 2015, p. 398.

⁷² BONIFÁCIO, Artur Cortez, *Ibidem*, p. 211.

No que concerne aos princípios e a nova ordem jurídica instalada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, Marcelo Figueiredo leciona que à Constituição Federal de 1988:

Possui um elenco extenso de direitos fundamentais sociais, fazendo com que o constitucionalismo pós-positivista se manifeste na teoria contemporânea do “Direito por princípios”, atribuindo aos aspectos de valoração um espaço importantíssimo na interpretação de princípios fundamentais e de normas principiológicas – como os Direitos Fundamentais – bem como outros conceitos constitucionais abertos, irradiando para os campos do Direito Administrativo e do Direito Civil⁷³.

Assim, as teorias contemporâneas firmam-se no culto à Constituição, consolidando-se no chamado “direito por princípios”. A constitucionalização do Estado Democrático de Direito⁷⁴, exige uma interpretação adequada dos princípios e regras, espécies que compõem o repertório normativo no Brasil.

Robert Alexy, em sua obra teoria dos Direitos Fundamentais, nos ensina que:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas⁷⁵.

Ainda para o autor a distinção⁷⁶ entre regras e princípios *é uma distinção qualitativa*, onde:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

⁷³ FIGUEIREDO, Marcelo, *Ibidem*, p. 197.

⁷⁴ Júlia Garcia Silva de Azevedo e Lílian Nassara Miranda Chequer citam Gregório Assagra Almeida ao aduzirem que a finalidade do Estado Democrático de Direito “é a transformação da realidade social com a implantação, em processo democrático, dinâmico e constante, da igualdade material”. Cf. AZEVEDO, Júlia Garcia Silva de, CHEQUER, Lílian Nassara Miranda. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas Educacionais*. in *Constitucionalismo Social (Políticas Públicas e Privadas de Proteção Social)*, coord. Edilene Lôbo e Carlos Alberto Simões de Tomaz. Volume 1, Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2015, p. 141.

⁷⁵ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução: Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, 5ª edição alemã, 2015, p. 87.

⁷⁶ [...] a distinção entre regras e princípios poderá ser utilizada como estratégia argumentativa dinâmica para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, à luz de cada caso concreto. Cf. COURA, Alexandre de Castro. *Ibidem*, p. 17.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau⁷⁷.

Os princípios, então, fundamentam todas as demais regras, logo, devemos compreender as regras constitucionais como normas que concretizam os princípios. Diante destas considerações, forçoso reconhecer a necessidade de harmonização entre regras e princípios, pois, aquelas serão válidas apenas se estiverem em conformidade com o(s) princípio(s) que a fundamenta(m).

Mister consignar o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra⁷⁸.

Verdadeiramente, após a Constituição Federal de 1988, marco jurídico⁷⁹ de transição para o regime democrático⁸⁰, ampliou sobremaneira o campo dos Direitos Humanos e garantias fundamentais, “colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”⁸¹.

Neste contexto não podemos fechar os olhos para os princípios e em especial o princípio da dignidade humana. Flávia Piovesan, leciona que é justamente neste princípio que:

A ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim,

⁷⁷ ALEXY, Robert, *Ibidem*, p. 90 et. seq.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Atos Administrativos e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 88.

⁷⁹ Cf. Daury Cesar Fabriz para quem: 1988 constituiu um marco no existencialismo político brasileiro. O texto de 1988 teve o condão de buscar transformação da sociedade brasileira. Somos mais iguais apesar de toda desigualdade. O texto de 1988 motivou o debate sobre a importância do direito constitucional e a partir daí buscou-se formas de efetivação do mesmo. FABRIZ, Daury Cesar. *Ibidem*, p. 145.

⁸⁰ Cf. FIGUEIREDO, Marcelo, *Ibidem*, p. 189. “Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia. O texto de 1988 tem um forte compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como preocupa-se em mudar as relações políticas, sociais econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana”.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

a dignidade humana como verdadeiro superprincípio constitucional, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno⁸².

Destarte, o princípio da dignidade humana fundamenta as demais regras, sendo defeso ao operador do direito analisar qualquer regra dissociada dos princípios.

Para se assegurar os direitos sociais garantidos pela Constituição o Estado tem que cumprir com seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva. Para tal, o Estado fixa e implementa *políticas públicas*, (igualitárias e universais por natureza) por intermédio da função legislativa (leis) e da função administrativa (planejamento e ações de implementação), cujo representantes foram democraticamente eleitos pelo povo.

É por meio da formulação e execução de políticas públicas que o Estado concretiza os Direitos Fundamentais sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), nos tratados internacionais que integram a ordem jurídica brasileira e na legislação em geral.

Em que pese esta responsabilidade ser atribuída pela Carta Política aos Poderes Legislativo e Executivo, estes frequentemente se omitem, permanecendo inertes, ou executam políticas públicas inadequadas para satisfazer aos anseios da população, desrespeitando, assim, o que preceitua a Constituição da República.

Como bem lembrado por Onofre Alves Batista Júnior:

No Brasil, no campo fático, eram comuns as omissões estatais e as prestações sociais insuficientes e inadequadas; no campo jurídico predominava, na jurisprudência, no domínio dos direitos sociais, a “teoria das normas constitucionais de eficácia diferida”, classificação desenvolvida por José Afonso da Silva (normas de eficácia plena, normas de eficácia contida, normas de eficácia limitada), ou sejam, as normas de direitos sociais, predominantemente, eram consideradas “normas programáticas”⁸³.

Não obstante, em que pese o extenso rol de direitos sociais incluídos na sessão dos *Direitos Fundamentais*, em especial nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, “em que consagra expressamente um rol de direitos sociais de natureza prestacional, dotados de fundamentalidade”⁸⁴, o Poder Legislativo, muita das vezes era omissos em criar leis infraconstitucionais para produzir efeitos e dar efetividade aos direitos sociais garantidos pela Carta Política.

⁸² Idem. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. Ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100 et. seq.

⁸³ JÚNIOR, Onofre Alves Batista. *A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do judiciário*. Constituição e processo: entre o direito e a política. Coord. MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 279 et. seq.

⁸⁴ Idem. op. cit., p. 280.

Sem a pretensão de se trabalhar a teoria da Constituição Simbólica de Marcelo Neves⁸⁵, este leciona que há indícios de uma legislação simbólica: “quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condição de cria-los”⁸⁶.

Segundo o referido autor, o que distingue a legislação simbólica é “a prevalência do seu significado “político-ideológico” latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente”⁸⁷.

Percebendo o perigo para a efetivação dos Direitos Fundamentais que a classificação das “normas constitucionais programáticas” portava, a doutrina pátria começou a se multiplicar em críticas⁸⁸. Onofre Alves Batista Júnior atribui a doutrina germânica a ideia de que os direitos sociais são direitos a prestações originárias, vejamos:

A doutrina germânica, em especial nos anos de 1950 a 1970, na “década de ouro” da economia do Século XX, quando o Ocidente assistiu a progresso econômico que chegou a se imaginar sem fim, concebeu a tese de que os direitos sociais são direitos a prestações originárias. Sob influxo do constitucionalismo alemão de índole social-democrata, no plano da doutrina, passou a prevalecer no Brasil, em especial a partir dos anos 80, a ideia de que os direitos sociais constitucionalmente previstos geram direitos subjetivos públicos passíveis de serem arguidos pelo administrado perante o Judiciário. Em outras palavras, a doutrina se inclinou por defender o primado dos direitos sociais e a sua plena efetividade.

Segundo o ensinamento de Marcelo Figueiredo, quem foi o primeiro a sustentar:

A possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de cinquenta, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso I, da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa ficaria sacrificada⁸⁹.

Como se verifica, Marcelo Figueiredo leciona que o Professor alemão Otto Bachof foi o precursor da tese de que o princípio da dignidade humana carece de uma garantia mínima positiva por parte do Estado.

⁸⁵ NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, 3ª ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 19.

⁸⁶ Marcelo Neves, cita Luhmann, quando esse afirma que: Verdade, amor, propriedade/dinheiro, poder/direito, arte, crença religiosa e “valores fundamentais” constituem exemplos de “meios de comunicação *simbolicamente* generalizados. Idem, op. cit., p. 31.

⁸⁷ Idem, op. cit., p. 29.

⁸⁸ JÚNIOR, Onofre Alves Batista. *Ibidem*, p. 281.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibidem*, p. 175.

Gianpaolo Poggio Smanio nos ensina que:

A redemocratização do país fez crescer a percepção de que a efetivação dos direitos sociais depende de políticas eficazes que devem ser elaboradas e realizadas pelo Estado, em parceria com a sociedade civil organizada, mas, sobretudo, deve haver um controle efetivo sobre esas políticas e a forma de sua consecução⁹⁰.

Para Eduardo Cambi e Diego Nassif da Silva, o Poder Judiciário ganhou poder e hoje é no judiciário:

Que se desvelam das mais singelas pretensões até as mais importantes cartadas do jogo político-democrático brasileiro. Assim, da *politização do judiciário*, decorrente da superação do Estado (impolítico) de Direito, passou-se à *judicialização da política*, por força de um hipertrofiamento do judiciário, avançando para além dos limites da “tripartição de poderes”.⁹¹

Para Valmir Pontes Filho, tal raciocínio decorre da constatação, hoje ausente de dúvidas:

De que não pode haver norma constitucional (principiológica, especialmente) despida de eficácia (ou aplicabilidade), entendida esta como a “... possibilidade técnico-jurídica de aplicação de uma norma, ou seja, sua potencialidade ou aptidão para produzir efeitos jurídicos, uma vez ocorrida a hipótese fática correspondente (e atendido, se for o caso, o pressuposto de “validade”). (...) Sejam, pois, as normas da Constituição, de organização, definidoras de direitos e programáticas, ou concessivas de poderes jurídicos, concessivas de direitos e meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida, todas, indistintamente, são dotadas de eficácia jurídica, já que exigem uma dada conduta (é dizer, uma atuação positiva ou negativa), quer dos órgãos estatais, quer dos cidadãos⁹².

Gelson Amaro de Souza e Karina Denari Gomes de Mattos citam Luís Roberto Barroso ao lecionarem que “a efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania”⁹³.

⁹⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania*. O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. Organizadores. Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolin. São Paulo: Atlas. 2013, p. 3.

⁹¹ CAMBI, Eduardo e SILVA, Diego Nassif da. *Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Organizadores: Dirceu Pereira Siqueira e Fernando de Brito Alves: Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. Birigui/ SP: Editora Boreal, 1 ed., 2011, p. 124.

⁹² FILHO, Valmir Pontes. *Ibidem*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 219.

⁹³ SOUZA, Gelson Amaro de e MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas de saúde: o Impacto da Tutela Jurisdicional de Medicamentos no SUS*. Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos. Organizadores: Dirceu Pereira Siqueira e Fernando de Brito Alves. 1. Ed. Birigui/SP: Boreal Editora. 2001, p. 249.

Neste arcabouço de mudanças, a partir do texto constitucional, os Direitos Fundamentais passam a ser objeto de efetiva apreciação do Poder Judiciário, que além de aferir a obediência ao princípio da legalidade e dos elementos predominantemente vinculados, ultrapassa essa fronteira para também aferir a juridicidade dos elementos predominantemente discricionários do ato administrativo.

Conforme nos ensina Virgílio Afonso da Silva, a previsão de direitos sociais na Constituição brasileira (ou em qualquer outra Constituição) não pode ser encarada como se fosse simples "lírica constitucional"⁹⁴.

Destarte, neste novo contexto, o Poder Judiciário passa a ter um papel importante nas controvérsias sociais e políticas do país. Neste sentido Marcelo Figueiredo, vejamos:

A Constituição passou a ser encarada com uma autêntica norma jurídica, e não mera enunciação de princípios retóricos, e ela tem sido cada vez mais invocada pela Justiça, inclusive contra os atos ou omissões inconstitucionais dos poderes majoritários. Uma análise histórica desapassionada concluiria que, se ainda estamos longo de atingir o ideário do Estado Democrático de Direito, a distância hoje é menor do que foi em qualquer outro momento da trajetória institucional do país⁹⁵.

Neste ponto, importante trazer a lume o ensinamento de Artur Cortez Bonifácio, para quem “a constituição não deve ser concebida como o centro do qual tudo deriva por irradiação da soberania estatal, mas como o centro para o qual tudo deve convergir”⁹⁶, ou seja, devemos compreender a Constituição como o objetivo a ser alcançado pelo Estado com o escopo de proteger e garantir os Direitos Fundamentais.

5 - A SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES

Conforme nos ensina Cintia Garabini Lages e Renata Mantovani de Lima, Aristóteles⁹⁷ foi o primeiro teórico da separação dos poderes, tendo o mesmo afirmado que “em todo governo existem três poderes essenciais: o que delibera sobre os negócios do Estado, o que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado e o que abrange os cargos de jurisdição”⁹⁸.

⁹⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*, in *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*, coord. Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 588.

⁹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibidem*, p. 190.

⁹⁶ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Ibidem*, p. 218.

⁹⁷ Já em Aristóteles encontramos a ideia de que as atividades estatais estariam divididas em dois momentos: o da criação do direito (que corresponde à atividade legislativa) e outro, posterior, atinente à sua aplicação ou execução. Cf. FILHO, Valmir Pontes, *Ibid.* p. 224

⁹⁸ LAGES, Cintia Garabini, LIMA, Renata Mantovani de. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade e Judicialização da Política: uma análise à luz do Princípio da Supremacia da Constituição*. Democracia, Direitos

Posteriormente, desenvolvendo a teoria de Aristóteles, John Locke sustentou que o Poder Legislativo era superior aos demais Poderes. Porém, para Valmir Pontes Filho, quem insculpiu o princípio da separação orgânica do Poder foi Montesquieu, de maneira indelével, “sustentando que a cada órgão do Estado deveria caber uma das três (como ele as imaginou inicialmente) funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional”⁹⁹.

Celso Bandeira de Mello ao citar o Barão de Montesquieu, nos ensina que foi este o pensador que deu forma à ideia da tripartição dos poderes (Legislativo, Executivo e Judicial)¹⁰⁰, com o escopo de impedir a concentração de poderes, vejamos:

(...) É uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! a própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder¹⁰¹.

Jean Carlos Dias, por sua vez, nos ensina que a separação dos três poderes se constituía no melhor e mais efetivo modo de garantia do indivíduo, pois “permitia a conformação de um sistema endógeno de freios¹⁰² e contrapesos¹⁰³, eficaz o suficiente para impossibilitar o exercício arbitrário do poder de forma a ceifar a liberdade”¹⁰⁴.

Percebam que Montesquieu já entendia que uma função poderia fiscalizar a outra, tanto que Jean Carlos Dias cita Paulo Bonavides para lecionar que:

Não só reconheceu Montesquieu a inevitabilidade de legítimas interferência recíprocas, como se capacitou da imperiosa necessidade de andarem os poderes em

Fundamentais e Jurisdição. Organizador: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Ano: 2014. Vol. 1. Pará de Minas: VirtualBooks, p. 202.

⁹⁹ FILHO, Valmir Pontes. *Ibid.*, p. 224

¹⁰⁰ Mesmo que Montesquieu seja o nome mais lembrado em relação à noção de separação de poderes, foi Políbio, na leitura sobre o governo de Licurgo, o primeiro a relatar a ideia de equilíbrio tensional entre diferentes facções institucionais unidas sob uma mesma matriz governamental. Cf. CAMBI, Eduardo e DA SILVA, Diego Nassif. *Ibidem*, p. 124.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 29.

¹⁰² Composto pela “faculdade de estatuir” e pela “faculdade de impedir”, que possibilitava a interação e o controle recíproco entre os Poderes Legislativo e Executivo. Compreende-se, por faculdade de estatuir, o poder de ordenar por si ou de corrigir o que foi por outro ordenado. Já a faculdade de impedir importa no poder de tornar mula a resolução adotada por outrem. Cf. LAGES, Cintia Garabini, LIMA, Renata Mantovani de. *Ibid.*, p. 204, et. seq.

¹⁰³ Cintia Garabini Lages e Renata Mantovani Lima, em sentido contrário, lecionam que: A teoria dos freios e contrapesos, foi “adotada pelos federalistas americanos, que, preocupados em garantir o princípio da supremacia da Constituição, aperfeiçoaram o sistema de freios de Montesquieu e nele Incluíram o Poder Judiciário com a função de controlar a validade das normas editadas pelo Legislativo. *Idem*, *Ibid.*, p. 205.

¹⁰⁴ DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de Políticas Públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes: V. 4. São Paulo: Método, 2007, p. 92.

concertos, visto que seu repouso ou imobilidade, qual seria de desejar, é contraditório pelo “movimento necessário das coisas”¹⁰⁵.

Cintia Garabini Lages e Renata Mantovani de Lima aduzem que:

A separação dos poderes configura um dos mais importantes princípios do constitucionalismo moderno. Consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) como matéria constitucional por excelência, é reconhecida como corolário básico do Estado Moderno¹⁰⁶.

A declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreve em seu Art. 16 que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”¹⁰⁷.

Entretanto, será que a teoria da separação dos três poderes deve ser interpretada atualmente como já o foi outrora? Passamos a analisar a evolução do referido princípio.

Precipualemente, importante ressaltar que a referida teoria foi criada contra o absolutismo, onde se pretendia alcançar o Estado Liberal que tinha a pretensão de limitar o Poder do Estado e buscava garantir direitos individuais, sedimentando, destarte, o Direito Administrativo no culto ao princípio da legalidade estrita. O Estado Liberal, por sua vez criava amarras no âmbito da gestão pública e as políticas públicas reduzidas a poucas e tímidas atuações estatais.

Impende consignar que além do princípio da legalidade a Administração Pública possuía a discricionariedade para atuar em determinados casos, sendo correto afirmar que ambos, ou limitavam totalmente a Administração Pública, ao se permitir praticar atos somente em conformidade com a autorização legal, ou lhe permitia atuar indiscriminadamente, quando se concebia que o ato era de competência exclusiva do Poder, o que se daria sem limites de atuação e sem qualquer motivação razoável a lhe justificar.

Em razão de a atividade estatal estar adstrita à Lei, o Poder Legislativo tinha uma supervalorização em detrimento aos demais poderes, sendo que ao Poder judiciário cabia apenas a defesa dos interesses individuais dos cidadãos, a atividade jurisdicional era prestada por um juiz que representava apenas *La bouche de La loi*.

Vitor Burgo leciona que havia uma neutralização do Poder Judiciário, *in verbis*:

¹⁰⁵ Idem, Ibidem, p. 95.

¹⁰⁶ LAGES, Cintia Garabini, LIMA, Renata Mantovani de. op. cit., p. 202.

¹⁰⁷ Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 22/11/2016.

Somada à necessidade de garantia da liberdade individual pela tripartição dos poderes, *a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês* porque portadora de um discurso *esvaziador* dos conteúdos éticos e social do direito, fazendo com que o ato de julgar se tornasse modalidade de subsunção automática do fato à norma¹⁰⁸.

O Judiciário se caracterizava como um poder Neutro, implícito “nas faculdades de julgar e de punir “seres inanimados”, sem paixões, distantes das mazelas do dia a dia”¹⁰⁹. Como nos ensina Hermes Zaneti Jr.:

A doutrina pregava, nesta quadra, uma separação estanque de poderes, garantindo a cada poder uma autonomia quase absoluta em sua atividade fim, como forma de reagir aos excessos do período absolutista anterior, em que todo poder era concentrado no soberano¹¹⁰.

Com o surgimento do Estado Social, tenta-se criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana através de uma intervenção positiva do Estado, assim, o ator principal deixa de ser o Poder Legislativo e passa a ser o Poder Executivo.

Conforme nos ensina Ada Pellegrini Grinover, essa transição promove uma alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades.

Neste quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material ente os componentes do corpo social¹¹¹.

Hermes Zaneti Jr. Também ressalta a Novel posição ocupada pelo Poder Executivo e a intervenção direta na esfera dos direitos individuais como características fortes deste modelo de Estado¹¹².

¹⁰⁸ Cf. BURGO, Vitor. *O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*. In O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 77.

¹⁰⁹ SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política*. In O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2013, p. 11.

¹¹⁰ ZANETI JR., Hermes. *A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Função de Garantia*. In O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 38.

¹¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 126.

¹¹² ZANETI JR., Hermes. *Ibidem*, p. 39.

No Estado social, o Poder Judiciário ainda tinha uma postura reativa, pois, entendia-se que o Poder Judiciário não podia censurar os atos administrativos, haja vista que tal ato era próprio de cada Poder e os nossos “Tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo”¹¹³, prevalecendo a ideia originária da Separação dos Poderes de Montesquieu.

Não obstante, com a criação da Lei da Ação Popular, bem como a Constituição Federal de 1988 que em seu art. 5º, LXXIII prescrever a possibilidade de qualquer cidadão, via ação popular, *anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*, abriu ao Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo e esse dogma foi desmistificado, haja vista que, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, “o controle, por via da ação popular da moralidade administrativa não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado”¹¹⁴.

Neste momento, emerge o Estado Democrático de Direito, e as regras do jogo se estabelecem a partir do *acatamento à Constituição Federal como limitadora do Poder*. Destarte, quaisquer atos emanados de qualquer dos Poderes, devem estar estritamente em acordo com o que preconiza à Constituição Federal.

Conforme já dito, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu foi desenvolvida em uma época onde se pretendia a não interferência do Estado nas relações individuais e o objetivo era o de neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes¹¹⁵ todavia, podemos aferir que no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário ganha uma nova roupagem na atuação no âmbito da “pretensão de correção”¹¹⁶.

Ada Pellegrini Grinover cita Oswaldo Canela Júnior para aduzir que a teoria da Separação dos Poderes muda¹¹⁷ de feição:

¹¹³ Ada Pellegrini Grinover cita v.g.: STJ, RMS nº. 15.959/MT, Sexta Turma, Julgado em 07.03.2006, DJ 10.04.2006, p. 299; RMS nº. 18.151/RJ, Quinta Turma, Julgado em 02.12.2004, DJ 09.02.2005, p.206; MS nº. 12.629/DF, Terceira Sessão, Julgado em 22.08.2007, DJ 24.09.2007, p. 244. O STF, na década de 60, aprovou em Sessão Plenária a Súmula nº. 339, com o seguinte enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia. GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 126.

¹¹⁴ Idem. op. cit., p. 2.

¹¹⁵ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional: Coleção direitos fundamentais Individuais e coletivos. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Belo Horizonte: Arraes Editores, Vol. 1, 2010, p. 4.

¹¹⁶ ZANETI JR., Hermes. Ibid., p. 44.

¹¹⁷ Cf. ZANETI JR., Hermes. “(...) Todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos “pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”. Neste senso, ocorrendo uma “disfunção política” no uso das atribuições de cada poder, deveres-

Passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é o seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. *No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da **independência** dos poderes*¹¹⁸. (Negrito e itálico no original)

Vitor Burgo nos ensina que, isso implica dizer que agora o campo de atuação do Poder Executivo deve obedecer não somente a Lei, como limitadora de seu poder, faz-se, também, a necessidade de obediência aos preceitos constitucionais “dando ao Direito Administrativo um caráter mais “democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem” e, por isso, o aproximando com a realização dos Direitos Fundamentais e dos objetivos fundamentais da República”¹¹⁹.

Jean Carlos Dias, neste sentido leciona que:

Deste modo, o Estado, estruturado em funções, tem em uma sociedade bem-ordenada o dever conjunto de manter entre todos os seus componentes uma adequada interação a fim de proteger os direitos fundamentais. Não há, assim, espaço para uma excessiva e formal insistência na teoria da separação para justificar a falta de ação judicial¹²⁰.

Conforme leciona Hermes Zaneti Jr. “padecemos de uma grave deficiência crônica no aspecto administrativo, resultado que, do ponto de vista de um observador externo, nosso legislador é idealista, nosso administrador ineficaz”¹²¹, não obstante, o Juiz, que se afigurava de forma acanhada e quase anódina, que se tinha sua atuação circunscrita à resolução de disputas individuais dos cidadãos, agora ganha um papel ativo na arena pública¹²².

Conforme nos ensina Artur Cortez Bonifácio, atualmente, no Brasil, todo juiz é um juiz constitucional e pode exercer a verificação de constitucionalidade das ações ou omissões do poder Público, por meio do sistema de controle de constitucionalidade¹²³.

É preciso ainda aceitar que o princípio da separação de poderes, com sua dimensão contemporânea renovada, é vigente e deve ser aplicado, não por amor à mecânica do constitucionalismo clássico, mas, sobretudo por reverência aos espaços democráticos

poderes, poderá a questão ser levada ao Poder Judiciário – o qual terá a última palavra em matéria de controle da aplicação do direito”. Idem. Ibid, p. 48 et. seq.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 3 et. seq.

¹¹⁹ BURGO, Vitor. Ibidem, p. 74.

¹²⁰ DIAS, Jean Carlos. Ibid, p. 97.

¹²¹ ZANETI JR., Hermes. Ibidem, p. 41.

¹²² SADEK, Maria Tereza. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1.

¹²³ BONIFÁCIO, Artur Cortez. Ibidem, p. 221.

de cada função e poder estatal. É dizer, as políticas públicas não podem ser formuladas originariamente pelo Poder Judiciário em respeito à própria cidadania¹²⁴.

Urge trazer a lume os ensinamentos de Germana de Oliveira Moraes, para quem:

O espectro do controle judicial dos atos administrativos, antigamente reconduzível à verificação de legalidade desses atos, executável, predominantemente, através do método silogístico, usado em função da estrutura da regra jurídica – antes a principal fonte do Direito Administrativo, amplia-se para o controle da constitucionalidade dos atos administrativos, que se operacionaliza também por intermédio de outros métodos impostos pela adoção da fonte atualmente hegemônica do Direito – os princípios, estruturalmente distinto das regras¹²⁵.

Não obstante, como nos ensina Jean Carlos Dias:

(...) O Estado, estruturado em funções, tem em uma sociedade bem-ordenada o dever conjunto de manter entre todos os seus componentes uma adequada interação a fim de proteger os direitos fundamentais. Não há assim, espaço para uma excessiva e formal insistência na teoria da separação para justificar a falta de ação judicial¹²⁶.

Clèmerson Merlin Clève nos ensina que do passado quase silencioso imposto ao Judiciário “passou-se para um paradigma da necessária interação com os outros Poderes, em certos momentos, no sentido da cooperação, em certas ocasiões, como freio, ou mesmo como protagonista de uma tensão produtiva¹²⁷. Desta forma, o judiciário não é um “poder” a ser contraposto na luta pelo poder, mas o principal “freio” institucional, garantidor da ordem constitucional tanto sob o aspecto formal-estrutural, quanto material¹²⁸.

Assim, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a Separação dos Poderes não pode ser entendido como já foi no passado, pois, o Poder é uno, cujos objetivos fundamentais estão insculpidos no art. 3º da Carta da República e, em caso de descumprimento destes objetivos, a Constituição Federal delegou ao Poder Judiciário atuar¹²⁹ para se atingir tais objetivos, que se dará apenas à luz do princípio da prevalência dos Direitos Humanos.

¹²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibid*, p. 168.

¹²⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Ibidem*, p. 16.

¹²⁶ DIAS, Jean Carlos. *Ibidem*, p. 97.

¹²⁷ CLEVE, Clèmerson Merlin. *Ibidem*, p. 69.

¹²⁸ Cf. CAMBI, Eduardo e DA SILVA, Diego Nassif. *Ibid*, p. 129.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional: Coleção direitos fundamentais Individuais e coletivos. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Belo Horizonte: Arraes Editores, Vol. 1, 2010, p. 3.

Não obstante, insta constar, por necessário que no caso de existir política pública eficaz em execução, o Poder Judiciário deverá respeitar a *esfera de liberdade de conformação* do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assim, o “Poder Judiciário não assume uma configuração autoritária, pois, havendo o exercício adequado das funções atribuídas a cada poder, a intervenção judicial será despicienda – carecerá de força jurídica”¹³⁰. Ademais, é vedado ao Julgador decidir de acordo com sua *vontade* ou *entendimento do que seja o mais justo*, pois, neste caso estará ferindo a Separação dos Três Poderes, uma vez que sua intervenção está em desconformidade com o que preceitua a Constituição Federal.

6 - DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como é sabido a função¹³¹ de executar políticas públicas recai sobre os Poderes Legislativo e Executivo, sendo que o administrador dentro do que dispõe a lei, possui de uma dose de “liberdade” para administrar, a essa “liberdade” se dá o nome de discricionariedade, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é:

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal¹³².

¹³⁰ ZANETI JR., Hermes. *Ibid*, p. 58.

¹³¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, Função pública no Estado Democrático de Direito, “é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 27.

¹³² *Idem*. *op. cit.*, p. 382.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, a discricionariedade administrativa consiste em uma liberdade de escolha de prioridades¹³³. Contudo, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, como acabou de se ver, se busca a intervenção do Estado em conformidade com a Constituição e os Direitos Fundamentais, havendo assim, uma limitação da discricionariedade, pois, a Administração Pública deve, sempre, orientar-se pelos objetivos estabelecidos na Constituição Federal.

Os Direitos Fundamentais, então, passam a ser objeto de efetiva apreciação do Poder Judiciário, que além de aferir a obediência ao princípio da legalidade e dos elementos predominantemente vinculados, ultrapassa essa fronteira para também aferir a juridicidade dos elementos predominantemente discricionários do ato administrativo e verificar se a escolha adotada pelos demais poderes atingem a finalidade da Constituição da República.

Destarte, o Poder Judiciário entendendo que a administração não está atingindo a finalidade da Constituição Federal, poderá intervir para sanar a omissão, havendo, assim, uma limitação na discricionariedade, pois, em tese, sua escolha não coaduna com o art. 37 da Constituição Federal¹³⁴, em especial com o princípio da eficiência, logo, não atinge os anseios constitucionais.

Para Vitor Burgo essa flexibilização da discricionariedade:

Surge justamente no seio da estrutura que a tinha por regra fundamental, qual seja, o esquema unitário do Estado Francês. Conforme destacado por Odete Medauar, foi na França que se pensou na figura jurídica do desvio de poder como vício de um ato administrativo que, porventura, não tivesse atingido o fim pretendido pelo mesmo. Aliada a essa nova categoria, surge para o direito administrativo a possibilidade de “controle judicial dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levaram à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, *o controle do motivo*”¹³⁵.

Conforme ensinamento de Hermes Zaneti Jr., “não são os direitos fundamentais que deve andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais”¹³⁶.

Forçoso reconhecer, por oportuno, que o Estado não possui mais aquela “liberdade” pretérita, pois, essa margem de liberdade ao administrador, torna-se uma arma contra a cidadania, conforme constatado por Juliana Maia Daniel, *in verbis*:

¹³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1ª ed., 2ª tiragem, 2006, p. 276.

¹³⁴ BRASIL, Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

¹³⁵ BURGO, Vitor. *Ibidem*, p. 78.

¹³⁶ ZANETI JR., Hermes. *Ibidem*, p. 34.

Sem dúvida, o modelo clássico de discricionariedade administrativa que atribui uma margem bastante significativa de liberdade ao administrador torna-se arma contra a cidadania, na medida em que serve a interesses diversos do interesse público propriamente dito, isto é, as demandas sociais do Estado Democrático de Direito¹³⁷.

Vitor Burgo ao citar Odete Medauar, assevera que “a garantia de uma zona livre de interferência na teoria do ato administrativo surge como efeito imediato da separação dos poderes, de forma a isentar a atividade Administrativa de possíveis interferências judiciais”¹³⁸ o que, de acordo com Estado Democrático de Direito, deve ser compelido.

Ademais, Ada Pellegrini Grinover ao citar Eurico Ferraresi leciona que:

Vale dizer que, quando se discute **atividade discricionária** (sic), discutem-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmônica (...). Evidentemente, o juiz não apenas **pode, como deve** verificar se a escolha feita pelo Administrador Público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público **quando ela não se afigure inapropriada**. No momento em que o ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada¹³⁹. (Negrito no original)

Maria Paula Dallari Bucci ao lecionar sobre políticas públicas nos ensina que estas podem ser entendidas como uma “forma de controle prévio de discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa”¹⁴⁰.

O poder discricionário, então, se flexibilizou e passou a ser a escolha mais adequada dentre as permitidas juridicamente, ou seja, essa liberdade conferida pela lei ao administrador agora, também tem que ser a que melhor traduz a conveniência e a oportunidade para o interesse público¹⁴¹ sob pena de ferir o princípio da eficiência, v. g., embora o administrador possa publicar atos institucionais, este não poderá fazê-lo se falta verba para ser utilizado em áreas mais importantes, como a saúde.

Para Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz:

¹³⁷ DANIEL, Juliana Maia. *Ibidem*, p. 94.

¹³⁸ BURGO, Vitor. *op. cit.*, p. 75.

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 137.

¹⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Ibidem*, p. 265.

¹⁴¹ DANIEL, Juliana Maia. *Ibidem*, p. 104.

Em um ambiente tripartite de atribuições de atividades preponderantes aos poderes constituídos, a situação padrão é que as políticas públicas sejam definidas e geridas não pelo juiz, mas pelo legislador e pelo administrador público, cuja legitimação popular garante-lhes a atribuição de alocar, segundo critérios de conveniência e de oportunidade, recursos nesta ou naquela utilidade pública. Por isso, constitui tarefa subsidiária do Poder Judiciário, na falta ou inadequação dos Poderes Executivos e Legislativo, ditar ou corrigir as políticas públicas¹⁴².

O caso *Marbury vs. Madison* (1803) é considerado a principal referência para o controle de constitucionalidade exercida pelo Poder Judiciário, tendo a Suprema Corte Norte-Americana, através do *Chief Justice* John Marshall negado “aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais”¹⁴³. Segundo Marcelo Figueiredo, os dois principais enunciados por John Marshall no referido caso foram:

a) a Constituição é a lei fundamental retirando sua autoridade do povo, não podendo ser alterada como uma lei comum; b) os Tribunais têm o dever de sindicarem a constitucionalidade das leis e deixar de lado leis e atos que sejam inconstitucionais¹⁴⁴.

A argumentação desenvolvida por Marshall, embora primorosa, não é pioneira e nem original, haja vista que Alexander Hamilton, no *O Federalista* nº 78 (1788) já havia exposto analiticamente a mesma tese. Não obstante, urge consignar que foi com *Marbury vs. Madison* que a teoria “ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matrizes diversos”¹⁴⁵.

A noção de prestação de serviços públicos aos administrados, para suprir necessidades específicas, visando assegurar condições de comodidade e segurança de desenvolvimento, segundo padrão de dignidade definido pelo sistema constitucional está umbilicalmente ligado ao momento vivido pela sociedade. Nesse cenário de omissão, surge o Poder Judiciário como remédio para todos os males, fazendo às vezes do Poder Executivo, impondo-lhe um comando definitivo, suprimindo qualquer outra possível análise de escolha de prioridades ou de interesses públicos emergentes.

O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do

¹⁴² CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Do Juiz “Boca da Lei” ao ativismo judicial: A visão do STF acerca da Judicialização de Políticas Públicas*. Direitos Fundamentais: Ações Coletivas e Reflexões do Novo Código de Processo Civil na Tutela Coletiva. Condições e Possibilidades do Sistema único das Ações Coletivas, Organizadores: Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Luiz Manoel Gomes Junior, volume 1, Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2015, p. 189.

¹⁴³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibid.*, p. 391.

¹⁴⁴ *Idem.* op. cit., p. 387.

¹⁴⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibidem.*, p. 392.

Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado¹⁴⁶.

Não obstante, conforme leciona Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, para que se possa viabilizar a incursão judicial neste campo, o STF elencou alguns requisitos, vejamos:

Natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre elas e os direitos fundamentais e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento. Ressaltando que no caso em julgamento, todos os requisitos se fazem presentes¹⁴⁷.

Contrário *sensu*, não poderá haver Judicialização nos casos que não tenham correlação com os Direitos Fundamentais ou quando existir provas de que não há omissão ou prestação deficiente por parte do Estado.

Ada Pellegrini Grinover nos ensina que, no Estado democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa “neutralização de sua atividade”, pelo contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal¹⁴⁸.

A Constituição do Estado moderno impõe certos objetivos ao corpo político como um todo, tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos e Poderes do Estado. Neste sentido, André Ramos Tavares:

(...) algumas normas constitucionais impõe ao Estado determinadas prioridades, como quanto ao oferecimento de saúde da criança e do adolescente. Prescreve o art. 227: “É dever... do Estado assegurar... com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização...”. A priorização de determinados valores por parte da própria Constituição retira do legislador qualquer margem de manobra ou de discricionariedade. A finalidade primeira, portanto, encontra-se marcada constitucionalmente¹⁴⁹. (Negrito no original)

Neste ponto, em que pese a discricionariedade atribuída ao administrador público, mister que os atos por este praticado sejam com o escopo de garantir e proteger os Direitos

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional: Coleção direitos fundamentais Individuais e coletivos. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Belo Horizonte: Arraes Editores, Vol. 1, 2010, p. 4.

¹⁴⁷ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Ibidem*, p. 185.

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, Publicado no Instituto Brasileiro de Direito Processual em julho de 2014, p. 4.

¹⁴⁹ TAVARES, André Ramos; *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Organizadores: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13.

Fundamentais, “buscando sempre a efetividade do direito à boa administração pública”¹⁵⁰, sob pena de, não o fazendo, haver a judicialização das políticas públicas.

Em sentido contrário Rui Matinho Rodrigues, Carlos Roberto Martins Rodrigues, Maria Josefina da Silva e Cândido Bittencourt de Albuquerque lecionam que a:

Judicialização da política é a expressão usada para designar a tendência para a relativização da separação das funções legiferante e judicante, aproximando o exercício da judicatura da função legislativa, sob a alegação de que a legislação é abstrata, devendo o juiz legislar no caso concreto, indo além da mera interpretação, conforme se alega, por exigência da concreção da norma¹⁵¹.

Para os referidos autores, a judicialização é retirar, em certa medida, o poder do povo insculpido na Constituição Federal e representado pelo voto¹⁵², *in verbis*:

A judicialização da política pressupõe a superioridade do discernimento dos juristas em face dos cidadãos eleitores e do legislador ordinário. Mutatis mutandis, a judicialização das relações sociais, pela via da normalidade minudente da vida em sociedade, pressupõem a incapacidade dos cidadãos, restringindo-lhes o espaço da liberdade negocial, publicizando o direito privado, promovendo a interdição dos cidadãos e estabelecendo uma verdadeira curatela do Estado-juiz sobre eles. Curatelados não são autônomos, não tem cidadania, são havidos por incapazes¹⁵³.

Importante trazer a lição de Eduardo Cambi e Diego Nassif da Silva sobre o princípio da subsidiariedade¹⁵⁴, demonstrando que o Judiciário somente irá atuar quando houver a omissão dos demais poderes (função), vejamos:

A implantação judicial dos direitos fundamentais e, para tanto, o controle judicial de políticas públicas, deve respeitar o princípio da subsidiariedade. Compete ao judiciário atuar somente como órgão de controle do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou omissão inconstitucionais, vale dizer, quando

¹⁵⁰ DANIEL, Juliana Maia. *Ibidem*, p. 105.

¹⁵¹ Cf. RODRIGUES, Rui Matinho, RODRIGUES, Carlos Roberto Martins, DA SILVA, Maria Josefina, DE ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt. *A (I)Legalidade das Políticas Públicas* (a república entre a igualdade e a especificidade), São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 16.

¹⁵² Marcelo Figueiredo cita Alexander M. Bickel que também manifesta neste sentido, aduzindo que o *judicial review* apresenta um déficit democrático, sendo que, um dos motivos é o caráter contra majoritário, que se revela no fato de um órgão não eleito pela vontade popular dizer o que é a constituição, mesmo contra a vontade de maneira, expressa pelos órgãos de representação democrática. FIGUEIREDO, Marcelo, *Ibidem*, p. 400.

¹⁵³ Cf. RODRIGUES, Rui Matinho, RODRIGUES, Carlos Roberto Martins, SILVA, Maria Josefina da, ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt de. *Ibidem*, p. 21.

¹⁵⁴ Neste sentido Marcelo Figueiredo, para que: [...] os atos políticos ou atos de governo se expedidos devidamente ajustados à norma constitucional não deveriam ser contrastados pelo Poder Judiciário. Entretanto, se os atos de governo forem perpetrados com objetivos outros, desrespeitando as metas e objetivos constitucionais, podem ser contrastados pelo Poder Judiciário. FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibid*, p. 74.

estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos humanos¹⁵⁵.

Ademais, a jurisdição não se presta a afirmação das convicções pessoais, estando sujeita à rigorosa imposição do dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX CF) e à reserva de consistência¹⁵⁶. Neste contexto, leciona Daury Cesar Fabríz para quem:

É preciso entender que essa tensão entre os Poderes faz parte do jogo democrático e, que além dos Poderes há uma força maior, potente que é a força daqueles que necessitam dos seus direitos fundamentais concretizados¹⁵⁷.

Conforme nos ensina Marcelo Figueiredo, “as políticas públicas não podem ser formuladas originariamente pelo Poder Judiciário em respeito à própria cidadania”¹⁵⁸, ou seja, o Poder Judiciário somente poderá atuar quando os Poderes originários forem omissos.

Data venia, não é razoável a alegação de que o Poder Judiciário não possa atuar quando os demais Poderes frustrarem a missão constitucional na implementação (ou implementação inadequada) dos Direitos Fundamentais do cidadão, sob o argumento do eleitor não poder reclamar tais direitos pelo fato de ter votado mal. Não é o fato do representante eleito (nem sempre pelo voto do cidadão que pleiteia na justiça seu direito) não cumprir com os ditames constitucionais, que o cidadão não poderá exercer seu direito de ação com o escopo de lhe ver assegurado seus Direitos Fundamentais.

Para Clèmerson Merlin Clève:

O ideal de democracia representativa continua a ser um pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, mas se torna insuficiente para lidar com a pluralidade e a complexidade advindas das diferentes identidades sociais dos grupos que compõem o país¹⁵⁹.

O Poder Judiciário, então, passou a ter o importante papel nas controvérsias sociais e políticas. Impende consignar, por mister, que:

O Judiciário brasileiro não encontra modelo correspondente no âmbito internacional, isso porque a Constituição de 1988, como nenhuma outra, conferiu-lhe um papel singular. O Constituinte, diante de um passado de ausência de enraizamento das

¹⁵⁵ Cf. CAMBI, Eduardo e DA SILVA, Diego Nassif. *Ibidem*, p. 129 et. seq.

¹⁵⁶ *Idem*. op. cit., p. 130.

¹⁵⁷ FABRIZ, Daury Cesar. *Ibidem*, p. 156.

¹⁵⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibid*, p. 168.

¹⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Ibid*, p. 64.

Constituições, procurou conferir ao Judiciário um padrão de atuação capaz de auxiliar de maneira poderosa no processo de efetividade da Constituição¹⁶⁰.

O controle jurisdicional de políticas públicas, por sua vez, pode se dar de duas formas: como judicialização da política pública ou como ativismo judicial, fenômenos que, frequentemente, são tomados como sinônimos¹⁶¹ e vêm sendo utilizados para explicar o fenômeno de transferência de poder das instituições representativas — sejam pertencentes ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo — para a esfera judicial¹⁶².

Antes de se diferenciar os dois institutos, mister que se diga que Judicialização e Justicialização também não se confundem, haja vista que esta é a “possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro, no caso, o Judiciário¹⁶³”.

Feito essa consideração preliminar, na judicialização a decisão judicial respeita a letra da Constituição¹⁶⁴, ou seja, existe um controle quando os demais Poderes desrespeitarem os objetivos da Carta da República.

No ativismo judicial, por sua vez, a decisão judicial adota um *critério de desejo*, de *vontade* daquele que julga. Lenio Luiz Streck cita Antoine Garapon para aduzir que o ativismo:

Começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar¹⁶⁵.

Assim, pode-se concluir que a concepção de ativismo é sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente¹⁶⁶, aparecendo a questão da vontade¹⁶⁷ daquele que julga.

Clarissa Tassinari, ao tratar do elemento comum entre judicialização e o ativismo, nos ensina que “embora seja necessário estabelecer diferenças entre esses dois fenômenos (...), há um elemento comum entre eles: em ambas as abordagens, o Poder Judiciário aparece como

¹⁶⁰ Idem. op. cit., p. 67.

¹⁶¹ Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ibidem, p. 128.

¹⁶² SILVA, Alice Rocha da e ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Ibidem, p. 394.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz, TASSINARI, Clarissa e LEPPER, Adriano Obach. *O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, Volume 5, número especial 2015, p. 57.

¹⁶⁴ A relevância para um julgamento consiste em compreender se decisão está de acordo com a Constituição. Essas são as regras do jogo; caso contrário, teríamos uma República Juristocrática., Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. op. cit., p. 54.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz, TASSINARI, Clarissa e LEPPER, Adriano Obach. Ibidem, p. 57.

¹⁶⁶ Idem. op. cit., p. 56 et. seq.

¹⁶⁷ Idem. op. cit., p. 58.

posição privilegiada”¹⁶⁸. Não obstante, se a Judicialização é uma circunstância decorrente do modelo constitucional, o Ativismo Judicial pode ser considerado uma atitude, uma escolha específica de como interpretar a Constituição, expandindo seu alcance e seu sentido.

Na lição de Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria, no ativismo judicial está presente um elemento de inovação, interpretando a Constituição Federal de maneira ampliativa¹⁶⁹.

Conforme nos ensina Augusto Zimmermann na década de 1950 a Suprema Corte Norte-Americana voltaria a ser um centro de profundas controvérsias, “como consequência de uma série de decisões relativamente aos *direitos civis*, que afetariam basicamente a segregação racial dos negros, onde o ativismo judicial voltou a imperar, agora em defesa das liberdades civis”¹⁷⁰.

O referido autor nos relata que na década de 1930 a Suprema Corte Norte-Americana teve uma postura ativista no que se refere a esfera econômica, porém, foi abandonado em função da forte reação dos demais poderes e do próprio povo com tal ingerência judicial. Esse período de defesa e consolidação do ativismo judicial ficou conhecido como Era Warren, nome do então *Chief Justice* da Suprema Corte¹⁷¹.

Operou-se então a revolução social norte-americana, tendo como pano de fundo a adoção da teoria que defendia uma técnica “não interpretativista” da Constituição, que postulava uma interpretação fundada não apenas no disposto no texto da constituição de forma expressa ou, pelo menos, implícita, mas radicada no desenvolvimento de valores outros – caracteristicamente abertos e portanto denotadores da necessidade de uma concretização judicial – a exemplo do valor da dignidade da pessoa, justiça, igualdade etc...¹⁷².

Lenio Luiz Streck, para quem o ativismo judicial é um problema de comportamento, leciona que:

A judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. Ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que, para mim, é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de

¹⁶⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis, NETO, Elias Jacob de Menezes E TASSINARI, Clarissa. *A Sacralidade do Judiciário e o medo do novo: o exemplo da PEC 33/2011*. Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Organizador: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Ano: 2014. Vol. 1. Pará de Minas: VirtualBooks, p. 66.

¹⁶⁹ Cf. SILVA, Alice Rocha da, e ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Ibid*, p. 394.

¹⁷⁰ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. Ed., 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 111.

¹⁷¹ *Idem*. *Ibidem*, p. 112.

¹⁷² ZIMMERMANN, Augusto. *Ibidem*, p. 112.

comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas)¹⁷³.

O ativismo judicial, enquanto decisões segundo critérios pessoais do julgador, é totalmente inaceitável, pois o Poder Judiciário, mais do que qualquer outro Poder, deve seguir os ditames da Lei, em especial a Constituição Federal, não podendo usurpar de suas funções julgando contra a Legis segundo suas convicções pessoais. Frisa-se que a Lei é a nossa fonte do direito por excelência, pois adotamos o *civil law* como modelo, logo, o ativismo cria uma insegurança jurídica muito grande, pois, não se sabe qual a *vontade* do julgador.

Como nos ensina Dierle Nunes, países como a África do Sul, Etiópia, Índia, entre outros, também estão discutindo o papel da via judicial e processual para a obtenção de Direitos Fundamentais¹⁷⁴, fato que já acontece na Europa desde o 2º Pós-Guerra¹⁷⁵.

No âmbito internacional, frente a ausência da Tripartição dos Poderes, o ativismo deve ser entendido como uma atuação além dos limites impostos pelo tratado internacional destarte, em se tratando da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode-se entender como uma decisão além dos limites impostos aos Estados-Parte, isto é, toda e qualquer decisão que introduz no sistema uma nova norma *não pactuada* pelos Estados ou *altera* ou *suprime* uma norma pactuada¹⁷⁶.

Conforme abordado anteriormente, a Corte interamericana não possui mecanismo de coerção (*enforcement*) sobre suas sentenças, assim, os Estados que optam por cumpri-las. Por sua vez, os Estados-Partes cumprem com as decisões da Corte influenciados pela reputação desta¹⁷⁷. Forçoso reconhecer, então, que as decisões da Corte Interamericana devem estar vinculadas à Convenção Americana, não podendo alterar o significado literal nela prevista.

Não obstante, não rara às vezes em que a Corte é ativista e opta por emitir decisão desvinculada do texto aprovado pelos Estados-Partes.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isso, o ativismo judicial, em números?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Data da publicação: 26/10/2013. Acesso em 09/11/2016.

¹⁷⁴ Cf. NUNES, Dierle. *Politização do judiciário no direito comparado – Algumas considerações*. Constituição e processo: entre o direito e a política. Coord. Felipe Machado e Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 32.

¹⁷⁵ Na Europa a constitucionalização efetiva e a inauguração de uma época vocacionada à jurisdição (PICARDI, 2004) se inicia no segundo Pós-Guerra, com o declínio dos Estados Sociais e a necessidade de penitenciamiento em relação aos desmandos que o Executivo (hipertrofiado e totalitário) implementou. Cf. NUNES, Dierle. op. cit., p. 34.

¹⁷⁶ SILVA, Alice Rocha da e ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Ibid, p. 394.

¹⁷⁷ Frise-se, por fim, que o descumprimento da sentença da Corte Interamericana conota nova violação de direitos humanos por parte do Estado, a ensejar novo processo de responsabilização contra esse Estado no plano internacional. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 36.

A título de exemplo, pode-se citar o Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica (conhecido como Caso Artavia), que contestava a decisão da Suprema Corte da Costa Rica que proibia a fertilização *in vitro*, sob o argumento de que o procedimento de fertilização *in vitro* “claramente ofende a vida e a dignidade do ser humano”, na medida em que trata o embrião como objeto de pesquisa e o submete a altos riscos de morte, em razão das elevadas taxas de perdas de embriões nesse processo¹⁷⁸.

Fazendo uma análise perfunctória do artigo 4.1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, podemos aferir que o mesmo prescreve: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Não obstante a Convenção Americana definir expressamente que a vida é protegida desde o momento da concepção, os juízes da Corte Interamericana alteraram o conceito científico de concepção previsto na Convenção Americana, “estabelecendo novo marco temporal de proteção do direito à vida”¹⁷⁹.

Como dito em linhas pretéritas, a Corte Interamericana está vinculada ao texto da Convenção Americana, logo, tem uma postura ativista ao alterar o significado literal das palavras ali previstas.

Essa tendência da Corte em emitir decisões sem observância das regras impostas pela Convenção Americana apresenta grave risco tanto para a efetividade como para a reputação da Corte, pondo em cheque até mesmo a proteção dos direitos humanos¹⁸⁰.

Considerando que a Corte Interamericana é a última instância de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme nos ensinam Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria, “pode ser interpretada como possuindo as decisões desta Corte o mesmo valor normativo do tratado”¹⁸¹, daí a importância desta seguir o texto destes, sob pena de causar uma insegurança jurídica no âmbito internacional.

Conforme dito alhures, um elemento de crucial importância para o bom funcionamento e efetividade das decisões da Corte Interamericana é sua reputação, sendo que, é a reputação da Corte, juntamente com a efetividade de suas decisões, que funcionam como elemento de coerção dos Estados Signatários¹⁸².

¹⁷⁸ SILVA, Alice Rocha da e ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas, op. cit., p. 397.

¹⁷⁹ Idem, op. cit., p. 397.

¹⁸⁰ Idem, op. cit., p. 399.

¹⁸¹ SILVA, Alice Rocha da e ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Ibidem, p. 403.

¹⁸² Idem. Ibidem, p. 398.

Destarte, após aferir a possibilidade da Judicialização das políticas Públicas, passa-se a analisar quais seriam seus limites.

6.1 - RESERVA DO POSSÍVEL, O MÍNIMO EXISTENCIAL, O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.

Leciona Virgílio Afonso da Silva, “a realização e a proteção de direitos sempre custam dinheiro, seja no caso dos direitos sociais seja no dos direitos civis e políticos”¹⁸³, não obstante sabemos que o custo daqueles são maiores do que destes. Assim, leciona Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, que para a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, mister a observância de três parâmetros: [i] a reserva do possível; [ii] o mínimo existencial, e [iii] o princípio da proporcionalidade¹⁸⁴.

Conforme nos ensina Alceu Maurício Jr., a expressão reserva do possível foi cunhada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha na famosa sentença *numerus clausus*. O autor relata que na Alemanha em meados da década de 60, para o acesso à universidade, qualquer estudante de posse do *Abitur* (uma espécie de exame prestado no final do segundo grau) poderia ingressar na universidade de sua escolha na área, igualmente à sua escolha. Não obstante, os responsáveis pelas universidades começaram a limitar o ingresso dos estudantes, escalonando os estudantes de acordo com os graus obtidos no *Abitur*, ficando os demais em uma fila de espera.

Os estudantes prejudicados então, questionaram no Tribunal Federal Constitucional Alemão a compatibilidade da política *numerus clausus* com o art. 12 da Lei Fundamental que prescrevia que todos tinham o direito de livremente escolher uma ocupação. Tendo o referido Tribunal decidido que, “mesmo não estando os direitos de participação limitados aos beneficiários, eles ainda estão sujeitos a reserva do possível, significando o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”¹⁸⁵.

¹⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591.

¹⁸⁴ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Ibidem*, p. 185.

¹⁸⁵ MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 60 et. seq.

Na referida sentença ficou consignado, ainda, “ser necessário que a instituição de ensino demonstrasse que o espaço disponível estava completamente preenchido para que as vagas fossem numericamente limitadas”¹⁸⁶.

Assim, conforme leciona Oswaldo Canela Júnior:

Originalmente concebida na Alemanha, a partir dos anos de 1970, a teoria da “reserva do possível” afirma que a efetividade dos direitos fundamentais sociais dependeria da disponibilidade financeira do Estado. Os altos custos dos direitos fundamentais sociais e o reconhecimento de que a ausência de previsão orçamentária para sua satisfação inviabiliza a sua efetivação¹⁸⁷.

Forçoso reconhecer, contudo, que não basta ao Estado alegar que não possui condições para cumprir os Direitos Fundamentais, precisa efetivamente comprovar que não possui tais condições. Neste sentido Ricardo Maurício Freire Soares, *verbis*:

O argumento da reserva do possível não deve ser utilizado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em matéria de direitos fundamentais, sem a necessária consideração da realidade social, pois, não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, mitigando a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, reatariam inoperantes¹⁸⁸.

Assim, sempre que a reserva do possível for “colocada como um argumento jurídico demanda a produção de provas”¹⁸⁹ devendo ser comprovado e não simplesmente alegado pelo Poder Público. Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça - STJ no Recurso Especial nº.: 1.185.474 - SC (2010/0048628-4) decidiu que a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal. Conforme lembra Cesar Augusto Alckmin Jacob:

A Corte Alemã já fazia questão de dar a devida importância à comprovação das alegações do Estado no tocante às suas possibilidades, quer jurídicas, quer econômicas, rechaçando, nesse passo, argumentos apresentados sem o devido respaldo da realidade, sem a prova de que o Estado, *ipso facto*, já tenha feito todo o

¹⁸⁶ Idem. Ibid, p. 61.

¹⁸⁷ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *O Orçamento e a “Reserva do Possível”*: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 232.

¹⁸⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A Releitura da Teoria Jusfundamental no Sistema Constitucional Brasileiro: Em Busca de Novos Direitos*. Direitos Fundamentais em Construção: Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. Coordenadores: Márcia Rodrigues Bertoldi; Kátia Cristine Santos de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 33.

¹⁸⁹ MAURÍCIO JR., Alceu. op. cit., p. 67.

possível para concretizar o direito pleiteado, ou seja, exigir-se-ia a demonstração cabal daquela indigitada impossibilidade¹⁹⁰.

Na referida decisão, o STJ manifestou ainda que:

É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. (...) Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

Destarte, a tese do mínimo existencial é decorrência da reserva do possível, pois, por não haver recurso para tudo e para todos, o Estado deve garantir, *ao menos*, o suficiente para que o indivíduo possa sobreviver com dignidade.

Não obstante, o mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver¹⁹¹, vejamos:

O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. (...) O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus¹⁹².

Ada Pellegrini Grinover conceitua o mínimo existencial como:

Um direito às condições mínimas de existência do humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: a dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados¹⁹³.

¹⁹⁰ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A "Reserva do Possível": Obrigação de previsão Orçamentária e de Aplicação da Verba*. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 250.

¹⁹¹ Neste sentido Kazuo Watanabe para quem: O "mínimo existencial" diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância. Cf. WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – "Mínimo Existencial" e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 219.

¹⁹² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº.: 1.185.474 - SC (2010/0048628-4)

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 132.

Ato continuando a autora nos ensina que:

O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei¹⁹⁴.

Kazuo Watanabe, cita Gustavo Amaral para lecionar que: “o grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma exigência digna, maior será seu grau de essencialidade, (...) quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser o motivo para que ela não seja atendida”¹⁹⁵.

Já o princípio da proporcionalidade “significa, em última análise, a busca do *justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados*”¹⁹⁶, sobre o tema Ada Pellegrini Grinover cita José Joaquim Gomes Canotilho ao lecionar que:

*O princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação de meios (Geeignetheit), **que impões que a medida seja adequada ao fim**; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, *que impõem a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão*; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (Verhältnismässigkeit) *importando na justa medida entre os meios e o fim*¹⁹⁷. (negrito no original)*

No que concerne ao princípio da proporcionalidade, Vitor Burgo leciona que:

A verificação da proporcionalidade da conduta da Administração é útil na medida em que o Judiciário deverá ser capaz de analisar a política pública sob o prisma do mínimo existencial, mas também da limitação orçamentária do Executivo. Portanto, por vezes o juiz deverá reconhecer que os direitos fundamentais são passíveis de sofrer gradação em seu estabelecimento, de forma que podem ser implementados paulatinamente, segundo as possibilidades de casa Estado¹⁹⁸

Assim, através do princípio da proporcionalidade, o Poder Judiciário irá analisar o caso concreto e dirá se o Administrador Público pautou, ou não, com os interesses estabelecidos na Constituição sendo correto afirmar, caso afirmativo, ao Judiciário não cabe interferir na ingerência da Administração Pública.

¹⁹⁴ Idem. Ibidem, p. 133.

¹⁹⁵ WATANABE, Kazuo. Ibidem, p. 217 et. seq.

¹⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 133.

¹⁹⁷ Idem. op. cit., p. 132.

¹⁹⁸ BURGO, Vitor. Ibid, p. 88.

Todavia, em que pese Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz lecionar que para haver a ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas ser necessário observar os três parâmetros ora abordados, quais sejam, a reserva do possível; o mínimo existencial, e o princípio da proporcionalidade, entende-se que se deve observar, ainda, o Princípio da Subsidiariedade.

Vania Mara Nascimento Gonçalves leciona que “foi a Doutrina Social da Igreja Católica que deu a construção dogmática à ideia de subsidiariedade, nos documentos pontifícios de Leão XIII e Pio XI, sendo este o primeiro a definir o princípio”¹⁹⁹. Vejamos:

Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*, demonstra que o homem é senhor de suas ações e por isso tem direito de escolher as coisas que julgar mais aptas, para prover o seu sustento, presente e futuro. Afirma que não se pode apelar para a providência do Estado, porque este é posterior ao Homem, e antes que ele pudesse formar-se já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência²⁰⁰.

O Princípio da Subsidiariedade foi “Claramente desenvolvido como um princípio de organização social, cujo objetivo precípuo era o de viabilizar o pleno desenvolvimento da pessoa humana através de um equilíbrio na relação entre os cidadãos, a família, os corpos intermediários e o Estado²⁰¹”. Omar Serva Maciel cita Schasching, um dos representantes do pensamento católico, para retratar que o surgimento do princípio da subsidiariedade se deu quando o Papa Pio XI condenava a supressão de autonomia das coletividades e agrupamentos menores pela ingerência estatal, *verbis*:

Ao final dos anos 20 encontrava-se o Pio XI perante uma Europa dividida e destrocada pela primeira guerra mundial. Crises econômicas abalaram o Continente; o desemprego atingia proporções gigantescas e os governos encontravam-se paralisados por infundáveis querelas partidárias. Era de prever a aparição de sistemas radicais. De um lado, o capitalismo liberal que acreditava irresponsavelmente na forma milagrosa do mercado livre. Do outro lado, sistemas totalitários: O marxismo com sua ideologia da luta de classes e da ditadura do Proletariado, e também o fascismo como o seu fanatismo nacionalista.

O Papa e os seus conselheiros examinaram a situação cuidadosamente. A tragédia da Europa devastada não consistia em que não dispusesse de recursos nenhuns. O mal de base consistia em que as forças econômicas e sociais da Europa se encontravam bloqueadas. Bloqueadas pelo capitalismo individualista e também pelo marxismo coletivista.

Da análise destacaram-se por si mesmas duas tarefas. As forças paralisadas da sociedade tinham de ser repostas. E isso significava uma resistência contra o capitalismo de então, o que recusava o que então se chamavam os corpos sociais intermédios e isso significava uma declaração de guerra ao coletivismo de Estado centralista que pretendia o monopólio sobre o que podia existir como sociedade.

¹⁹⁹ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização*. Rio de Janeiro: 2003, p. 100.

²⁰⁰ Idem, op. cit., p. 100.

²⁰¹ TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8.

Para o Papa e os redactores da encíclica social *Quadragesimo Anno* uma coisa era clara: Na confrontação com o capitalismo e o colectivismo não podia ser tarefa da Igreja instaurar um sistema próprio seu ao modo de uma terceira via. O que podia e devia fazer era apresentar um plano que repousasse sobre planos claros e inequívocos e desse orientações claras aos responsáveis na Economia e Sociedade. Precisamente aí radica a origem do princípio da subsidiariedade²⁰².

A Encíclica *Quadragesimo Anno*, conforme nos ensina Thais Novaes Cavalcanti foi escrita em três partes, sendo que nas duas primeiras retoma conceitos e propostas da Encíclica *Rerum Novarum*, trazendo aspectos de como o Estado deve intervir na questão social, que prescreve no ponto 79 (PIO XI, QA)²⁰³:

Como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e capacidade, para confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que as sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los. Deixe, pois, a autoridade pública ao cuidado das associações inferiores àqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiadamente; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela pode fazer; dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função subsidiária dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e lisonjeiro será o estado da Nação²⁰⁴.

A palavra subsidiariedade vem do latim *subsidium*, que significa ajuda, estímulo, encorajamento²⁰⁵. Conforme leciona Silvia Faber Torres, do magistério da Igreja Católica, o princípio da Subsidiariedade migrou para o direito público como um dos suportes doutrinários capazes de definir a repartição de competências entre o ente maior e o ente menor, “sendo utilizado, atualmente, para fundamentar uma nova concepção de Estado, onde o papel do poder público deve ser delimitado ao fito de se resguardarem a liberdade, a autonomia e a dignidade humana”²⁰⁶.

Joacir Sevegnani e Zenildo Bodna cita Sanchez Agesta para afastar toda interpretação que a configure como sentido apenas de secundário ou supletivo. “Subsidiário não quer dizer

²⁰² MACIEL, Omar Serva. *Princípio da Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 22.

²⁰³ CAVALCANTI, Thais Novaes. *Direitos Fundamentais e o Princípio da Subsidiariedade: por uma teoria sobre o desenvolvimento humano*. Osasco: Edifício, 2015, p. 45.

²⁰⁴ Idem. op. cit., p. 45 et. seq.

²⁰⁵ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. Ibidem, p. 104.

²⁰⁶ TORRES, Silvia Faber. Ibidem, p. 9.

que o Estado tenha uma função secundária, de modo a justificar sua atuação somente para suprir deficiências, sob o risco de se restringi-la à visão do Estado liberal”²⁰⁷.

Augusto Zimmermann cita Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao lecionar sobre o Princípio da Subsidiariedade alude que este consiste:

Em deixar ao homem o que ele pode fazer por si; em níveis mais alto, às comunidades, o que podem estas realizar; aos grupos, inclusive empresas, no plano da economia, da saúde, da assistência, o que lhes está ao alcance; à sociedade, o que somente esta pode atender; ao Estado, o que não pode ser bem-feito pelos círculos menores. E no âmbito deste, ao Poder Local, o que este pode desempenhar, apenas dando ao Poder mais alto o que não pode ser conduzido a não ser por ele²⁰⁸.

Percebe-se então, que o Princípio da Subsidiariedade determina que o bem da vida deve ser realizado através de uma hierarquia, começando do nível menor para o nível maior, sendo o nível menor o próprio indivíduo. Neste sentido, Vania Mara Nascimento Gonçalves cita Fausto de Quadros para, dentre as mais de trintas definições diferentes, defini-lo como:

Atendendo às próprias raízes do seu conceito histórico, o Princípio da Subsidiariedade vem a levar a cabo uma repartição de atribuições entre a comunidade maior e a comunidade menor, em termos tais que o principal elemento componente do seu conceito consiste na descentralização, na comunidade menor, ou nas comunidades menores, das funções da comunidade maior. E a comunidade que ocupa o mais alto grau nessa pirâmide é, nos termos clássicos, o Estado²⁰⁹.

Assim, não se pode exigir do ente maior o que o ente menor pode fazer de maneira adequada por seus próprios recursos. A subsidiariedade, por sua vez, poderá ocorrer de forma *vertical* e *horizontal*. Thais Novaes Cavalcanti cita André Franco Montoro para explicar que o Princípio da Subsidiariedade *vertical*:

(...) é um princípio de bom senso, tudo o que puder ser feito no Município deve ser feito por ele, o que ele não puder, o Estado vem em auxílio, o que o Estado não puder a União subsidia. Primeiro tudo aquilo que puder ser feito pela própria sociedade deve ser feito por ela, quando ela não puder fazer o Estado interfere, mas não se trata de um Estado mínimo ou máximo, mas sim do Estado necessário. (...) A União deve ficar com os poderes que nem o Estado nem o Município e nem a sociedade podem fazer de forma adequada ao interesse público. Diretrizes gerais, segurança pública, relações internacionais, mas, principalmente diretrizes. A execução, excepcionalmente, só quando ela realmente não puder ser realizada por instâncias menores²¹⁰.

²⁰⁷ JOACIR, Sevegnani e BODNA, Zenildo. O Princípio da Subsidiariedade como Delimitador das Políticas Públicas no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=81145517f4fafde4>> acesso em: 28/11/2016, p. 6.

²⁰⁸ ZIMMERMANN, Augusto. Ibidem, p. 200.

²⁰⁹ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. Ibidem, p. 104 et. seq.

²¹⁰ CAVALCANTI, Thais Novaes. Ibidem, p. 53 et. seq.

Continuando, a autora leciona que “já o aspecto horizontal da subsidiariedade é fundamental para compreensão do conceito como um todo e refere-se às relações estabelecidas pela própria sociedade civil organizada com a ajuda do Estado. (...) Está mais voltada para o estímulo da própria sociedade civil na solução dos seus problemas e necessidades²¹¹.”

Para José Alfredo de Oliveira Baracho: “com os mecanismos da separação horizontal de poderes e a separação vertical, propicia-se no Estado federal, decisões ou técnicas de atuação que permitem um processo mais transparente, mais balanceado e mais controlável²¹².”

Forçoso reconhecer que a burocracia dos níveis mais baixos é muito menor do que dos níveis maiores, assim, a hierarquização do nível menor para o nível maior viabiliza condições para que a prestação, por parte do Estado seja mais eficiente e não se pode olvidar, capaz de reduzir a corrupção no País, pois, além de reduzir a burocracia, devido a prestação do serviço ser prestado mais próximo daquele que precisa, o poder de fiscalização e controle poderá se dar de forma mais efetiva do que quando a prestação do serviço é executada pelos níveis mais altos, pois, como já dizia a música Declare Guerra de autoria do Barão Vermelho, “e para piorar, quem te governa não presta”.

Como ensina Augusto Zimmermann o Estado centralizador, além de não facilitar a democracia:

Facilitará imensamente, todavia, o clientelismo oligárquico e o burocratismo, no sentido de que o afastamento das instituições políticas inviabilizam uma participação política mais eficiente dos indivíduos e grupos sociais. Em outras palavras, o centralismo favorece muito antes as elites burocráticas do que propriamente a sociedade como um todo²¹³.

Assim, considerando que no atual contexto do Estado Democrático de Direito se prima pelo cumprimento dos Direitos Fundamentais, não parece razoável favorecer a burocracia Estatal em detrimento do povo, pois, o que se investe naquela poderia estar sendo utilizada em prol de toda uma população carente de ajuda por parte do Estado.

Importante consignar que a Constituição Federal de 1988 contemplou o Princípio da Subsidiariedade em vários dispositivos, v.g., arts. 197, 198, III, 205, 227, 230. Neste sentido Silvia Faber Torres, vejamos:

A Constituição de 1988 é um marco importante para o processo de reestruturação do Estado e, embora comprometida com grupos os mais diversos, o que põe sob a

²¹¹ Idem. Ibidem, p. 54.

²¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ibidem, p. 44.

²¹³ ZIMMERMANN, Augusto. Ibidem, p. 211.

suspeita de ilegitimidade de vários de seus dispositivos, é certo que ela deixou-se inspirar pelos postulados do princípio da subsidiariedade²¹⁴.

No que concerne especificamente a saúde, pode-se observar, além de outros, o artigo 198, vejamos:

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

I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - *Participação da comunidade*.

Observe que a Constituição Federal elencou a *participação da comunidade* como uma das diretrizes da saúde. Urge constar, por oportuno, que a Lei orgânica do Sistema Único de Saúde, também privilegia o Princípio da Subsidiariedade, prescrevendo em seu art. 2º, §2º, que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Importante ressaltar que os princípios não precisam, necessariamente, estarem positivados no texto constitucional para vigorar no ordenamento jurídico, tanto que a Constituição em seu art. 2º alude que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e *dos princípios* por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como bem observa Omar Serva Maciel ao discorrer sobre o tema, “a subsidiariedade há de ser credora da mesma positividade emprestada aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”²¹⁵.

Conforme visto alhures, com a descentralização o nível superior recebe competência para agir somente quando ao nível inferior não seja possível a realização de determinada ação, de igual ou melhor forma²¹⁶.

O princípio da subsidiariedade deve, portanto, contribuir para a criação de novas condições que ajudem e estimulem os vários tipos de interesses regionais e locais, respectivamente representados pelos Estados-membros e Municípios; para que estes possam então buscar os seus objetivos particulares com um maior grau de independência política²¹⁷.

²¹⁴ TORRES, Silvia Faber. *Ibidem*, p. 148.

²¹⁵ MACIEL, Omar Serva. *Ibidem*, p. 47.

²¹⁶ ZIMMERMANN, Augusto. *Ibidem*, p. 201.

²¹⁷ *Idem*. *op. cit.*, p. 204 et. seq.

Vania Mara Nascimento Gonçalves cita Constantinesco para fazer referência as três funções do Princípio da Subsidiariedade, vejamos:

É conhecido como princípio de ética política, desde que exprime visão comunitária da sociedade; princípio de repartição de competência, significando que a idéia de subsidiariedade aloca competências entre os níveis de organização pública, quando se estabelece que a cada nível de poder não se deve atribuir senão as competências que ele pode melhor exercer; finalmente, é um princípio que intervém no domínio das competências concorrentes, permitindo a atuação de competência potencial da Federação²¹⁸.

Assim, conforme nos ensina Silvia Faber Torres, existem graus de subsidiariedade, e estes se determinam de modo flexível, estando condicionados à situação concreta analisada²¹⁹, ou seja, somente diante do caso concreto é que se poderá atribuir competência a cada nível de poder, iniciando-se pelo indivíduo.

Para Sevegnani Joacir e Zenildo Bodna a sociedade é heterogênea e, por esta razão:

Formada normalmente por uma pluralidade de comunidades autônomas, o bem comum também apresenta uma variação de valores. A escolha dos valores que o compõem em cada sociedade política deve ser resultado de opções realizadas por homens livres, mantidos intocáveis os direitos fundamentais e preservada a sua dignidade. Nessa senda, a concretização do princípio da subsidiariedade deve ainda se conduzir pela observância da dignidade da pessoa humana, visando especialmente garantir e evitar a retirada ou a redução de direitos inalienáveis e inafastáveis. Toda ação estatal que confronta com os direitos fundamentais, ou a indevida omissão dos poderes públicos, contrariam o princípio da subsidiariedade, se disto resulta afronta à dignidade da pessoa²²⁰.

Contudo, importante trazer a lume os ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho, para quem:

A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples função de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável²²¹.

Neste sentido se posiciona Thais Novaes Cavalcanti, *in verbis*:

Considerando todos esses aspectos, o princípio da Subsidiariedade torna-se uma indicação clara para as relações de poder entre a pessoa, a sociedade e o Estado. Não é princípio que propõe o Estado mínimo reduzido a função de polícia e vigilância, mas um Estado necessário, que atua positivamente para motivar e promover a

²¹⁸ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Ibidem*, p. 113.

²¹⁹ TORRES, Silvia Faber. *Ibidem*, p. 13.

²²⁰ JOACIR, Sevegnani e BODNA, Zenildo. *Ibidem*, p. 9.

²²¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Ibidem*, p. 48.

liberdade da pessoa, orientando, articulando a sociedade civil sem destruir suas competências estatais”²²².

Conforme nos ensina Silvia Faber Torres, “a subsidiariedade não consiste em uma apologia à ação negativa do Estado”²²³, “a *suplência* não é o *sentido* da subsidiariedade, senão que constitui apenas uma de suas facetas. Assina ao poder público a função de estímulo, orientação, coordenação, integração e, em último caso suplência²²⁴”, e continua:

O princípio da subsidiariedade, não consiste, pois, a se analisar a literalidade do termo latino, na definição de um limite, mas, ao revés, na especificação de uma natureza, pela qual a intervenção do Estado é um *subsidium*, isto é, uma ajuda que promove, coordena, controla, vigia e, em determinados supostos de fato, quando assim o exigir o bem comum ou a justiça distributiva, supre²²⁵.

Percebe-se, assim, que o Estado deve, primordialmente, declinar da promoção do bem-estar, e atuar positivamente para motivar e promover a liberdade da pessoa, sem abdicar de suas competências estatais, ou seja, ao Estado compete coadjuvar os seus membros, de forma que o cidadão consiga seu bem-estar sem necessitar do Estado, todavia, não conseguindo, é dever do Estado suprir suas necessidades, de maneira hierarquizada, dos Municípios para a União, sendo que esta deve agir, somente quando não seja possível ser realizado pelos níveis inferiores (Estados e Municípios).

Se o cidadão consegue alcançar por seus meios o bem da vida, é desnecessário a atuação do Estado. Destarte, para haver a interferência do Poder Judiciário nas Políticas Públicas que envolvam direitos sociais de prestações positivas, antes de observar *a reserva do possível* deve se atentar se o *mínimo existencial* pretendido não pode ser alcançado pelo próprio cidadão sem a atuação do Estado.

Sevegnani Joacir e Zenildo Bodna, para ilustrar o referido Princípio utilizam o seguinte exemplo: duas pessoas portadoras da mesma enfermidade, necessitam do uso contínuo de um medicamento, cujo custo mensal é de aproximadamente R\$ 2 mil reais. Enquanto a primeira possui uma renda mensal de R\$ 1 mil reais, a segunda aufera o equivalente a R\$ 20 mil reais. Ambas buscam amparo estatal para arcar com o custo do medicamento²²⁶, haveria a necessidade de ingerência por parte do Poder Público nos dois casos?

²²² CAVALCANTI, Thais Novaes. *Ibidem*, p. 55.

²²³ TORRES, Silvia Faber. *Ibidem*, p. 18.

²²⁴ *Idem*. *op. cit.*, p. 16.

²²⁵ *Idem*. *op. cit.*, p. 17.

²²⁶ JOACIR, Sevegnani e BODNA, Zenildo. *Ibidem*, p. 20.

Há aqueles que irão falar que por ser a saúde direito de todos e dever do Estado, este não poderia indeferir o pedido de nenhuma das pessoas, pois, a saúde é um Direito Fundamental, além de se poder argumentar que no caso de indeferimento de uma das duas, a sentença estaria ferindo o Princípio da Igualdade.

Para responder à questão, importante trazer os ensinamentos de Silvia Faber Torres para quem: “se uma determinada atividade puder ser cumprida com equivalente nível de eficácia seja pelo homem, seja pelos grupos sociais e, ainda, pelo Estado, deverá ser reservada àquele que estiver em plano mais baixo²²⁷”.

Como se pode aferir fazendo uma análise perfunctória do salário auferido pela segunda pessoa, pode-se aferir que ela tem plena capacidade para conseguir alcançar seu bem-estar, assim, a atividade pode ser alcançada por seus próprios meios, logo, *desnecessário o amparo estatal*.

Não obstante, a primeira pessoa não possui a mesma condição financeira que a segunda. Assim, constatada a necessidade e a incapacidade de esta prover o bem da vida, cabe ao Estado agir, sob pena de não o fazendo haver o controle pelo Poder Judiciário com o escopo de garantir que seja cumprido os objetivos da Constituição Federal.

Noutro giro, insta constar, por oportuno, que não há que falar em afronta ao Princípio da Igualdade, pois, como dito alhures, quando foi trabalhado os modernos paradigmas de Estado, para se garantir uma igualdade material mister tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

7 - O FEDERALISMO

A Constituição Federal de 1988, “mais do que qualquer outra antecedente privilegiou a estrutura federativa”²²⁸. O art. 1º da Constituição Federal de 1988 prescreve que: “A República *Federativa* do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)”. Como podemos aferir, nossa Carta Magna adotou o Federalismo como forma de Estado.

²²⁷ TORRES, Silvia Faber. *Ibidem*, p. 12.

²²⁸ FILHO, Valmir Pontes. *Ibid*, p. 212.

Como ressalta Augusto Zimmermann “Constituição formal e federalismo se identificam porque, antes de tudo, *ambos são instituições políticas que visam a delimitação do poder*”²²⁹.

Para Guilherme Peña de Moraes a federação é definida como: “forma de Estado composto ou complexo singularmente ao poder central, e as federadas, intrínsecas aos poderes regionais e locais, recobertos pelos atributos da soberania e autonomia”²³⁰. Todavia, insta esclarecer que não é a federação que é definida como forma de Estado, como sugere o autor, e sim o federalismo.

Com o escopo de evitar erros terminológicos, importante trazer a lição de Carlos Eduardo Dieder Reverbel quando este cita Maurice Croaisat e diferencia a federação do federalismo, *in verbis*:

Quando referimos o termo federalismo estamos diante de uma palavra concernente às ideias, aos valores, às concepções de mundo, que experimentam uma filosofia que compreende a diversidade na unidade, ou seja, a forma de estruturação e associação dos povos, dentro de determinado território.

Quanto ao termo federação, há uma adjetivação de um determinado universo político territorial. A federação busca caracterizar um certo Estado particularizado na geografia política e, assim, defini-lo de maneira comparativa, distinguindo-o dos demais Estados federais através do poder constituinte e da realidade constitucional de cada ordem política²³¹.

A regime federativo representa pacto ou aliança. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Monica Bonetti Couto lecionam que “o regime federativo é a forma de Estado pela qual se visa distribuir o poder de modo a preservar a autonomia dos entes políticos que a compõem. É uma aliança ou união indissolúvel de estados com fundamento em uma Constituição” e “caracteriza-se pela descentralização do poder”²³².

Para Ricardo Castilho, entende-se por forma de Estado²³³ a maneira como este último se estrutura internamente no que diz respeito à proteção do poder político dentro de seu território, podendo dizer que existem duas formas principais de Estado: o chamado Estado Unitário e o Estado Federado²³⁴, continuando o autor leciona que:

²²⁹ ZIMMERMANN, Augusto. *Ibidem*, p. 76.

²³⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Tipos de Estado Federal*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 108 et. seq.

²³¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 21.

²³² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. *Ibidem*, p. 494.

²³³ Embora o Federalismo seja considerado pelo Direito Constitucional como uma forma de Estado oposta ao Estado Unitário, constata-se que é muito mais um sistema de partilha de poder e de organização, independentemente do rótulo que se aplica de “federal”. Cf. SCAFF, Fernando Facury e ROCHA, Francisco Sérgio Silva. *Princípios, Elementos e Conceito do Estado Federal*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 67.

²³⁴ CASTILHO, Ricardo. *Ibid*, p. 29.

Os Estados Unitários são aqueles que se caracterizam, basicamente, por possuir um único poder central corporificando o poder.
Já os Estados Federados são formados pela união indissolúvel de seus assim chamados Estados-Membros²³⁵.

Não obstante, em razão do que propõe o presente estudo, será abordado apenas o Estado Federado. Importante registrar inicialmente, que a Constituição Federal entendeu ser a forma federativa de estado tão importante, que esta não pode ser abolida através de Emenda Constitucional, haja vista ser considerada cláusula pétrea (art. 60, §4º, I), neste diapasão, somente através do Poder Constituinte originário, com a elaboração de uma nova Constituição, é que se poderia vislumbrar uma alteração neste sentido.

Para Valmir Pontes Filho, o Estado Federal pressupõe:

Mais de uma esfera de governo num mesmo território. Mas tal não importa dizer que a soberania esteja “dividida” entre elas: soberano é, apenas, o Estado Federal, enquanto as pessoas políticas que o integram gozam apenas de autonomia política, nos exatos termos e integram constitucionalmente estabelecidos²³⁶.

Com referência ao princípio da autonomia que rege os entes federados, a cada ente “corresponde um mínimo de competência impositiva, arrecadadora, de gestão e de dispêndio que lhe garanta atingir suas finalidades específicas por seus próprios meios”²³⁷.

Para Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Monica Bonetti Couto a organização federal se baseia “na ideia de que a Constituição Federal estabelece um compromisso entre os interesses da unidade nacional e da autonomia regional, criando por meio da compreensão racional um equilíbrio duradouro e benéfico para todos os participantes”²³⁸. Marcelo Douglas de Figueiredo Torres, por sua vez, nos ensina que:

A bibliografia especializada é unânime em apontar que o pacto federal contempla uma certa tensão que lhe seria intrínseca: a combinação de elementos que fortalecem o poder central e a preocupação em preservar a autonomia dos entes subnacionais²³⁹.

²³⁵ Idem. op. cit., p. 29.

²³⁶ FILHO, Valmir Pontes. Ibidem, p. 209.

²³⁷ GARCIA, Maria. *O Estado Federal: O Município e a Limitação de Poderes*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coord. Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 313.

²³⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. Ibidem, p. 493.

²³⁹ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 126.

Urge consignar que o federalismo advém ou de um Estado unitário que se descentraliza, conhecido como federalismo por desagregação, ou da reunião de antigos Estados independentes ou soberanos, para formar um único Estado Federal, sendo este o federalismo por agregação²⁴⁰. O Brasil é um caso típico de *federalismo por desagregação*, pois, historicamente advém de um Estado unitário.

Ademais, o federalismo pode ser de dois níveis ou de quatro níveis²⁴¹, posto que um é aquele em que a autonomia política é evidenciada, unicamente, na União e nos Estados, ao tempo que o outro é aquele no qual a autonomia política é estendida também, ao Distrito Federal e aos Municípios²⁴², sendo este último o adotado pelo Brasil.

Para Ricardo Castilho²⁴³, o federalismo como forma de Estado teve início com a Constituição dos Estados Unidos da América²⁴⁴, com a independência das treze colônias ao se libertarem do jugo inglês, instituindo, assim, um órgão político central, preservando a independência dos Estados-Membros e, segundo Marcelo Figueiredo, teve como base teórica os textos de *O Federalista*, de Madison, Hamilton e Jay²⁴⁵.

Não obstante, em que pese o referido autor aduzir que a base teórica da República Federativa Norte-Americano foi *O Federalista* (1788), fazendo uma análise perfunctória da obra de Carlos Eduardo Dieder Reverbel, poderemos constatar que anterior à publicação desta obra, doutrinadores como Montesquieu²⁴⁶, Rousseau, Althusius *et alii*, já haviam se debruçado sobre os problemas da República Federativa²⁴⁷.

Montesquieu, já falara em “o Espírito das Leis” (1748) que:

Se uma república for pequena, ela será distribuída por uma força estrangeira; se for grande, será destruída por um vício interior.

²⁴⁰ TAVARES, André Ramos. *O Federalismo Social*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 237.

²⁴¹ Para Rubens Beçak: não seria de quatro níveis e sim trino ou tríplice. Cf. BEÇAK, Rubens. *Ibid*, p. 289.

²⁴² MORAES, Guilherme Peña de. *Ibidem*, p. 116.

²⁴³ CASTILHO, Ricardo. *Ibid*, p. 29.

²⁴⁴ Neste sentido: Cf. FIGUEIREDO, Marcelo, *ibidem*, p. 261. MORAES, Alexandre de. *A necessidade de Fortalecimento das Competências dos Estados-Membros na Federação Brasileira*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 158. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. *O Federalismo Brasileiro*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 492. TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 125, e outros.

²⁴⁵ Cf. FIGUEIREDO, Marcelo, *ibidem*, p. 261. Neste sentido: BEÇAK, Rubens. *Ensaio sobre o Estado Federal, A Democracia Deliberativa e sua Inter-relação*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 289.

²⁴⁶ Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. *op. cit.*, p. 492. “Interessante ressaltar que Montesquieu já defendia que a federação funcionaria se fosse composta por estados da mesma natureza, ou seja, estados republicanos”.

²⁴⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ibidem*, p. 25.

Este duplo inconveniente infecta igualmente as democracias e as aristocracias, sejam elas boas ou más. O mal está na própria coisa; não há nenhuma forma que possa remediar.

Assim, parecia muito provável que os homens fossem afinal obrigados a viver sob o governo de um só, se não tivessem imaginado uma forma de constituição que possui todas as vantagens internas do governo republicano e a força externa da monarquia. Estou referindo-me à *república federativas*.

Esta forma de governo é uma convenção segundo a qual vários Corpos políticos consentem em se tornar cidadãos de um Estado maior que pretendem formar. É uma sociedade de sociedades, que formam uma nova sociedade, que pode crescer com novos associados que se unirem a ela. [...]

Este tipo de república, capaz de resistir à força externa, pode manter-se em sua grandeza sem que o interior se corrompa: a forma desta sociedade previne todos os inconvenientes.

Aquele que pretendesse usurpar não poderia ser igualmente aceito em todos os Estados confederados. Se se tornasse poderoso demais em um deles, alarmaria todos os outros; se subjugassem uma parte, aquele que ficasse livre ainda poderia resistir-lhe com forças independentes daquelas que ele teria usurpado e derrota-la antes que tivesse terminado de se estabelecer [...]

Composto por repúblicas, goza da excelência do governo interior de cada uma; e, quanto ao exterior, possui, pela força da associação, todas as vantagens das grandes monarquias²⁴⁸.

Como se verifica, Montesquieu enxerga o federalismo de forma racional e “elimina o duplo inconveniente verificado na estrutura dos Estados do século XVIII, qual seja: maximizar a liberdade no plano interno; minimizar a vulnerabilidade no plano externo”²⁴⁹, urge constar, por mister, que *O Espírito das Leis* (Montesquieu) foi publicado 40 (quarenta) anos antes da publicação *O Federalista* (Madison, Hamilton e Jay) e Montesquieu já tratava do tema e já entendia que federar o que já estava unido, ou unir as partes separadas foi o meio racional encontrado para solucionar o problema da extensão territorial²⁵⁰.

Não obstante, como afirma Carlos Eduardo Dieder Reverbel:

Em que pese Montesquieu ter desenvolvido a teoria da república federativa, a Teoria do Estado e do Direito Constitucional continuam interpretando o federalismo a partir do exemplo constitucional norte-americano, datando sua origem justamente na passagem da confederação à federação, em que as antigas treze colônias inglesas da América do Norte deixaram de ser confederadas para formar uma união mais estável, um laço mais justo, um pacto mais duradouro. Fato, entretanto, que nos intriga e assusta é a total omissão de um sentimento federalista anteriormente à realidade americana²⁵¹.

²⁴⁸ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 141 et. seq.

²⁴⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. op. cit., p. 65.

²⁵⁰ Idem. op. cit., p. 71.

²⁵¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ibidem, p. 60.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Monica Bonetti Couto, todavia, lecionam que Montesquieu já defendia que a federação funcionaria “se fosse composta por estados da mesma natureza, ou seja, estados republicanos”²⁵².

Destarte, “a legitimidade e a originalidade dos Estados Unidos da América na “criação” do federalismo deve ser revista não somente no aspecto temporal, como ainda no aspecto doutrinário”²⁵³, haja vista que Montesquieu é quem merece os créditos por primeiro ter pensado o federalismo.

A experiência Norte-Americana não foi o marco inicial do federalismo como forma de Estado e sim a passagem da confederação²⁵⁴ das treze colônias para à federação²⁵⁵, pois, se antes as trezes colônias eram soberanas, com a Declaração da Independência os Estados Unidos da América, passou-se a ter um Estado Federal soberano e treze Estados-Membros autônomos.

Não obstante, não resta dúvidas que com a federação Norte-Americana surge o primeiro exemplo moderno²⁵⁶ de *federalismo constitucionalmente institucionalizado*, contudo, não há como negar que “extraí seus fundamentos da obra de Montesquieu”.

Pode-se afirmar, ainda, que o federalismo adotado pelos EUA ganhou contornos diferentes ao desenvolvido por Montesquieu ao longo da história. Considerando que as treze colônias (Estados-Membros) mantiveram poderes sólidos em suas mãos com a finalidade de evitar que o Governo Federal se tornasse forte o suficiente para eliminar a autonomia daqueles:

Formou-se lá uma dualidade de competências entre o governo central e o governo local, um verdadeiro mecanismo de limitação do poder central em prol do poder local. A emenda X à Constituição dos Estados Unidos da América reforça este sentimento reciprocamente limitativo e mutuamente exclusivo, pois entrega ao poder central poderes expressos ou enumerados, limitando, portanto, a extensão do poder central ao expressamente concedido e, liberando o poder local para exercer competência plena, ressalvadas apenas as hipóteses de vedação expressa. Tal estrutura competitiva dual serviu de modelo a diversos países da Ibero-América²⁵⁷.

Nos Estados Unidos, então, cada Estado-Membro da Federação “manteve sua individualidade, sua organização e, principalmente, suas competências próprias, com exceção daquelas delegadas ao poder central”²⁵⁸. Alexandre de Moraes aduz que “o regime

²⁵² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. *Ibidem*, p. 492.

²⁵³ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *op. cit.*, p. 25.

²⁵⁴ Confederação é a união de Estados soberanos por meio de um tratado internacional dissolúvel a qualquer tempo. Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. *op. cit.*, p. 495.

²⁵⁵ *Idem. op. cit.*, p. 493.

²⁵⁶ Cf. BEÇAK, Rubens. *Ensaio sobre o Estado Federal, A Democracia Deliberativa e sua Inter-relação*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coord. Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 289.

²⁵⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ibid*, p. 122.

²⁵⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. *Ibidem* p. 492.

presidencialista e o federalismo dualista nasceram em um mesmo momento, sob o prisma da necessidade de, em um só tempo, garantir as autonomias locais e preservar a união e a coesão de todas as antigas colônias”²⁵⁹.

O federalismo *dual*, então, consistia na ideia de que existiam duas esferas de governo (dois níveis de governo – União e Estados-Membros) cada uma com competências específicas e os entes federados eram iguais. Também ficou conhecido como *competitivo*, pois, existia o encorajamento de um regime de competição econômica entre os Estados-Membros, forçando-os a competir pelos cidadãos e, desta forma, atraí-los em razão dos negócios econômicos (livre competição de mercado).

No Brasil o federalismo foi instituído com o decreto 01 de 15.11.1889, documento que deixa claro que o federalismo brasileiro surgiu “em substituição ao Estado unitário existente na época do Império”²⁶⁰, primordialmente para impedir a dissolubilidade do país.

Na Constituição de 1891, o regime federativo foi estruturado de acordo com o modelo norte-americano, mas circunstâncias peculiares à nossa formação histórica e política tiveram influência positiva. [...]

Enquanto nos EUA partia-se da periferia para o centro, no Brasil o movimento era em sentido inverso²⁶¹.

Como leciona Wilba Lúcia Maia Bernardes, a formação do Estado Federal brasileiro, ao contrário do modelo norte-americano, deriva de um Estado unitário, forjado com base na figura do monarca²⁶².

Três foram as modificações significativas na estrutura do Estado na Constituição de 1891, elas são: a mudança da forma de governo monárquica para a republicana, do sistema parlamentarista para o presidencialista e, quanto à forma de Estado, de unitário para federado. Neste ponto, importante dizer que o federalismo dual surgiu no Brasil a partir da constituinte republicana²⁶³.

Impende consignar, por oportuno, que como bem lembra Marcelo Figueiredo:

A Constituição de 1891 praticamente ignora a tradição municipalista e a autonomia dos municípios. Esta consta de um único artigo, no qual é dito que os estados se

²⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Ibidem*, p. 159.

²⁶⁰ CF. FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibid*, p. 222.

²⁶¹ *Idem*. *Ibidem*, p. 227.

²⁶² BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *A experiência federal brasileira: da estrutura dualista e cooperativa à concepção atual de federalismo, comprometida com o Estado Democrático de Direito*. Constituição e Democracia: Aplicações. Cood. José de Oliveira Baracho Júnior. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 303.

²⁶³ Cf. SCAFF, Fernando Facury, ROCHA, Francisco Sérgio Silva. *Princípios, Elementos e Conceito do Estado Federal*. O federalismo atual: Teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 71.

organizarão para que fique assegurada a autonomia dos municípios em tudo quando respeite o seu peculiar interesse²⁶⁴.

Não obstante, com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, este modelo dualista foi perdendo força e foi sendo alterado, conforme leciona André Ramos Tavares, vejamos:

Com o surgimento do denominado Estado do Bem-Estar Social, ou Estado Providência, esse modelo dualista acabou perdendo sua força e interesse originário, inclusive nos EUA, onde o federalismo foi gradativamente sendo alterado, especialmente em virtude de práticas adotadas pela União e decisões favoráveis (à concentração) emitidas pela Suprema Corte norte-americana²⁶⁵.

Surge, então, o denominado *federalismo cooperativo*. Segundo Carlos Eduardo Dieder Reverbel²⁶⁶, a expressão *federalismo cooperativo* foi originalmente adotada pelos EUA para qualificar o “modelo de federalismo contraposto ao existente na ordem federal daquele país (*dual federalism*)” que antes colocava a sustentação do federalismo na autonomia, independência e igualdade dos Estados-Membros e passou-se a existir uma ingerência do Governo Federal no domínio da saúde, socorro e bem-estar, “Segue uma linha natural de evolução cooperativa das instâncias de poder”²⁶⁷, ademais, para o autor:

O modelo cooperativo assentou-se sob o princípio democrático, social e federal. A inter-relação das instâncias de poder, bem como a colaboração delas é mecanismo marcante deste modelo. O desenvolvimento de mecanismos de aproximação, cooperação, auxílio e ajuda dos governos (central e locais) são supervisionados²⁶⁸.

No Brasil, o *federalismo cooperativo* indiscutivelmente foi consagrado na Constituição Federal atual, seguindo orientações que advêm das Constituições de 1934 e 1946²⁶⁹, segundo Fernando Facury Scaff e Francisco Sérgio Silva Rocha, o federalismo cooperativo:

Se evidencia na forma como é considerada a atuação da União em nossa Constituição de 1946, onde foram assegurados à União o controle do comércio exterior e do câmbio, a possibilidade de ampla atuação no controle de endemias e de desastres

²⁶⁴ FIGUEIREDO Marcelo. Ibidem, p. 228.

²⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *O Federalismo Social*. O federalismo atual: Teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 241.

²⁶⁶ Cf. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ibid, p. 115.

²⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 122.

²⁶⁸ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. op. cit., p. 19.

²⁶⁹ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *A experiência federal brasileira: da estrutura dualista e cooperativa à concepção atual de federalismo, comprometida com o Estado Democrático de Direito*. Constituição e Democracia: Aplicações. Coordenador: José de Oliveira Baracho Júnior. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 300.

naturais e o dever de cooperação com os sistemas de ensino dos Estados e Municípios, mediante um auxílio pecuniário²⁷⁰.

Importante consignar, por mister, que, além da cooperação interna que deve existir entre os entes federados, nossa Constituição Federal em seu art. 4º, IX, prescreve em suas relações internacionais, rege-se o princípio da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, demonstrando, também, a importância para o Poder Constituinte da cooperação externa entre as Nações para se atingir o progresso da humanidade.

Wilba Lúcia Maia Bernardes nos ensina que no Estado brasileiro o *federalismo cooperativo*, foi uma tentativa e uma reclamação dos Estados-Membros mais pobres da federação, *in verbis*:

Não podemos deixar de anotar que a introdução do federalismo cooperativo em nosso Estado deve-se, também, a uma tentativa e a uma reclamação dos Estados mais pobres da federação, de equiparar ou de minimizar as disparidades de níveis de desenvolvimento entre os diversos componentes da federação, antes desnivelados na “política do café com leite”, pois esses só conseguiriam promover suas necessidades com o apoio federal²⁷¹.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Monica Bonetti Couto, lecionam que: “os Estados-Membros se relacionam com a União e com os Municípios por meio de um sistema de coordenação, uma vez que todos estão no mesmo nível hierárquico”²⁷². Nossa Constituição Federal de 1988 disciplina a repartição de competência dos entes federados, fixa a capacidade tributária de cada ente e a técnica de repartição de receitas públicas, especificando as rendas, prevendo, ainda, a distribuição da receita tributária. Ademais, discrimina “a renda pelo produto, como forma de cooperação financeira entre as entidades autônomas da Federação”²⁷³ para efetivação dos direitos dos cidadãos.

Segue a tabela com as transferências Constitucionais diretas, como forma de cooperação entre os entes federados, vejamos:

Governo Arrecadador	Governo Receptor	Imposto	Repasse
União	Estados	O produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas	100%

²⁷⁰ SCAFF, Fernando Facury, ROCHA, Francisco Sérgio Silva. *Ibidem*, p. 72.

²⁷¹ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *op. cit.*, p. 307.

²⁷² Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. *Ibid*, p. 499.

²⁷³ SCAFF, Fernando Facury, ROCHA, Francisco Sérgio Silva. *Ibidem*, p. 73.

		autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem	
União	Municípios	O produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem	100%
União	Estados	Vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União vier a instituir, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição	20%
União	Estados Municípios	Operações Financeiras sobre o Ouro	30% 70%
União	Municípios	Territorial Rural	50%
Estados	Municípios	Circulação de Mercadorias e Serviços	25%
Estados	Municípios	Propriedade de Veículos Automotores	50%

Tabela 1²⁷⁴.

Conforme nos ensina Guilherme Penã de Moraes, “a federação é consubstanciada pela repartição constitucional de competências, isto é, a medida do poder político do Estado Federal, de sorte que as matérias de prevacente interesse nacional, regional e local tocam à União, Estados e Municípios, respectivamente”²⁷⁵. Conforme nos ensina Alexandre de Moraes, o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da *predominância do interesse*²⁷⁶, vejamos:

(...) Pelo princípio da *predominância do interesse*, à União caberão aquelas matérias e questões de *predominância do interesse geral*, ao passo que, aos Estados, referem-se as matérias de *predominância de interesse regional*; as municípios, concernem os *assuntos de interesse local*²⁷⁷.

A repartição de competência pode ser desmembrada em dois planos: horizontal ou vertical, com o escopo de evitar falhas e vícios, recorrendo ao original, transcrevemos a diferenciação feita por Guilherme Penã de Moraes em sua íntegra, *in verbis*:

A repartição de competência em plano horizontal implica a compartimentação do poder político no Estado federal, pela disseminação de matérias distintas entre as entidades federativas, encerrando as competências exclusiva e privativa de cada unidade da federação. Em outras palavras: a competência exclusiva é indelegável, enquanto a competência privativa é delegável a outro ente estatal, uma vez satisfeitas

²⁷⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibidem*, p. 248.

²⁷⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Ibidem*, p. 111.

²⁷⁶ Neste sentido: Cf. MORAES, Guilherme Peña de. *op. cit.*, p. 111.

²⁷⁷ MORAES, Alexandre de. *Ibidem*, p. 166.

toda as condições ao deslocamento da competência federativa do delegante para o delegatário.

A repartição de competência em plano vertical importa o compartilhamento do poder político no Estado federal, pela distribuição de matérias idênticas entre as entidades federativas, englobando as competências comum e concorrente entre todas as unidades da federação. Em outros termos: a competência comum é cumulativa, pois as atividades dos poderes nacional, regional e local não são excludentes, ou seja, a atuação de um ente federado pode ser adicionada à de outro, ao passo que a competência concorrente não é cumulativa entre as entidades políticas, ou melhor, a atividade de um ente federativo deve ser subtraída pela de outro, porque a atuação do poder nacional exclui a atividade supletiva dos poderes regional e local na elaboração de normas gerais – princípios que incidem uniformemente no território nacional -, cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios complementá-las, mediante a elaboração de normas específicas – regras que objetivam adaptar os princípios às necessidades e particularidades regionais e locais²⁷⁸.

Em resumo, fazendo uma análise perfunctória da Constituição da República, podemos aferir que esta prescreve as competências *privativas* da União em seu art. 21 (as administrativas) e no art. 22 (as legislativas). “É no exame do rol das competências da União que muitos autores reputam que há séria mácula ao nosso esquema federal e correríamos o risco de chegarmos às feições de um Estado Unitário”²⁷⁹. Neste sentido, José Renato Nalini leciona que a amplitude dos poderes da União, “praticamente não deixa nada para os demais entes federados. Estabeleceu-se uma competência legislativa *privativa* cujo *desing* é o de um verdadeiro Estado unitário”²⁸⁰.

O art. 23 da Constituição Federal trata das competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não obstante, conforme nos ensina o referido autor, quando o Constituinte fixa tais competências, “ ele estabelece *encargos, ônus, deveres*, mais do que poderes”²⁸¹, como salienta, basta nos determos aos verbos empregados no referido artigo: *zelar, cuidar, proteger, impedir, proporcionar, fomentar, combater, registrar*.

No art. 24 estão descritas as competências legislativas concorrentes à União, Estados e Distrito Federal, deixando de relacionar aqui, os Municípios. Marcelo Figueiredo leciona que:

Ao examinarmos o art. 24 da CF, verificamos que ao discriminar os campos de competência concorrente entre a União, Estados e o Distrito Federal, a Constituição circunscreveu o poder legiferante da União às normas gerais (conforme seu §1º). Admitiu a competência suplementar dos Estados e também do Distrito Federal, estão expressas no texto (§2º), bem como as respectivas competências plenas, para o atendimento às suas peculiaridades, na ausência de Lei nacional (§3º). Deixou

²⁷⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Ibidem*, p. 111 et. seq.

²⁷⁹ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Ibid*, p. 112.

²⁸⁰ NALINI, José Renato. *Funéneos Círios Federais*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 335.

²⁸¹ *Idem*. op. cit., p. 335.

expresso que a superveniência de normas gerais suspende a eficácia de lei local com elas incompatíveis (§4º)²⁸².

Já o art. 30, inciso I, alude que os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

Veja que o exercício das competências concorrentes e comuns ficou condicionado às diretrizes gerais da União, pois, como visto ao examinar o Princípio da Subsidiariedade, cabe à União tal mister, haja vista que tais diretrizes nem o Estado nem o Município e nem a sociedade podem fazer de forma adequada ao interesse público. Frisa-se que a União irá executar/atuar, excepcionalmente, só quando ela realmente não puder ser realizada por instâncias menores.

Não obstante, embora a União deva ficar com a tarefa de traçar diretrizes gerais, existe uma discrepância muito grande entre a arrecadação dos entes federativos. André Ramos Tavares, ao comentar sobre o federalismo de cooperação, aduz que em que pese o nome clamar por uma *cooperação* entre os entes federados, na prática, no Brasil, não é isso que se consegue vislumbrar, haja vista que se percebe, claramente, uma subordinação dos Estados-Membros à União e critica a mudança do *federalismo competitivo* para o *federalismo cooperativo*, vejamos:

O que se verificou foi a superação de um federalismo originariamente forte, chamado dual, no qual se reconhecia grande espaço próprio dos Estados-Membros, para um federalismo que, apesar do nome clamar por cooperação, e não subordinação, acabou por provocar exatamente a submissão, por promover o agigantamento e fortalecimento de instrumentos e meio colocados à disposição e uso diuturno da União²⁸³.

O referido autor cita Paulo Bonavides quando aduz que “o federalismo cooperativo é aquele que melhor se amolda aos intuitos autoritários, justamente por permitir que a União se sobreponha às demais unidades” aduzindo que “na prática, tem sido um federalismo de subordinação”²⁸⁴.

Para José Renato Nalini, “embora com traços teóricos mais aproximados ao padrão federal, o Brasil sempre teve regime tendente a facilitar a centralização. Tanto que a União pode intervir nas unidades federadas e açambarca tantas competências que pouco a elas remanesce”²⁸⁵.

²⁸² FIGUEIREDO, Marcelo. *Ibidem*, p. 232.

²⁸³ TAVARES, André Ramos. *O Federalismo Social*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 243.

²⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *O Federalismo Social*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 243.

²⁸⁵ NALINI, José Renato. *Ibidem*, p. 333.

Embora o art. 19, III da Constituição Federal de 1988 expressamente vedar preferência entre os entes federados, reforçando a ideia de um federalismo absolutamente simétrico²⁸⁶, como nos ensina André Ramos Tavares, na prática o que se vê é um “*movimento político contrário*, cuja mentalidade reinante é, ainda, a busca da União como centro primário de competências, centro arrecadatório e de mando”²⁸⁷ e, com o escopo de ilustrar esta mentalidade subordinante o mesmo cita a *Marcha a Brasília em defesa dos Municípios* conhecida vulgarmente como a *Marcha dos Prefeitos*, vejamos:

Esse evento anual, que já ultrapassou sua 15ª edição²⁸⁸, tem se mostrado ineficaz quanto à promoção daquilo que realmente se faz necessário: um redesenho institucional do federalismo brasileiro, com o reforço do respeito aos Municípios no pacto federativo²⁸⁹.

Continuando, André Ramos Tavares aduz que ao invés de uma discussão em pé de igualdade, “o que se vê é um constante beija-mão, no qual as autoridades municipais procuram obter declarações e decisões favoráveis de um todo-poderoso Estado Central”²⁹⁰ em face das diversas dificuldades enfrentadas por Prefeituras em todo o País.

Acessando o site www.marcha.cnm.org.br se pode observar que a pauta da 1ª edição da Marcha a Brasília foi “A renegociação das dívidas municipais junto à União, a elevação do percentual do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), a municipalização dos recursos do IPVA e a regulamentação e o aumento do prazo para pagamento dos precatórios”²⁹¹.

Insta constar, por mister, o descaso dos governantes federais nessa edição, pois, “os prefeitos foram recebidos pela tropa de choque da Polícia Militar no Palácio do Planalto ao tentar audiência com o presidente da República”²⁹².

Forçoso reconhecer que devido à Constituição Federal reservar a maior parte da arrecadação para a União, promove-se um desequilíbrio com os demais entes da federação, em especial nos municípios, pois:

[...] a esfera municipal se revela, a rigor, a mais importante de todas as que compõem o Estado federal, já que nos Municípios é que os cidadãos vivem, moram, trabalham,

²⁸⁶ Cf. TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 240.

²⁸⁷ Idem. op. cit., p. 238.

²⁸⁸ A última edição foi a 19ª e ocorreu de 9 a 12 de maio de 2016.

²⁸⁹ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 238.

²⁹⁰ Idem. op. cit., p. 238.

²⁹¹ Confederação Nacional dos Municípios. XIX Marcha. Disponível em: <<http://www.marcha.cnm.org.br/sobre-a-marcha.php>>. Acesso em: 10/10/2016.

²⁹² Confederação Nacional dos Municípios, XIX Marcha. Disponível em: <<http://www.marcha.cnm.org.br/sobre-a-marcha.php>>. Acesso em: 10/10/2016.

produzem, têm vizinhos e educam a si próprios e a seus filhos; neles é que mantêm, enfim, suas relações político-sociais mais estreitas. Eles existem concretamente, ao contrário dos Estados e da União, que não passam de “criaturas jurídicas”²⁹³.

Maria Garcia cita Regina Macedo Nery Ferrari quando esta aduz que: “é no Município que todos vivemos e é da satisfação de suas necessidades básicas que deflui o nosso bem-estar” e nos reporta ao art. 193 da Constituição Federal para esclarecer que esse “bem-estar e a justiça sociais” são objetivos da ordem social brasileira²⁹⁴.

Exatamente porque todos vivem no Município é que o mais razoável seja este satisfazer o bem da vida daqueles que, na impossibilidade de conseguir por seus próprios meios, venha a necessitar do Estado.

Insta reconhecer que existe uma assimetria entre os entes federados, neste sentido, José Renato Nalini se reporta a Eduardo Ribeiro Moreira quando aduz que:

O autossustento municipal é talvez o maior entrave para a autonomia real dos entes federativos. A federação continua a ser assimétrica, com a União concentrando 70% das autonomias legislativas e tributárias, com Estados-Membros em guerra fiscal e com desigualdades patentes e municípios grandes metrópoles muito ricos ao lado de centenas de municípios deficitários²⁹⁵.

Para Dircêo Torrilhas Ramos “o vocábulo assimétrico é tomado pelo direito, para o estudo das diferenças ou desigualdades existentes, entre o Estado e Estados-Membros de uma federação, com relação à dimensão territorial, população, riqueza, instituições, poder, raça, etnia e língua”²⁹⁶ em que pese o autor aduzir sobre a assimetria entre o Estado e os Estados-Membros, bem como a existentes entre estes, forçoso reconhecer que, seu conceito também se aplica aos Municípios, haja vista também existir uma assimetria grande entre estes.

Não há como negar que a capacidade econômica entre os municípios brasileiro é muito assimétrica e tal fato se deve, principalmente, em razão da extensão territorial do país. Verdadeiramente, “em todos os sistemas federais, há sempre alguma variação de população, tamanho territorial e riqueza. Essa oscilação poderá ser maior ou menor”²⁹⁷. Na federação brasileira, em especial, há Municípios maiores e mais populosos que possuem uma capacidade econômica, em geral, muito maior do que aqueles menores e menos populosos.

²⁹³ FILHO, Valmir Pontes. *Ibid*, p. 215.

²⁹⁴ GARCIA, Maria. *Ibidem*, p. 312.

²⁹⁵ NALINI, José Renato. *Ibid*, p. 334.

²⁹⁶ RAMOS, Dircêo Torrecilhas. *O Federalismo Assimétrico: Unidade na Diversidade*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 121.

²⁹⁷ RAMOS, Dircêo Torrecilhas. *O Federalismo Assimétrico: Unidade na Diversidade*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 129.

Não se pode olvidar que é existem municípios menores, tanto em território e quanto em população, que possuem maior capacidade econômica, inclusive, do que várias cidades maiores e mais populosas, entretanto, tal ocorrência se deve ao fato de alguma característica local, *vg.*, a geografia do local favorecer a instalação de empresas, fazendo com que a capacidade industrial da região seja diferenciada. Pode-se citar a cidade de Nova Ponte, localizada no triângulo mineiro. O “município se estende por 1.111 km² e contava com 12.823 habitantes no último censo”²⁹⁸.

Em apertada síntese, a cidade foi inundada para a construção de uma usina hidrelétrica, sendo planejada e reconstruída na parte mais alta da região. Com o funcionamento da hidrelétrica de Nova Ponte, além da instalação de novas empresas, gerando vários empregos diretos e indiretos o que, por si, melhoraria a economia local, a cidade ainda conta com um *plus*, qual seja: o *Royalties* da hidrelétrica instalada na cidade, e que, faz do Município, uma exceção em nosso sistema federado, pois, em que pese ser um Município relativamente pequeno se destaca dos demais na região.

Diécio Torreclillas Ramos alude que os Estados-membros “com renda *per capita* e riqueza mais elevadas são provavelmente aqueles que podem mostrar mais autonomia no exercício de sua jurisdição determinada constitucionalmente e ser menos dependentes das transferências do governo federal”²⁹⁹ e/ou dos Estados-Membros no que concerne aos Municípios.

Conforme salienta André Ramos Tavares, “nossa *realidade fortemente assimétrica* gera distorções em nosso federalismo na sua opção pela simetria pura” e atende um comando meramente formal que “ao invés de provocar emancipação e autonomia, reforça a dependência das entidades federativas em relação à União”³⁰⁰.

Maria Garcia cita Moreira Neto ao lecionar que “é a faceta financeira de solidariedade federativa que caracteriza, juntamente com as facetas políticas e administrativa, o chamado federalismo cooperativo”³⁰¹.

Verifica-se, portanto que o federalismo brasileiro traz, de um lado, a realidade da expansão territorial, e as Constituições têm procurado adaptar as características da federação a essa realidade visivelmente, porém de maneira vinculada à força centralizadora de uma entidade, a União Federal; de outro lado, demanda, nesse âmbito, voltar-se à base municipalista, para dotá-la de possibilidades político-

²⁹⁸ Cidades do Brasil. Município de Nova Ponte. Disponível em: <http://www.cidade-brasil.com.br/municipio-nova-ponte.html>> Acesso em: 17/10/2016.

²⁹⁹ RAMOS, Diécio Torreclillas. *op. cit.*, p. 130.

³⁰⁰ TAVARES, André Ramos. *O Federalismo Social*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Diécio Torreclillas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013, p. 240.

³⁰¹ GARCIA, Maria.: *Ibid*, p. 313.

econômico-sociais que viabilizem o atendimento às necessidades locais, mediante um pacto federativo dessa característica e abrangência³⁰².

Salvo raras exceções, como é o caso de Nova Ponte, a regra é que os Municípios maiores em território e em população são mais ricos que os menores e menos populosos e permitem uma maior autonomia em relação à União e o Estado da Federação a que pertence ao passo que, os menores e menos populosos são mais dependentes.

Frisa-se que, aqui, a discussão é sobre a centralização do Poder na União, quando, segundo o Princípio da Subsidiariedade, deveria ocorrer exatamente o contrário. Todavia, como se verá adiante uma forma de se equilibrar a balança, é através da descentralização da atividade, onde o Município, se sub-roga no direito dos cidadãos para cobrar dos demais entes federativos aquilo que seria de sua responsabilidade.

Augusto Zimmermann leciona que:

Quando nós hoje afirmamos que o Estado Federal brasileiro é excessivamente centralizador, é porque na realidade constatamos que a União concentra um número exagerado de atribuições, dentre as quais uma boa parte poderia ser transferida para as demais entidades autônomas de nosso sistema federativo, ou simplesmente repassada de forma direta à sociedade. Neste contexto, a ideia do interesse local constitui um dos elementos mais essenciais para a primordial prática da descentralização. E como define Jean Rivero, o reconhecimento da categoria de interesse local distinta do interesse nacional é o dado primeiro de toda descentralização³⁰³.

Vania Mara Nascimento Gonçalves leciona que impera a ideia de suprir a “incapacidade do ente menor com o poder do ente maior. Porém, só deve supri-la ou substituí-la quando impotente e ineficiente para aquele realizar suas tarefas”³⁰⁴, como se pode aferir, a referida autora está falando de execução e não do financiamento.

Conforme leciona Silvia Faber Torres, considera-se o Princípio da Subsidiariedade em sua formulação contemporânea:

Um princípio de divisão de competências e de cooperação, que procura definir os domínios próprios dos indivíduos, dos grupos intermédios e do Estado, exigindo que se atribuam as responsabilidades públicas às autoridades mais próximas dos cidadãos, que se encontram em condições de exercê-las de forma mais eficiente. (...) No plano político, traduz-se no princípio federativo, empregando-se quer como critério de repartição de competência entre as diversas esferas federativas, quer como regra para a solução de conflitos de atribuições que surjam entre elas, de modo a fortalecer, sempre, afinal o poder local, e manter a gestão administrativa o mais próximo possível do cidadão. Implica, pois, em definir que tarefas cumprem às

³⁰² Idem. op. cit., p. 312.

³⁰³ ZIMMERMANN, Augusto. Ibidem, p. 162.

³⁰⁴ GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. Ibidem, p. 110.

instâncias menores e quais, por dedução, devem ser realizadas pelos entes maiores e central ³⁰⁵.

Assim, na divisão de competência o nível mais baixo é quem possuem melhores condições de para atender os objetivos da Constituição Federal. Neste sentido Augusto Zimmermann:

De fato, os entes descentralizados, enquanto aparelhos políticos e/ou administrativos, podem, dentro do seu quadro geográfico, estar muito mais presentes e atuantes na vida rotineira dos cidadãos do que um poder central: único, distante e foco de excesso de burocratização³⁰⁶.

A centralização de competência no Poder Central, em razão da burocracia, além de ser mais ineficiente, também é mais oneroso para Estado, sendo correto afirmar que, além disso, torna muito mais difícil o acesso, controle e a fiscalização pelos níveis mais baixos.

Pelo Princípio da Subsidiariedade, a União deve ocupar dentro do federalismo o patamar de motivar o cidadão a agir em seu próprio interesse, tornando sua atuação subsidiária em relação às esferas regionais e locais, assim como subsidiária a ação dos governos locais às ações dos próprios cidadãos.

Não obstante, como ficou constatado neste capítulo, os Municípios não possuem condições de arcarem com todo o processo, pois, como visto, a maior parte da receita concentra-se em poder da União. Se o Município não possui capacidade econômica, como este poderá socorrer o indivíduo que não conseguir seu bem-estar por seus próprios recursos? Pretende-se, ao final dos próximos capítulos, responder a referida pergunta.

³⁰⁵ TORRES, Silvia Faber. *Ibidem*, p. 35.

³⁰⁶ ZIMMERMANN, Augusto. *Ibidem*, p. 163.

8 – O MUNICÍPIO NO SISTEMA FEDERADO BRASILEIRO

O Constituinte de 1988 não hesitou em inovar no federalismo, “fez com que o município, a partir de 1988, se tornasse ente federativo”³⁰⁷. Não obstante, como já dito, nota-se que há, no sistema brasileiro, uma certa concentração de poder na União, em especial no que tange à captação de recursos, o que faz com que muitos Municípios dependam do repasse de recursos federais para se manterem³⁰⁸.

José Renato Nalini cita José Mário Brasiliense Carneiro e Gunter Dill para afirmar que:

Não basta que os municípios brasileiros possuam o status de ente da Federação do ponto de vista constitucional: precisam exercê-lo de fato do ponto de vista político,

³⁰⁷ NALINI, José Renato. Ibid, p. 333.

³⁰⁸ Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. Ibidem, p. 498.

tributário e administrativo para que atinjam uma capacidade efetiva de pactuar horizontalmente e verticalmente com outros entes federados³⁰⁹.

Ocorre que, em que pese o Município ficar com a menor parcela das receitas tributárias, é no Município que as políticas públicas ocorrem e é nos Municípios que aquele cidadão que não conseguiu promover seu bem-estar independentemente, busca a prestação dos direitos sociais, dentre eles, a saúde, o que levou Valmir Pontes Filho a dizer que a esfera Municipal se revela a mais importante de todas as que compõe o Estado Federal:

Já que nos Municípios é que os cidadãos vivem, moram, trabalham, produzem, têm vizinhos e educam a si próprios e a seus filhos; neles é que mantêm, enfim, suas relações político-sociais mais estreitas. Eles existem concretamente, ao contrário dos Estados e da União, que não passam de “criaturas jurídicas”³¹⁰.

Carlos Eduardo Dieder Reverbel coaduna com esse entendimento, *in verbis*:

É o município que gera renda, circula mercadorias, administra e executa as políticas públicas. A vida existe no Município, nas famílias, nas comunidades locais. Assim, não existe governo central sem governo local, ao passo que todo governo local necessita de um mínimo de governo central³¹¹.

Os orçamentos municipais (principalmente nas pequenas e médias municipalidades) são limitados, tornando-os dependentes das transferências dos estados-membros e, principalmente, da União. Insta constar, por necessário, que na prática, grande parte dos 5.570 municípios brasileiros³¹² subsiste graças ao fundo de participação e da transmissão indireta de receitas.

Importante reconhecer que não passou despercebido que a arrecadação do Município aumentou nos últimos anos, conforme nos ensina Marcelo Figueiredo, vejamos:

[...] Na divisão do bolo tributário nacional, depois de efetuada a repartição obrigatória de receita, nota-se que, implantado o novo sistema, a União perdeu participação (de 62% passou a 58%), os Estados mantiveram a posição (26%) e apenas os Municípios ampliaram fortemente sua fatia, passando de 11% para 16% da receita nacional³¹³.

³⁰⁹ NALINI, José Renato. Op. cit., p. 343.

³¹⁰ FILHO, Valmir Pontes, Ibidem, p. 215.

³¹¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ibidem, p. 126.

³¹² Segundo o IBGE o Brasil possui 5570 Municípios, assim divididos: Acre - 22, Alagoas - 102, Amazonas - 62, Amapá - 16, Bahia - 417, Ceará - 184, Distrito Federal - 1, Espírito Santo - 78, Goiás - 246, Maranhão - 217, Minas Gerais - 853, Mato Grosso do Sul - 79, Mato Grosso - 141, Pará - 144, Paraíba - 223, Pernambuco - 185, Piauí - 224, Paraná - 399, Rio de Janeiro - 92, Rio Grande do Norte - 167, Rondônia - 52, Roraima - 15, Rio Grande do Sul - 497, Santa Catarina - 295, Sergipe - 75, São Paulo - 645 e Tocantins - 139. Disponibilizado em <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/home.php>. Acesso em: 19/10/2016.

³¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. Ibidem, p. 235.

Contudo, o referido aumento ainda está bem aquém do necessário para que os Municípios saiam da qualidade de subordinação para a de autônomos e, assim, consiga subsidiar, com recursos próprios e de forma mais efetiva, os cidadãos que dele necessitam.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 não é um simples pedaço de papel e os Direitos Fundamentais não podem ser ou não garantidos segundo as convivências dos que administram³¹⁴, assim, salvo as exceções abordadas (reserva do possível e o Princípio da Subsidiariedade), sempre que houver a necessidade (mínimo existencial) e a omissão/má prestação das demais funções de governo, cabe ao Poder Judiciário fazer cumprir os objetivos da Constituição Federal e decidir sobre as possíveis escolha de prioridades ou de interesses públicos emergentes, pois, como nos ensina Mônia Clarissa Hennig Leal, a judicialização apresenta-se como uma *questão social*³¹⁵.

José Luiz Bolzan de Moraes, por sua vez, ao analisar o compromisso constitucional, alude que: “permanece no centro do debate: como *dar conta* de um projeto constitucional marcado por uma identidade dirigente, compromissória e social em seu *dever-ser* ante as circunstâncias nem sempre ótimas”³¹⁶.

Como leciona Marcelo Douglas de Figueiredo Torres:

A ideia que está implícita no federalismo é uma relação articulada e harmoniosa entre União, estados, Distrito Federal e municípios, todos cooperando e combinando esforços para, de maneira descentralizada, prestar os serviços públicos, garantir a ordem social e atender às mais variadas necessidades da população³¹⁷.

Entretanto, essa relação entre os Municípios e a União, nível inferior e nível superior respectivamente, na prática, não se confirma ser tão harmoniosa como pretende a Constituição, pois, conforme já dito, o que existe é uma subordinação entre os referidos entes. A fim de demonstrar essa subordinação, mister trazer a lume alguns dados importantes demonstrados pela Comissão Nacional dos Municípios – CNM.

Segundo estudo da CNM, devido a desoneração do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sobre os produtos exportados o Municípios deixaram de arrecadar, em 10 (dez) anos, 85 (oitenta e cinco) bilhões.

³¹⁴ FILHO, Valmir Pontes. Ibid, p. 218.

³¹⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ibidem, p. 56.

³¹⁶ MORAIS, Jose Luís Bolzan. O Estado constitucional: *Entre justiça e política porém, a vida não cabe em silogismos!* Constituição e processo: entre o direito e a política. Coordenadores: Felipe Machado e Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.160.

³¹⁷ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Ibidem, p. 126.

A desoneração do ICMS dos produtos exportados foi proposta pelo Fundo Monetário Internacional (FMI). Assim, com o escopo de ampliar a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional e, conseqüentemente, reestabelecer um equilíbrio nas contas externas, em 1996, foi instituída a Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir), que desonerou do ICMS as Exportações de produtos primários e industrializados semielaborados.

No site do Senado Federal³¹⁸ podemos aferir que:

Até 2003, a Lei Kandir garantiu aos Estados o repasse de valores a título de compensação pelas perdas decorrentes da isenção de ICMS, mas, a partir de 2004, a Lei Complementar 115 – uma das que alterou essa legislação –, embora mantendo o direito de repasse, deixou de fixar o valor. Com isso, os governadores precisam negociar a cada ano com o Executivo o montante a ser repassado, mediante recursos alocados no orçamento geral da União.

Importante trazer à lume que os Municípios e os Estados aprovaram as desonerações do ICMS com a promessa de uma *compensação automática* se houvesse queda de arrecadação, não obstante, conforme demonstrado, pouco tempo depois o repasse deixou de ser feito automaticamente e os governadores e prefeitos têm que negociarem (suplicarem) a cada ano.

A CNM nos relata que nos últimos dez anos, a arrecadação do ICMS sobre os produtos exportados seria estimada em mais de R\$ 341 bilhões. De todo esse montante estimado, 25% é direcionado aos Municípios de cada um dos Estados. Com isso, é possível mensurar que cerca de R\$ 85 bilhões deixaram de chegar às prefeituras na última década, e os R\$ 255 bilhões aos cofres estaduais³¹⁹.

Com a intenção de promover o esforço exportador e complementar as compensações já previstas pela Lei Kandir, em 2004, o Governo Federal criou um auxílio financeiro, o Flex.

O FEX é um repasse autorizado anualmente por medida provisória, ou seja, tal autorização é um poder discricionário do Executivo federal. Essa instabilidade sobre o FEX, assim como o embate político anual sobre o montante a ser repassado como compensação da Lei Kandir, causam prejuízos ao planejamento e à gestão municipal³²⁰.

Conforme demonstrado, os Estados repassam aos Municípios 25% do que arregrada com o Imposto de Circulação de Mercadorias – ICMS. Contudo, desde 2009, o montante da

³¹⁸ Senado Federal. Lei Kandir. Disponível em < <http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-kandir>> acesso em: 19/10/2016.

³¹⁹ Confederação Nacional de Municípios, Boletim CNM - julho de 2016. Disponível para download em: <<http://www.cnm.org.br/biblioteca/exibe/2545#titulo-livro>>, acesso em: 16/10/2016.

³²⁰ Idem.

Lei Kandir está congelado em R\$ 1,5 bilhão por ano; o mesmo acontece com os R\$ 1,9 bilhão do repasse do FEX³²¹.

Vejamos então, como a CNM concluiu que os Municípios perderam R\$ 85 Bilhões nos últimos 10 anos em razão da referida desoneração, *in verbis*:

O ICMS é um imposto gerado toda vez que existe a circulação de mercadorias. A arrecadação e o poder de legislar sobre ele é responsabilidade dos Estados. Por isso, existem 27 legislações e 27 alíquotas para esse imposto em todo o território nacional. Sabendo dessa diversificação de percentuais tributários, o presente estudo considerou uma alíquota média nacional de 17% para todo o período no intuito de estimar quanto deixou de ser arrecadado em todo o Brasil com a incidência desse tributo nas exportações. Na última década, o Brasil exportou mais do que R\$ 2 trilhões. Caso não ocorressem as desonerações de ICMS sobre esses produtos exportados, a arrecadação desse tributo nos últimos dez anos seria estimada em mais de R\$ 341 bilhões. De todo esse montante estimado, 25% é direcionado aos Municípios de cada um dos Estados. Com isso, é possível mensurar que cerca de R\$ 85 bilhões deixaram de chegar às prefeituras na última década, e os R\$ 255 bilhões aos cofres estaduais. Entretanto, a perda de R\$ 85 bilhões dos últimos dez anos foi compensada apenas com R\$ 5,3 bilhões de FEX e R\$ 3,9 bilhões de Lei Kandir. Ou seja, os mecanismos de compensação criados pelo governo federal são insuficientes para repor o prejuízo dos cofres municipais³²².

Para que não paire dúvidas a CNM também informa que neste período de 10 anos, dos R\$ 85 bilhões de arrecadação que os Municípios perderam, foram compensados com apenas R\$ 5,3 bilhões do FEX e R\$ 3,9 bilhões da Lei Kandir, que demonstra a dependência dos recursos da União.

Urge salientar que “há de se levar em consideração que a concretização de Direitos Fundamentais depende de orçamento e que o orçamento é finito”³²³. Forçoso reconhecer, ainda, que segundo o Princípio da Subsidiariedade, o Município por estar mais perto do cidadão, é quem deve, caso aquele não consiga por seus próprios meios promover seu bem-estar, fazê-lo, o que significa ter gastos.

Como nos ensina BOLZAN DE MORAIS, estudamos os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial para entender que estes estão associados aos problemas enfrentados por um “Estado que se apresenta como bem-estar, nas que se executa como de mal-estar”³²⁴.

Importante trazer à lume os ensinamentos de Marcelo Douglas de Figueiredo Torres:

³²¹ Idem.

³²² Idem.

³²³ Grupo Interinstitucional do Ativismo Judicial (sob coordenação do Prof. Dr. José Ribas Vieira). Constituição e processo: entre o direito e a política. Coordenadores: Felipe Machado e Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 191.

³²⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luís, NETO, Elias Jacob de Menezes E TASSINARI, Clarissa. *A Sacralidade do Judiciário e o medo do novo: o exemplo da PEC 33/2011*. Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Organizador: Carlos Alberto Simões de Tomaz. Ano: 2014. Vol. 1. Pará de Minas: VirtualBooks, p. 64.

Uma olhada rápida no art. 30 da CF/88, que lista as competências dos municípios, já demonstra de maneira inequívoca a relevância, abrangência e atribuições da esfera municipal no arranjo federativo brasileiro. (...)

A engenharia institucional da administração pública brasileira concebida pela CF/88 se assenta sobre dois pilares fundamentais: descentralização e controle social. Quanto à descentralização, observamos um aumento enorme das atribuições constitucionais dos municípios, que ficam responsáveis pela operacionalização, implantação e gerenciamento das mais importantes políticas públicas do Estado. Nesse novo arranjo federativo, a União praticamente se retira das tarefas de execução de políticas públicas, (...) permanecendo apenas com a função de formulação, financiamento, normatização e fiscalização³²⁵.

Contudo, o Constituinte no art. 30, Inciso VII, determinou que compete aos Municípios prestar a assistência à saúde *com* a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Fazendo uma análise perfunctória do referido inciso, a contrário *sensu*, percebe-se que a Constituição Federal não pretende que o Município preste a assistência à saúde *sem* a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Conforme lecionam Carlos Alberto Simões de Tomaz e Amarildo Lourenço Costa:

O acesso à justiça é direito fundamental cuja efetividade é imprescindível para a concretização de outros direitos contemplados no sistema normativo, visto que não há como se reputar coerente um ordenamento jurídico que a despeito de listar direitos com os quais pretende contemplar as pessoas, não prover foros e procedimentos para que esses direitos possam ser reivindicados e apreciados por órgãos jurisdicionais imparciais³²⁶.

Wal Martins cita Maria Clara Dias para afirmar que “a atribuição de direitos sociais básicos é, assim, uma condição mínima para que o indivíduo possa reconhecer nas normas da sociedade o respeito por sua própria pessoa”³²⁷.

Onofre Alves Batista Júnior aduz que o “mínimo existencial” do direito à saúde pode “traduzir uma cara e especial prestação material necessária do Estado, especialmente porque a denegação de serviços essenciais de saúde pode acabar, por muitas vezes, por traduzir algo similar à decretação de uma pena de morte”³²⁸.

³²⁵ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Ibidem*, p. 67 et. seq.

³²⁶ COSTA, Amarildo Lourenço, e TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *O Acesso à Justiça na perspectiva de uma concepção ampliada do conteúdo material do Jus Cogens*. Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Organizador: Carlos Alberto Simões de Tomaz. Ano: 2015. Vol. 2. Pará de Minas: VirtualBooks, p. 94 et. seq.

³²⁷ MARTINS, Wal. *Ibidem*, p. 22 et. seq.

³²⁸ JÚNIOR, Onofre Alves Batista. *A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do judiciário*. Constituição e processo: entre o direito e a política. Coordenadores: Felipe Machado e Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 300.

Desde o início do século passado até o final dos anos sessenta, o sistema de saúde brasileiro se preocupava, fundamentalmente, com o combate em massa de doenças e para viabilizar esse objetivo se utilizava de campanhas de saúde pública³²⁹. A partir dos anos setenta passou a priorizar a assistência médica curativa individual e, depois da segunda metade da década, surgiu a ideia de expansão de cobertura assistencial³³⁰.

Por esta razão, somente em 1992 o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais ingressou na ordem jurídica interna, pois, havia incompatibilidade do disposto no Pacto e no direito interno vigente à época, pois, antes do Sistema único de Saúde – SUS, o direito à saúde era garantido, basicamente, apenas para os trabalhadores com vínculo formal e seus dependentes.

Com o escopo de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde e tornar obrigatório o atendimento público de forma universal e gratuita, em 1988 o Sistema Único de Saúde foi estabelecido junto com a Constituição Federal³³¹, a partir daí a saúde se tornou direito do cidadão³³², sendo regulamentando dois anos depois pela Lei Federal nº.: 8.080/90. Impende constar, por oportuno, que a Lei Federal nº.: 8.080/90 teve vários de seus artigos vetados pelo então presidente da República Fernando Collor de Mello, sendo encaminhado novo projeto de Lei ao Congresso Nacional, que seria aprovado sob o nº.: 8.142/90.

Wal Martins, analisando em síntese, as Leis supracitadas, aduz que:

A primeira [Lei nº.: 8.080/90] determinava as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, o que incluía as condições para a transferência de recursos para o setor, os critérios de repasse de recursos para Estados e Municípios etc. (...) A nova Lei [Lei nº.: 8.142/90] estabeleceu as formas de participação da comunidade na gestão do SUS, tratou da criação dos conselhos de saúde, das transferências intergovernamentais de recursos para a saúde, das possibilidades de repasse regular e automático e da distribuição dos recursos entre Municípios, Estados e Distrito Federal³³³.

Importante consignar, por mister, que o Sistema Único de Saúde (SUS) faz parte de um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, ele abrange desde um simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para

³²⁹ Cf. MARTINS, Wal. op. cit., p. 28.

³³⁰ Cf. Idem. op. cit., p. 45.

³³¹ Anteriormente o Sistema de Saúde era o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS - e quem poderia ser atendido era somente os trabalhadores formais. Nesta época se cuidava da doença e não da saúde, ou seja, não tinha o caráter preventivo do SUS.

³³² Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>. Acesso em: 21/10/2016. Neste sentido ainda: Cf. MARTINS, Wal. Ibid, p. 47.

³³³ MARTINS, Wal. Ibidem, p. 97 et. seq.

toda a população do país³³⁴. Importante ressaltar que toda a população tem direito a consultas, exames, medicamentos, internações e tratamentos nas Unidades de Saúde vinculadas ao Sistema.

Prescreve o art. 196 da Constituição Federal de 1988³³⁵ que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, sendo correto afirmar que da leitura do art. 198, pode-se abstrair que a saúde é “direito público subjetivo oponível ao Estado”³³⁶.

Conforme abordado no tópico sobre a judicialização das políticas públicas, em razão de tal comando constitucional, quando se verifica a omissão por parte do Estado (Poder Executivo ou Legislativo) é comum uma pessoa demandar judicialmente para conseguir determinado tratamento ou remédio e, diante do comando Constitucional que determina que é *dever* daquele garantir a saúde de todos, o Poder Judiciário defere o pedido, condenando o Poder Executivo a custear o que lhe foi pedido, em face do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

Não obstante, é sabido que a administração pública atual é profundamente afetada pela ausência de recursos e por uma exigência cada vez mais ampla da sociedade, em especial o Município, refletindo em elevada preocupação de controle mais eficiente das atividades governamentais.

Importante registrar, que, conforme já dito, a Constituição e a Lei Orgânica da Saúde recepcionaram o Princípio da Subsidiariedade, assim, o dever do Estado não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (art. 2º, §2º da Lei Federal nº.: 8.080/90), sendo estes corresponsáveis por prover a saúde.

Ademais, o art. 198, I da Constituição Federal de 1988, prescreve que as ações de saúde e serviços públicos de saúde integram uma rede *regionalizada e hierarquizada, descentralizada*, com direção em cada esfera de governo. No que concerne à descentralização, esta constitui, “principalmente, na luta pelas autonomias locais”³³⁷, pois, como nos ensina Augusto Zimmermann:

Através da descentralização modelada pelo federalismo, a União não se envolve nos negócios meramente regionais, desviantes dos assuntos de verdadeira autenticidade

³³⁴ Ministério da Saúde: Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/811-sas-raiz/daet-raiz/media-e-alta-complexidade/11-media-e-alta-complexidade/12335-apresentacao-ma-complexidade>. Acesso em: 02/10/2016.

³³⁵ Constituição Federal. 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.

³³⁶ MARTINS, Wal. op. cit., p. 47.

³³⁷ ZIMMERMANN, Augusto. Ibidem, p. 200 et. seq.

nacional. Da mesma forma, ela alivia a sobrecarga burocrática federal e aumenta a presteza e eficácia da administração pública em todos os seus níveis, destarte possibilitar uma ampla participação social nos programas e atividades governamentais; participação essa que se configura numa das principais vantagens deste eventual processo de descentralização³³⁸.

Virgílio Afonso da Silva cita um exemplo relatado por Alberto Kanamura que é a doença de Gaucher, onde o mesmo aduz que no Estado de São Paulo, existem, aproximadamente, 100 (cem) portadores da doença e que, em virtude de decisões judiciais, o Estado gasta com o tratamento, por pessoa, US\$ 9.620 por mês. Fazendo uma conta simples, o Estado de São Paulo gasta, apenas com a referida patologia, de forma individualizada, mais de US\$ 962.000,00³³⁹.

Forçoso reconhecer que pequenos municípios chamais conseguiriam dar cumprimento ao provimento judicial. Nestes casos, considerando que o Município não pode fazer bem feito, cabe ao Estado, e no caso deste também não o conseguindo, à União atuar subsidiariamente já que não foi possível pelos círculos menores.

Voltando ao capítulo “O Federalismo”, verifica-se que no Brasil, em que pese as dificuldades já expostas ali, optou por um federalismo de cooperação, onde “a inter-relação das instâncias de poder, bem como a colaboração delas é mecanismo marcante deste modelo”³⁴⁰.

No que concerne à competência dos entes federativos, já se falou que a Constituição Federal em seu art. 30, VII, alude que compete aos Municípios prestar assistência à saúde *com a cooperação técnica e financeira* da União e dos Estados, essa cooperação não passou despercebida, também, pela a Lei Orgânica do SUS prescreve que:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

(...)

XIII - **prestar cooperação técnica e financeira** aos Estados, ao Distrito Federal e **aos Municípios** para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

(...)

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

(...)

III - **prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios** e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

(...)

Assim, tanto a União quanto os Estados-Membros devem prestar cooperação técnica e *financeira* aos Municípios. Percebam que a Constituição Federal se utilizou da preposição

³³⁸ Idem. op. cit., p. 156.

³³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 597.

³⁴⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ibid, p. 19.

“com” estabelecendo, assim, uma ligação de dependência entre prestar o atendimento à saúde e cooperação técnica e financeira.

Importante trazer a lume ainda, que o art. 23, II da Constituição Federal de 1988 prescreve que a saúde é competência comum entre os entes federado, criando, assim, uma solidariedade entre o Município e os demais entes federados.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, decidiu recentemente ao julgar o RE 855.178, vejamos:

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente³⁴¹.

Percebam que o STF reconhece a responsabilidade solidária³⁴² podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em *conjunto* ou *isoladamente*. E continua:

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

Urge reconhecer, que para o cidadão é muito mais célere ter o Município no polo passivo do que o Estado e/ou a União, em razão da proximidade e porque não dizer, pela redução da burocracia, o que levou Augusto Zimmermann a dizer que:

Hoje, o próprio cidadão brasileiro aparenta não mais exigir que o Governo central brasileiro seja forte e paternalista, aqui já reconhecendo-se que as instâncias estaduais, mas especialmente as municipais, estão melhor capacitadas para atenderem às necessidades preeminentes de cada comunidade³⁴³.

Interpretando o julgado de acordo com o Princípio da Subsidiariedade, certo é que, por questão de logística e economia processual, é muito mais fácil para o Município responder a

³⁴¹ Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão do Recurso Extraordinário 855.178/Sergipe. O Documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 7995304.

³⁴² Neste sentido: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014; ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teroi Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014; ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013; ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; RE 586.995-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16.8.2011; RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011; RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffol; Primeira Turma, DJ 18.2.2014; AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

³⁴³ ZIMMERMANN, Augusto. *Ibidem*, p. 162 et. seq.

ação judicial, pelo fato de estar próximo do cidadão do que a União, até mesmo para se verificar a real necessidade daquele que está pedindo o bem da vida.

Não obstante, como visto alhures, comprovadamente os Municípios não possuem recursos financeiros para absorver todas as demandas que chegarem pedindo uma prestação positiva por parte do Estado, que sabemos tem um custo.

Como então solucionar este aparente paradoxo? Se o Município não possui capacidade econômica, como este poderá socorrer o indivíduo que não conseguir seu bem-estar sozinho?

A saída para a celeuma ora posta, e que atenda ao Princípio da Subsidiariedade, seria o indivíduo acionar o Município por este estar mais próximo de sua necessidade. Não obstante, verificado que o próprio cidadão não consegue por seus próprios recursos realizar o bem da vida, sempre respeitando a reserva do possível, o Município seria chamado a atuar no processo, desde que tenha condições de fazer bem feito.

Destarte, considerando a responsabilidade solidária dos entes federativos, o Município sub-roga-se no direito do cidadão e passa a ter o direito de regresso contra aquele ente que cabia a obrigação.

O art. 346 do Código Civil prescreve que:

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:
I - Do credor que paga a dívida do devedor comum;

Ademais, o art. 349 do referido digesto estabelece que:

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores

Todavia, para que o Município possa se sub-rogar ao direito do cidadão em desfavor daquele ente federado que cabia a obrigação, mister identificar qual a obrigação de cada ente federativo no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Embora a Constituição Federal estabelecer os princípios, diretrizes e competências do Sistema Único de Saúde, *não* define, especificamente, quais são as obrigações de cada esfera de governo dentro do Sistema. A Lei Federal nº.: 8.080/90, Lei Orgânica do SUS, também não dispôs sobre a essa articulação interfederativa, restando essa tarefa para o Decreto Federal nº.: 7.508 de 28 de junho de 2011, que regulamenta o referido digesto.

Importante observar que o Decreto Federal, alude em seu art. 15 que “o processo de planejamento da saúde será ascendente e integrado, *do nível local até o federal, (...)*,

compatibilizando-se as necessidades das políticas de saúde com a disponibilidade de recursos financeiros”.

Como se verifica, o Decreto Federal estabelece um processo ascendente, do nível local até o federal, o que demonstra que o Legislador Pátrio prestigiou, também aqui, o Princípio da Subsidiariedade.

Urge esclarecer, por necessário, que a obrigação de cada ente federado, será pactuada por estes nas respectivas *Comissões Intergestores*, estabelecendo, para tanto, suas responsabilidades na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES, que compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde, bem como na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, que compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

Segundo o próprio Decreto Federal em seu art. 2º, IV, considera *Comissões Intergestores* as instâncias de pactuação *consensual* entre os entes federativos para definição das regras da gestão compartilhada do SUS, e em seu art. 32 prescreve que:

Art. 32. As Comissões Intergestores pactuarão:

I - aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, de acordo com a definição da política de saúde dos entes federativos, consubstanciada nos seus planos de saúde, aprovados pelos respectivos conselhos de saúde;

(*omissis*)

IV - responsabilidades dos entes federativos na Rede de Atenção à Saúde, de acordo com o seu porte demográfico e seu desenvolvimento econômico-financeiro, estabelecendo as responsabilidades *individuais* e as *solidárias*;

Esse acordo de colaboração entre os entes federativos para a organização da rede interfederativa de atenção à saúde será firmado por meio de *Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde*, sendo correto afirmar que este tem a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde (art. 2º, II do Decreto Federal nº.: 7.508/11).

Conforme prescreve o art. 34 do referido digesto o objetivo do Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde é: “a organização e a integração das ações e dos serviços de saúde, sob a responsabilidade dos entes federativos em uma Região de Saúde, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência aos usuários”.

Urge constar, por oportuno, que o Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde, então, definirá as responsabilidades *individuais* e *solidárias* dos entes federativos com relação às ações e serviços de saúde, os indicadores e as metas de saúde, os critérios de avaliação de desempenho, *os recursos financeiros* que serão disponibilizados, a forma de controle e fiscalização da sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde (art. 35 do Decreto Federal nº.: 7.508/11).

Assim, é no Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde que conterà as responsabilidades assumidas pelos entes federativos, as quais serão estabelecidas de forma individualizada, de acordo com o perfil, a organização e a capacidade de prestação das ações e dos serviços de cada ente federativo da Região de Saúde, bem como os recursos financeiros que serão disponibilizados por cada um dos partícipes para sua execução.

Assim, através das Comissões Intergestores, que pode ser tripartite (no âmbito da União), Bipartite (no âmbito do Estado) e Regional, serão pactuadas pelos entes federativos, através do Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde os recursos financeiros que serão disponibilizados por cada um dos entes da federação, sendo que, através deste documento, forçoso reconhecer que é possível identificar o que cada ente materializou como sendo de sua responsabilidade para assegurar ao cidadão seu Direito Fundamental à saúde.

Percebam que os entes federados assumem para si, segundo suas possibilidades/necessidades, suas responsabilidades, sendo correto afirmar, ainda, que o contrato faz Lei entre as partes, assim, fica defeso a União e ao Estado se recusarem a assumir aquilo que, voluntariamente, se responsabilizaram.

Se os próprios entes federados já consignaram o que é de sua obrigação, na hipótese do Município custear o que seria de responsabilidade dos demais, nascerá para si o direito de regresso daquilo que foi pago além de sua responsabilidade pactuada.

Assim, a sentença que condenar o Município a custear para o cidadão o Direito Fundamental a saúde, servirá de título executivo e este terá direito de regresso em desfavor da União e do Estado-Membro onde estiver localizado, haja vista que todos são coobrigados solidários.

Insta constar, por mister, que, considerando que não existe nenhum óbice nos termos do art. 283 do Código Civil, o Município poderá exigir nos próprios autos o que pagar em nome dos demais entes federados.

Contudo, se o Município não puder fazer realizar determinada ação bem feito, poderá chamar a lide os demais entes federados nos termos do art. 130, III, do Código de Processo Civil.

Acredita-se que com a descentralização do Poder, haverá um ganho para todos de uma forma em geral, haja vista que irá reduzir a burocracia e a efetividade do bem da vida será mais célere para aquele cidadão que necessita do estado.

09 - CONCLUSÃO

A proteção de Direitos Humanos, iniciado, efetivamente após a Segunda Guerra Mundial, sem sobra de dúvidas impulsionou a transformação na ordem internacional, adotando-se o direito a ter direitos e essa transformação afetou, de sobremaneira a ordem interna do Estado. Contudo, não bastava criar direitos, era mister criar mecanismos para efetivar tais direitos. A complexidade estabelecida na relação entre o Poder Público e cidadãos com garantias constitucionais que lhe garantem receber um bom serviço público e tratamento digno, representa hoje uma grande preocupação para os gestores públicos.

É certo que os Direitos Fundamentais, definidos como indispensáveis ao ser humano no âmbito jurídico de determinado Estado, têm se destacado mais uma figura formal do que, propriamente dito, um objetivo constitucional materialmente *alcançado*, e este fato se deve a vários motivos, dentre eles a falta de interesse político para se concretizar os direitos sociais garantidos em nossa Constituição Federal.

Ocorre que o texto Constitucional não pode ser tratado como simples pedaço de papel e, no caso do Estado se omitir a cumprir com os objetivos da Constituição, ou, cumprir de maneira insatisfatória, desviando-se das prioridades estabelecidas pela Carta Política de 1988, a função Judiciária, em razão do Poder Uno e da Soberania do Próprio Estado pode e deve atuar suprimindo a ausência daquela função omissa, o que passou a ser denominado de Judicialização

das Políticas Públicas, ou seja, sempre que os Administradores Públicos deixarem de efetivar os direitos sociais garantidos pela Carta da República, nasce para o cidadão que necessite, o direito de pleitear na justiça o bem da vida, devendo o Poder Judiciário condenar o Administrador Público a fornecê-lo.

Não obstante, para que se possa haver a ingerência da função Judiciária nas outras funções, sem que seja desrespeitado o Princípio da Separação dos Poderes, mister que o Poder Judiciário respeite algumas premissas, quais sejam: o mínimo existencial, o princípio da subsidiariedade, a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade; sendo defeso ao Poder Judiciário inovar, em suas decisões.

De acordo com tais premissas, o Poder Judiciário não poderá julgar procedente o pedido, apenas verificando se o que se pede é o mínimo para se conseguir o bem da vida, sendo necessário, primeiramente, verificar se aquele que pede tem condições de consegui-lo com recursos próprios, pois, neste caso, não há a necessidade de interferência do Estado.

Se o cidadão consegue promover seu bem-estar de forma independente, *desnecessário o amparo estatal*, sem que, contudo, desrespeite o Princípio da Isonomia, pois, a igualdade material é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Assim, o Poder Judiciário, antes mesmo de analisar a reserva do possível, deverá verificar a capacidade econômica do autor para saber se o mesmo consegue o seu bem-estar por seus próprios meios. Constatado a capacidade financeira o pedido deverá ser indeferido por falta de interesse de agir, uma vez que não possui necessidade.

Após verificar a real necessidade de intervenção do Estado, o próximo passo é aferir se este possui condições financeiras para executar, bem feito, tal mister. Caso contrário, em respeito à reserva do possível, não é crível que se obrigue ao Estado a Fazer aquilo que não lhe é possível.

Entretanto, verificado que o Estado possui condições para executar o que lhe está sendo pedido, o Juiz irá analisar o caso concreto e decidirá se o Administrador Público pautou, ou não, com os interesses estabelecidos na Constituição sendo correto afirmar que, caso afirmativo, ao Judiciário não cabe interferir na gestão pública, uma vez que possui autorização para fazê-lo somente nos casos em que aquele é omissor ao realizar determinada Política Pública, ou quando esta não é efetivada de maneira satisfatória, do contrário, o Poder Judiciário estará ferindo o Princípio da Separação dos Poderes.

Em respeito ao Princípio da Subsidiariedade, o Município deverá ser o primeiro dos entes federados a se responsabilizar por efetivar os objetivos do texto constitucional e assegurar o bem da vida ao indivíduo que dele necessita, uma vez que está mais próximo deste,

diminuindo assim, a burocracia estatal e conseguindo efetivar as Políticas Públicas mais rapidamente, pois, conforme vastamente tratado neste estudo, é no Município que as pessoas vivem. A efetividade dos Direitos Fundamentais passa a ser a passagem para o novo Direito Constitucional.

Fazendo uma releitura do Federalismo em fase do Princípio da Subsidiariedade, podemos aferir que a real descentralização do Poder é, sem sobra de dúvidas, mais benéfica do que a centralização, haja vista que os objetivos da Constituição Federação serão alcançados de maneira mais eficiente e menos onerosa para o Estado, pois, alivia a sobrecarga burocrática federal.

Impende reconhecer que a centralização de competência no Poder Central, além de ser mais ineficiente, também é mais onerosa para Estado em razão da burocracia, ademais, torna muito mais difícil o acesso, fiscalização e controle, por parte daqueles que necessitam das referidas Políticas Públicas, diversamente do que ocorre quando estas são prestadas pelo Município, pois, neste caso, o acesso, fiscalização e controle ocorrerá de forma mais efetiva devido estar mais próximo daquele que necessita do serviço público.

A descentralização, ainda, trará outros benefícios para a população, à guisa de reduzir despesas com a burocracia Federal (que em nada beneficia a população), podendo o que seria investido com essa, ser reinvestido na própria saúde. Não se pode olvidar que, a descentralização irá, ainda, reduzir a corrupção do País, tendo em vista que o acesso e o poder de fiscalização e controle serão maiores e mais efetivos. É o povo exercendo diretamente o seu poder.

Importante ressaltar que não há que se falar em retirar todas as competências da União, pois, essa, verdadeiramente, possui um papel importante frente ao princípio da Subsidiariedade, qual seja, motivar o cidadão a agir em seu próprio interesse, tornando a atuação daquela subsidiária em relação às esferas regionais e locais e estes subsidiários das ações dos próprios cidadãos.

A União no exercício das competências concorrentes e comuns ficou responsável por elaborar as diretrizes gerais, pois, como visto tais diretrizes nem o Estado nem o Município e nem a sociedade podem fazer de forma adequada ao interesse público, assim, a União irá executar as Políticas Públicas, excepcionalmente, só quando ela realmente não puder ser realizada por instâncias menores.

A Constituição Federal optou por um federalismo de cooperação, devendo existir uma inter-relação das instâncias de poder e colaboração entre elas. Ademais, a Constituição Federal estabeleceu, ainda, que a responsabilidade dos entes da federação em relação à assistência à

saúde é solidária, o que significa que o Município poderá ser demandado isoladamente em demandas judiciais que pleiteiam prestação positiva por parte do Estado para se conseguir o bem da vida.

Não obstante, como visto alhures, comprovadamente os Municípios não possuem recursos financeiros para absorver todas as demandas que chegarem pedindo uma prestação positiva por parte do Estado, que sabemos tem um custo.

Então, tem-se uma tensão entre o Princípio da Subsidiariedade, que estabelece que os Municípios devem efetivamente executar as Políticas Públicas, por estarem mais próximos de quem necessita e a falta de recursos financeiros por parte deste para absorver todas as demandas do Estado. Como então solucionar este aparente paradoxo?

Os entes federados celebram um acordo de colaboração para organização da rede interfederativa de atenção à saúde, e, através, deste é possível aferir a responsabilidade, inclusive financeira, de cada ente federado, por meio de *Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde*, tendo este a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, onde se verifica a definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, *recursos financeiros que serão disponibilizados*, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

No Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde, está definido as responsabilidades *individuais e solidárias* dos entes federativos com relação às ações e serviços de saúde, bem como *os recursos financeiros* que serão disponibilizados. Percebe-se que os entes federados assumem para si, segundo suas possibilidades/necessidades, suas responsabilidades.

Destarte, considerando a responsabilidade solidária dos entes federativos, bem como que o contrato faz Lei entre as partes, fica defeso a União e ao Estado se recusarem a assumir aquilo que, voluntariamente, se responsabilizaram.

Assim, o Município poderá ao efetivar o bem da vida daquele que necessita isoladamente, ou mesmo em conjunto, for condenado a pagar o que seria de responsabilidade de outro ente federado, este se sub-roga no direito do cidadão e nasce para si o direito de exigir o pagamento daquele que se responsabilizou a fazê-lo, podendo ser cobrado nos próprios autos do processo que fora condenado.

REFERÊNCIAS:

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*, in *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*, coord. Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução: Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, 5ª edição alemã, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Ruy Barbosa, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEÇAK, Rubens. *Ensaio sobre o Estado Federal, A Democracia Deliberativa e sua Inter-relação*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *A experiência federal brasileira: da estrutura dualista e cooperativa à concepção atual de federalismo, comprometida com o Estado Democrático de Direito*. Constituição e Democracia: Aplicações. Cood. José de Oliveira Baracho Júnior. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Aceso em 22/11/2016.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis, NETO, Elias Jacob de Menezes E TASSINARI, Clarissa. *A Sacralidade do Judiciário e o medo do novo: o exemplo da PEC 33/2011*. Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Organizador: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Ano: 2014. Vol. 1. Pará de Minas: VirtualBooks.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado constitucional: Entre justiça e política porém, a vida não cabe em silogismos!*. Constituição e processo: entre o direito e a política. Coordenadores: Felipe Machado e Marcelo Cattoni Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Normatividade e Concretização: A legalidade constitucional*. O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides, Organizadora: MOURA, Lenice S. Moreira de. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto Federal nº.: 7.508: Senado, 2011.

_____. Lei Federal nº.: 8.080/90, Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde. Brasília: Senado, 1990.

_____. Lei Federal nº.: 8.142/90. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. Brasília: Senado, 1990.

_____. Ministério da Saúde: Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/811-sas-raiz/daet>

raiz/media-e-alta-complexidade/11-media-e-alta-complexidade/12335-apresentacao-ma-complexidade. Acesso em: 02/10/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº.: 1.185.474 - SC (2010/0048628-4).

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº.: 855.178 - Sergipe. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1ª ed, 2ª tiragem, 2006.

BURGO, Vitor. *O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

CAMBI, Eduardo e SILVA, Diego Nassif da. *Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Organizadores: Dirceu Pereira Siqueira e Fernando de Brito Alves: Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. Editora Boreal. 1 ed. Birigui, SP. 2011.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *O Orçamento e a “Reserva do Possível” : Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas*. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

CASTILHO, Ricardo. *Estado: Elementos Constitutivos, Conceitos, Objetivos e Tipos. O federalismo atual: teoria do federalismo*. Coord. Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

CAVALCANTI, Thais Novaes. *Direitos Fundamentais e o Princípio da Subsidiariedade: por uma teoria sobre o desenvolvimento humano*. Osasco: Edifício, 2015.

Cidades do Brasil. Município de Nova Ponte. Disponível em: <http://www.cidade-brasil.com.br/municipio-nova-ponte.html>> Acesso em: 17/10/2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Coord. Clèmerson Merlin Clève, Bruno Meneses Lorenzetto. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Confederação Nacional de Municípios. Boletim CNM - julho de 2016. Disponível para download em: <<http://www.cnm.org.br/biblioteca/exibe/2545#titulo-livro>>, acesso em: 16/10/2016.

_____. Boletim CNM. Disponível para download em: <http://www.cnm.org.br/portal/dmdocuments/Boletim_Julho_2016.pdf>, acesso em: 03/11/2016.

_____. XIX Marcha. Disponível em: <<http://www.marcha.cnm.org.br/sobre-a-marcha.php>>. Acesso em: 10/10/2016.

COSTA, Amarildo Lourenço, e TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *O Acesso à Justiça na perspectiva de uma concepção ampliada do conteúdo material do Jus Cogens*. Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Organizador: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Ano: 2015. Vol. 2. Pará de Minas: VirtualBooks.

COURA, Alexandre de Castro. *Tensão entre facticidade e validade no plano da jurisdição constitucional contemporânea*. Coordenadores: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim. Constituição e Processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, *O direito à diferença*: Del Rey, 2003.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Do Juiz “Boca da Lei” ao ativismo judicial: A visão do STF acerca da Judicialização de Políticas Públicas*. In Direitos Fundamentais: Ações Coletivas e Reflexões do Novo Código de Processo Civil na Tutela Coletiva. Condições e Possibilidades do Sistema único das Ações Coletivas, Organizadores: Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Luiz Manoel Gomes Junior, volume 1, Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2015.

DANIEL, Juliana Maia. *Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas*. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

DIAS, Jean Carlos. O controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes: V. 4. São Paulo: Método, 2007.

FABRIZ, Daury Cesar. *Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais*. Constituição e processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Coordenadores: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Farmacêutico Digital. Disponível em: <http://farmaceuticodigital.com/2016/04/voce-sabe-o-que-e-rename.html>. Acesso em: 30/10/2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Direito Constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FILHO, Valmir Pontes. *Poder, direito e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA, Maria. *O Estado Federal: O Município e a Limitação de Poderes*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

GOMES, Alexandre Travessoni. *Direitos humanos e direito penal*. Constituição e democracia: fundamentos. Coord. GALUPPO, Marcelo Campos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura E aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, Edição Especial Dr. Rômulo Gonçalves, p. 85-102, agosto/2012.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização*. Rio de Janeiro: 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini .*O controle jurisdicional de políticas públicas*. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

_____. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. Publicado no Instituto Brasileiro de Direito Processual em julho de 2014.

_____. *O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional: Coleção direitos fundamentais Individuais e coletivos. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Belo Horizonte: Arraes Editores, Vol. 1, 2010.

Grupo Interinstitucional do Ativismo Judicial (sob coordenação do Prof. Dr. José Ribas Vieira). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Coord. MACHADO, Felipe; CATTONI, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. (Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática. 2ª ed. rev. Ampl. e Atual. Miracy Barbosa de Souza Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JOACIR, Sevegnani e BODNA, Zenildo. O Princípio da Subsidiariedade como Delimitador das Políticas Públicas no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=81145517f4fafde4>> acesso em: 28/11/2016.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A “Reserva do Possível”*: Obrigação de previsão Orçamentária e de Aplicação da Verba. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

JÚNIOR, Onofre Alves Batista. *A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do judiciário*. Constituição e processo: entre o direito e a política. Coord. MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LAGES, Cintia Garabini, LIMA, Renata Mantovani de. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade e Judicialização da Política: uma análise à luz do Princípio da Supremacia da Constituição*. Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Organizador: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Ano: 2014. Vol. 1. Pará de Minas: VirtualBooks.

LAMY, Marcelo. *O Federalismo e as Regiões de Desenvolvimento*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?* Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 3, set./dez. 2014.

LIMA, Renata Mantovani de e ALVES, Lucélia de Sena. *A efetividade do ativismo jurídico transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil.* Revista de Direito Internacional. Proteção Internacional da Pessoa Humana Volume 10, nº. 2, 2013.

MACIEL, Omar Serva. *Princípio da Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direitos Humanos,* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. *Curso de direitos humanos.* 2. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Atos Administrativos e direito dos administrados.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Curso de Direito Administrativo,* 14º Ed., Malheiros Editores, 2001.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, COUTO, Monica Bonetti. *O Federalismo Brasileiro. O federalismo atual: teoria do federalismo.* Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

Minas Gerais. Secretaria de Saúde de Minas Gerais. Plano Diretor de Regionalização (PDR). Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/parceiro/regionalizacao-pdr2>>. Acesso em: 01/11/2016.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *A necessidade de Fortalecimento das Competências dos Estados-Membros na Federação Brasileira*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. *Tipos de Estado Federal*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

NALINI, José Renato. *Funéreos Círios Federais*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coord. Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, 3ª ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NUNES, Dierle. *Politização do judiciário no direito comparado – Algumas considerações*. Constituição e processo: entre o direito e a política. Coord. MACHADO, Felipe; CATTONI, MARCELO. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Os princípios do Estado de Direito e dos Direitos fundamentais sob os paradigmas jurídicos modernos*. In: Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *A judicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_judicializacao_sip_oea.pdf.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. 6. Ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. Ed. ver. ampl. e atual.: São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6ª Ed. rev., ampl. e atual.: São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. Ed., ver., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides, Organizadora: DE MOURA, Lenice S. Moreira. São Paulo, Saraiva, 2009.

Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>. Acesso em: 21/10/2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, Dircêo Torrecilhas. *O Federalismo Assimétrico: Unidade na Diversidade*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

_____. *Direitos Fundamentais e sua Proteção no Estado Federal*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RODRIGUES, Rui Matinho, RODRIGUES, Carlos Roberto Martins, DA SILVA, Maria Josefina, DE ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt. *A (I)Legalidade das Políticas Públicas (a república entre a igualdade e a especificidade)*, Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 2015.

SABINO, Marco Antonio da Costa. In *Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. Tese de doutorado, FDUSP 2014.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política*. In *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2013.

_____. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: “Mínimo Existencial” e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Do Estado Liberal ao Estado Social: A Obra Prima de Paulo Bonavides*. O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides, Organizadora: DE MOURA, Lenice S. Moreira. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCAFF, Fernando Facury, ROCHA, Francisco Sérgio Silva. *Princípios, Elementos e Conceito do Estado Federal*. O federalismo atual: Teoria do federalismo. Coordenador: Dircêo Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

Senado Federal. Lei Kandir. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-kandir>> acesso em: 19/10/2016.

SILVA, Alice Rocha da e ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, Volume 5, número especial 2015.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini. *A Cultura Como Dimensão dos Direitos Humanos e as Organizações Internacionais que tratam de sua Proteção e Promoção*. Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional: Coleção direitos fundamentais Individuais e coletivos. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Belo Horizonte: Arraes Editores, Vol. 2, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel

Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, ALVES, Fernando de Brito. *Cidadania e direitos sociais*. Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Organizadores: Dirceu Pereira Siqueira e Fernando de Brito Alves. Editora Boreal. 1 ed. Birigui/SP: 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania*. O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. Organizadores. Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolin. São Paulo: Atlas. 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A Releitura da Teoria Jusfundamental no Sistema Constitucional Brasileiro: Em Busca de Novos Direitos*. Direitos Fundamentais em Construção: Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. Coordenadores: Márcia Rodrigues Bertoldi; Kátia Cristine Santos de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

SOUZA, Gelson Amaro de, MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Ativismo Judicial e Políticas públicas de Saúde: O impacto da tutela jurisdicional de medicamentos no SUS*. Políticas Públicas da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Organizadores: Dirceu Pereira Siqueira e Fernando de Brito Alves: Editora Boreal. 1 ed. Birigui, SP. 2011.

STRECK, Lenio Luiz, TASSINARI, Clarissa e LEPPER, Adriano Obach. *O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNICEUB, Volume 5, número especial 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isso, o ativismo judicial, em números?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Data da publicação: 26/10/2013. Acesso em 09/11/2016.

TAVARES, André Ramos. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil. Organizadores: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O Federalismo Social*. O federalismo atual: teoria do federalismo. Coordenador: Dirceô Torrecilhas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda, 2013.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Susana Camargo. *A inserção do Brasil nos Sistemas Internacionais e Regional de Proteção aos Direitos Humanos*. Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional: Coleção direitos fundamentais Individuais e coletivos. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior, Belo Horizonte: Arraes Editores, Vol. 2. 2010.

ZANETI JR., Hermes. *A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Função de Garantia*. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, 2. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. Ed., 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.