



**AMAURI PEREIRA DE ALMEIDA**

**OMISSÕES DA POLÍTICA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO  
DE DIREITO**

**Cuiabá/MT  
2022**

**AMAURI PEREIRA DE ALMEIDA**

**OMISSÕES DA POLÍTICA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO  
DE DIREITO**

Monografia apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito, da Faculdade de Cuiabá – FASIPE CPA, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof<sup>o</sup>: Thiago Florenza de Souza

**Cuiabá/MT  
2022**

**AMAURI PEREIRA DE ALMEIDA**

**OMISSÕES DA POLÍTICA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO  
DE DIREITO**

Monografia apresentado à Banca Avaliadora do Curso de Direito – FASIPE CPA, Faculdade de Cuiabá como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Thiago Florenza de Souza  
Professor(a) Orientador(a)  
Departamento de Direito – FASIPE CPA

---

**NOME AVALIADOR:**  
Professor(a) Avaliador(a)  
Departamento de Direito – FASIPE CPA

---

**NOME AVALIADOR:**  
Professor (a) Avaliador (a)  
Departamento de Direito – FASIPE CPA

---

**NOME AVALIADOR:**  
Professor (a) Avaliador (a)  
Departamento de Direito – FASIPE CPA

**Cuiabá/MT  
2022**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho a todos os professores que me ajudaram no desembaraçar deste trabalho, bem como a Deus por me dar força para nunca desistir.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, e aos meus familiares, aos professores e aos amigos que fizeram parte dessa caminhada.

ALMEIDA, Amauri Pereira de. **Omissões da política pública no estado democrático de direito:** A responsabilidade civil em decorrência das relações afetivas não protegidas juridicamente. 2022. 40 folhas. Monografia – FASIPE CPA – Faculdade de Cuiabá.

## RESUMO

Para falar do presente tema deve-se ter em mente a grande falta de balanceamento sobre a distribuição das verbas e da própria Política em um Estado considerado Democrático, ou seja igualitário para todos, é notório averiguar que as políticas são omissas ao povo, e somente aparecem em período eleitoral, desta forma, discorrer sobre faz com que o trabalho seja relevante para o leitor. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar as omissões da Política Pública em relação ao Estado Democrático de Direito, A metodologia adotada é de revisão bibliográfica, sendo, portanto, uma pesquisa seletiva e analítica, na qual a coleta de dados foi feita por meio de fontes diversas tais como: leis, doutrinas, e artigos e disponíveis em meios eletrônicos, podendo ser classificada ainda como qualitativa e seu método como indutivo. A justificativa para esse estudo baseia-se na falta de organização dos políticos bem como todo o orçamentário em ajuda ao povo, o qual sofre com a desigualdade e distribuição das verbas estatais, não somente isto, o presente estudo, busca estudar também o Estado Democrático de Direito e suas implicações, onde está a falha e como poderá ser resolvido esse dilema das omissões políticas.

**Palavras chaves:** Políticas Públicas. Estado Democrático de Direito. Omissões.

ALMEIDA, Amauri Pereira de. **PUBLIC POLICY OMISSIONS IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: A** responsabilidade civil em decorrência das relações afetivas não protegidas juridicamente. 2022. 40 folhas. Monografia – FASIPE CPA – Faculdade de Cuiabá.

### **ABSTRACT**

To talk about this topic, one must keep in mind the great lack of balance on the distribution of funds and the Policy itself in a State considered Democratic, that is, egalitarian for all, it is notorious to verify that the policies are silent to the people, and only appear in election period, in this way, talking about makes the work relevant to the reader. The present work has as general objective to analyze the omissions of Public Policy in relation to the Democratic State of Law. diverse sources such as: laws, doctrines, and articles and available in electronic media, being able to be classified still as qualitative and its method as inductive. The justification for this study is based on the lack of organization of politicians as well as the entire budget to help the people, who suffer from inequality and distribution of state funds, not only that, the present study also seeks to study the Democratic State of law and its implications, where the flaw is and how this dilemma of political omissions can be resolved.

**Keywords:** Public Policies. Democratic state. omissions.

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2. A POLÍTICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	11
2.1 ANÁLISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	11
2.2 O QUE É ESTADO? E QUAL A SUA FINALIDADE? .....	13
2.3 CONCEITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	16
2.4 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	18
2.4 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E SEUS RISCOS.....	19
<b>3. POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA</b> .....	23
3.2 A CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO E SEUS LIMITES .....	24
3.3 ATIVISMO JUDICIAL.....	26
3.4 ATIVISMO JUDICIAL OU CRIAÇÃO DO DIREITO? .....	27
<b>4. POLÍTICAS PÚBLICAS A VISÃO DE SEUS DEVERES E OMISSÕES</b> .....	29
4.1 O PRETEXTO DAS LIMITAÇÕES .....	32
4.2 DIREITO A SAÚDE .....	33
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	36
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	37



## 1. INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Carta Magna em 1988, com o advento de um Estado Democrático de Direito, surgiram muitos argumentos de interpretação constitucional diante das diversas modificações políticas, econômicas e culturais/sociais que ocorreram no país desde então, dentre os dilemas importantes, o questionamento sobre a legitimidade do Poder Judiciário de agir em outros domínios, o que coloca em risco o Princípio da tripartição dos poderes de Montesquieu.

O filósofo se referindo à divergência de interpretações, aponta a lei como solução, e somente a lei. Afinal, ela é a representação legítima de poder e, no contexto da democratização da época, tal poder não poderia ser deixado nas mãos aristocráticas de um conjunto de *savants* (MONTESQUIEU, 2000).

Frequentemente a parcialidade da jurisdição é questionada, uma vez que o juiz deve se colocar como um terceiro, de “fora” dos conflitos que deve decidir. No que tange ao caráter político, os ataques são dirigidos nessa situação diante do fato de alguns juízes cederem ante a pressões de grupos/partidos políticos.

Com a CF/88, alguns pontos, tal como a separação dos poderes foram preservados intactos, mas em algumas situações, favoreceram o STF, que em tempo, passou a ser considerado o guardião da Constituição, surgindo então os fenômenos da judicialização da política, gerando instabilidade institucional.

O objetivo geral desse trabalho é analisar a democracia do direito em relação as omissões da Política Pública, que por esse motivo deve ser limitado, trazendo como discussão a problemática em torno de qual seria o limite entre a necessidade interpretativa/criativa e politização do direito que o judiciário precisa respeitar para que as lacunas legais sejam supridas, mantendo-se atualizado, com respeito à soberania dos demais Poderes e ao Estado Democrático de Direito.

A pesquisa, quanto à abordagem, será descritiva, que tem como característica o aprofundamento no contexto estudado e a perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade. O método a ser utilizado para o desenvolvimento do trabalho monográfico será o dedutivo. A pesquisa utilizará técnicas bibliográficas (fundadas em referencial teórico que envolve doutrina, artigos de periódicos e materiais de estudiosos da área encontrados em sites especializados) e documentais com o uso de legislação, principalmente a Constituição Federal de 1988, e jurisprudência de Tribunais Superiores.

## 2. A POLÍTICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 2.1 ANÁLISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é a democracia como fundamento, funcionamento e finalidade que define o direito em nosso sistema jurídico. Assim, o juiz fica restrito ao cumprimento da lei. Um Estado que se pauta pelo princípio democrático tem como objetivo, permanentemente, a realização do bem comum, que é medido conforme as reivindicações e clamores sociais que chegam até os poderes políticos, seja através de manifestações, seja por meio das eleições, ou pela direta participação da comunidade na gestão da coisa pública (STRECK; MORAIS, 2014, p. 112).

Para entendermos a finalidade do Estado Democrático, a Constituição Federal do Brasil, estabelece em seu artigo 3º que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O Estado Democrático de Direito apresenta algumas características que o distinguem e permitem que esta denominação possa ser conferida não de modo amplo, a ponto de abarcar todo e qualquer Estado erigido a partir de alicerces constitucionais, mas se colocando como um momento evolutivo na história do Estado Constitucional.

Para Moraes estas podem ser sistematizadas da seguinte maneira.

Constitucionalismo: A constituição é a base fundamental de validade de um país democrático sob o Estado de Direito e é o elemento central da legitimidade dos atos e das instituições do Estado. A constituição incorpora a ordem de valores que reflete a vontade da sociedade, moldada pelo momento da composição, e é responsável por definir a forma desejada e a tarefa das expectativas nacionais. Proteger a constituição e dar vida a ela são tarefas indispensáveis, e um país que se pretende democrático é inseparável disso (STRECK; MORAIS, 2014, p. 24).

Temos que a constituição nada mais é que a base da democracia, visando os direitos e deveres da necessidade humana, assim sendo, o direito é algo adaptável, porém com raízes e princípios basilares que dão origem as novas leis e Estados democráticos.

Em continuidade, Morais preceitua a democracia como:

Democracia: a participação democrática na formação e gestão do Estado garante que toda a sociedade possa colaborar na elaboração de legislações e na implementação de políticas públicas. O cumprimento consciente dos princípios democráticos requer a garantia da maior liberdade, de modo a minimizar as restrições à participação pública, alcançar a igualdade tanto quanto possível e garantir que todos possam influenciar o comportamento do Estado em igualdade de condições (STRECK; MORAIS, 2014, p. 27).

A sistemática da democracia, é algo a ser seguido a risca, derivando-se das necessidades humanas e social, bem como organização e administração da sociedade em si, nos tornando seres passíveis de progressão, destaca no texto supracitado, que os deveres basilares são enraizados nos deveres da sociedade, tendo eles a obrigação de seguir.

Em outra vertente, Morais esclarece as circunstâncias da proteção dos direitos fundamentais, vejamos:

Proteção dos direitos fundamentais: Neste modelo de estado, a agenda dos direitos fundamentais é deslocada para o centro do sistema jurídico constitucional, irradiando seu poder para a constituição e o resto das normas sob a constituição. Por sua vez, o desenho deste sistema de direitos básicos deve garantir a integridade do mais alto valor, o que prova que a existência do Estado é razoável: proteger o ser humano em sua dimensão de dignidade. Portanto, tendo em vista o papel central reconhecido pelos direitos fundamentais, o Estado assumiu a tarefa primordial de garantir que esses direitos fundamentais sejam efetivamente implementados, com absoluta prioridade, e, portanto, direcionou suas ações legislativas e políticas públicas para a concretização desse ideal (STRECK; MORAIS, 2014, p. 29).

Os direitos e deveres incumbido na Constituição Federal no seu artigo 5, deixa claro que resguardar esses direitos basilares nada mais é que cuidar do mínimopossível da que está elencado no presente artigo, demonstrando a importância dos direitos fundamentais.

Morais (2014) na mesma linha de pensamento, preceitua que a Justiça social para concretizar plenamente a participação democrática, é necessário minimizar a desigualdade social. Numa sociedade em que não existe um equilíbrio mínimo entre os diferentes grupos, a participação efetiva na gestão dos interesses comuns não é viável, de forma que quem não consegue encontrar a sua própria forma de se expressar seja excluído do processo democrático. Portanto, a igualdade no sentido material deve existir e os mecanismos devem ser estabelecidos para superar os obstáculos que levam à exclusão e, em última instância, dificultam ou mesmo eliminam a democracia.

A pauta valorativa que se exprime por meio destes direitos dá vida a uma nova realidade para o Direito, permitindo que este seja compreendido como um *instrumento de transformação social*, a partir do momento em que leva para dentro da ordem jurídica positivada os ideais que devem ser perseguidos pelo Estado (STRECK; MORAIS, 2014, p. 93-94).

Ou seja, ao definir os objetivos a serem alcançados pela ação do Estado, a constituição estabelece os fins a serem concretizados e quais rumos se devem seguir, permitindo através do Direito a transformação social e o estabelecimento de novas realidades.

## 2.2 O QUE É ESTADO? E QUAL A SUA FINALIDADE?

Sem a pretensão de realizar um estudo detalhado da evolução histórica do Estado e com o auxílio de Maluf, fundamenta-se alguns aspectos importantes de sua evolução. Portanto, desde o seu surgimento, Maluf (1995) afirma que o Estado vem evoluindo e refletindo, em sua evolução, a trajetória ascensional da civilização humana. No entanto, seu desenvolvimento não segue, naturalmente uma linha reta, é agressivo, por vezes apresenta retrocessos profundos, estagnação prolongada, que marcam a sua marcha no tempo e no espaço.

Para simplificar o conceito da evolução do estado, Maluf (1995) fala sobre a lei dos três estados de Augusto Comte: Cada manifestação do pensamento humano passa sucessivamente por três graus teóricos diferentes – o estado teológico ou fictício, o estado metafísico ou abstrato e o estado positivo ou científico (MALUF, 1995, p. 92).

Ainda de acordo com Maluf (1995), Queiroz Lima utilizou de tal lei para reconstruir a trajetória de desenvolvimento do pensamento em torno do Estado nas diversas ordens civilizadas, apresentando a seguinte fórmula:

- a) o Estado primitivo foi teocrático, explicado pelas teorias do direito divino sobrenatural;
- b) vem, a seguir, a noção metafísica do Estado, deslocando para a vontade do povo a origem do poder soberano;
- c) segue-se a noção positiva do Estado, segundo a qual a soberania decorre das próprias circunstâncias objetivas, do império da lei ou da concepção realista do Estado como força a serviço do direito (MALUF, 1995, p. 111).

Maluf (1995) diz que a fórmula não é exata, já que não houve sucessão cronológica das várias noções do Estado, esboça ainda, com arrimo em Queiroz Lima a seguinte classificação histórica do Estado:

- 1) O Estado oriental, teocrático e politeísta, destacando-se, pelo seu feitiço mais humano e mais racional, o Estado de Israel.
- 2) O Estado grego, que se caracteriza por uma nítida separação entre a religião e a política.
- 3) O Estado romano, expressão máxima da concentração política e econômica.
- 4) O Estado feudal, conseqüente da invasão dos bárbaros, que foi a expressão máxima da descentralização política, administrativa e econômica.
- 5) O Estado medieval, a partir do século XI, que foi uma nova expressão da centralização do poder, com a preeminência do Papado sobre o governo temporal.
- 6) O Estado moderno, que reagiu contra a descentralização feudal da Idade Média e contra o controle da Igreja Romana, revestindo a forma do absolutismo monárquico.
- 7) O Estado liberal, implantado pela revolução francesa e baseado no princípio da soberania nacional.
- 8) O Estado social e suas diversas variantes, a partir da primeira guerra mundial (MALUF, 1995, p. 92).

Segundo Maluf (1995), nessa evolução histórica, as marcas do Estado antigo encontram-se em sua estrutura heterogênea, sendo ele formado e mantido pela força das armas, sem base física definida, com a união de diferentes povos e de diferentes classes.

O Estado tem elementos de definição, mas o percurso histórico nos revela que tais elementos sofrem transformações, a começar da soberania.

Todas as sociedades, mesmo as mais primitivas, têm uma forma de organização política. Nos primórdios da humanidade a sociedade era regida pela lei do mais forte, ou seja, o indivíduo mais forte detinha o poder. Com o tempo, o poder ficou nas mãos daqueles que

possuíam melhores armamentos, posteriormente, pertenceram àqueles que tinham melhores técnicas de cultivo e assim por diante.

As sociedades foram se desenvolvendo e as diferenças sociais e econômicas entre os indivíduos tornaram-se mais evidentes. Nesse instante, os interesses da coletividade passaram a dar espaço a interesses individuais, dando origem a novos conflitos e disputas. Para resolver esses conflitos de interesses e para garantir a supremacia de uma classe sobre as outras houve a necessidade de institucionalizar o poder, onde um indivíduo passou a cumprir um papel social e político e a exercer atos de chefia. Desse modo, surgiu o que hoje chamamos de Estado (RIBEIRO, 1998).

Segundo Groppali (apud NADER, 2014), a defesa, a ordem, o bem-estar e o progresso representam o fim supremo de qualquer Estado em qualquer tempo e estas finalidades determinam a estrutura fundamental do Estado. Para Nader (2014), Direito e Estado constituem um meio ou instrumento a serviço do bem-estar da coletividade.

Ao avaliar os motivos pelos quais a sociedade abriria mão de sua total liberdade a fim de se submeter à dominação estatal, percebe-se que existe uma busca pela segurança, pela paz social e pelo bem-estar.

O Estado surgiu com a finalidade de garantir a liberdade dos indivíduos, de combater os conflitos sociais e estabelecer uma relação harmoniosa entre os indivíduos, mediando conflitos e regulando a vida em sociedade. Para que esse objetivo fosse alcançado, surgiram então as normas.

Conforme Dallari (2013), com a estabilização do Estado, este começou a realizar várias funções, como as econômicas, políticas, sociais, de dominação, de coerção, de punição etc. Em alguns momentos, percebe-se que as finalidades do Estado ficam perdidas ou acabam sendo sufocadas pelo emaranhado de funções que ele exerce.

O Estado deve ter consciência de seus fins para que seus atos sejam adequados às finalidades a que se dispôs a cumprir. Segundo Dallari (2003, p. 102) “a falta de consciência das finalidades é que faz com que, não raro, algumas funções importantes, mas que representam apenas uma parte do que o Estado deve objetivar, sejam tomadas como finalidade única e primordial, em prejuízo de tudo o mais”.

Isso significa que o Estado às vezes prioriza certas funções e acaba sufocando algumas de suas finalidades, por exemplo, preocupa-se demasiadamente com sua função coercitiva e acaba suprimindo uma de suas finalidades, que é a garantia da liberdade.

Existem algumas classificações apontadas por Ribeiro (1998) acerca do fim a ser alcançado pelo Estado, algumas se referindo aos objetivos deste, outras se referindo às relações

deste com a sociedade. Mas, o que importa ser analisado aqui é que o Estado é sempre decorrente de alguma ação concreta, ele sempre está presente e compreendido na história de determinada sociedade, de seus valores, de sua estrutura econômica e social. Por trás da institucionalização do poder, ou seja, da criação do Estado, sempre existem normas para serem seguidas, normas estas que regem toda a sociedade.

Pode-se observar que o surgimento de interesses diversos gera conflitos entre os indivíduos e esses conflitos são resolvidos por meio de disputas e de domínio de um grupo por outro. Esse aspecto de dominação gera uma institucionalização do poder, formando assim, o Estado. Uma característica do estado deve ser tratada para que se possa começar a compreender a dominação deste sobre a sociedade, a soberania (RIBEIRO, 1998).

### 2.3 CONCEITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O conceito de Estado de Direito surge da burguesia no século XVIII, como algo que se opunha ao absolutismo, através da submissão do governante à vontade geral e à lei. A ideia de Estado de Direito era a de ser um ente preocupado com a ordem, liberdade e propriedade individual. Era a de um estado de legalidade.

No início do século XX, em resposta à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos, surge a concepção do Estado Democrático de Direito. A velha noção do Estado submisso à lei não era suficiente e o Estado deixou de ser mínimo e assumiu outras tarefas, para ser um Estado de realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana).

Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional. Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado constitucional – tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer



legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito(CANOTILHO, 2000, p. 92-93).

Baracho Junior (2000) Também diz que no paradigma do Estado Democrático de Direito existe uma soma de esforços para resgatar a força integradora do direito, enfraquecida, presente nos paradigmas anteriores. E Complementa:

Tais esforços tem em comum a valorização dos princípios constitucionais, que garantem a autonomia privada, e os que organizam processos decisórios públicos. Ou seja, a visão de que o público e o privado são, na verdade, esferas complementares e essenciais uma à outra para a configuração do regime democrático; são esferas equiprimordiais, para empregar o termo cunhado por Habermas. E exatamente aí residiria o engano dos paradigmas anteriores, pois ao sacrificarem a esfera pública em favor da esfera privada ou vice-versa, no afã de garantir a cidadania, eliminavam precisamente o florescimento e consolidação de uma cidadania universal e efetiva. É assim que o aspecto formal, processual, adquire novamente uma relevância superlativa, é claro que não mais entendida como mera garantia egoística burguesa, mas como elemento essencial para a configuração discursiva do jogo democrático e da cidadania (BARACHO JÚNIOR, 2000, p.168).

A Constituição da República Federativa do Brasil, com fundamentos e objetivos especificados nos seus arts. 1º e 3º, institucionalizou um tipo de Estado que aglutinou os valores da democracia, num sistema não só do governo das maiorias, mas que permite às minorias políticas existência na vida nacional, vejamos o Artigo 3 da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
 II - garantir o desenvolvimento nacional;  
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação(Brasil, 1988)

A compreensão a pluralidade de partidos políticos, o sistema de igualdade e liberdade, e, ainda, que abraça o Estado de Direito, de raízes liberalistas, caracterizado pela supremacia da lei, pelo sistema hierarquizado, pela legalidade administrativa, pela separação dos Poderes, pelo reconhecimento das liberdades civis e fundamentais, e pela existência de um órgão que tem a missão de controlar a constitucionalidade das leis(BRASIL, 2010c).

## 2.4 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Chegar a uma definição do que seja o Estado Democrático de Direito significaria tentar colocar todos aqueles aspectos dentro do seu conceito, sob pena de não o fazendo termos um conceito incompleto.

Além disso, certos elementos desse conceito são tão indeterminados e tão mutáveis – temporal e espacialmente – que uma definição apresentada num dado momento estaria desatualizada no momento seguinte, ou uma definição válida para um tipo de Estado não valeria para outro. Por essa razão, o mais aconselhável não é buscar definir aqui o conceito de Estado Democrático de Direito, mas retomar e reapresentar os valores e princípios que o envolvem ou com ele estão relacionados, para que sua compreensão seja a mais fiel possível.

Assim teríamos na visão de Junior (2000):

- 1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na soberania popular;
- 2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva;
- 3) E também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes;
- 4) A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida;
- 5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões;
- 6) Realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a conseqüente promoção da justiça social;
- 7) Observância do princípio da igualdade;
- 8) A existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado;
- 9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça;
- 10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica (JUNIOR, 2000, p. 234).

As características basilares do estado democrático seja a efetivação dos direitos fundamentais do brasileiro, elencando no artigo 5 da Constituição Federal do Brasil

Para melhor compreensão, vejamos o artigo 5 da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...] (Brasil, 1988).

Os direitos fundamentais são longos, no entanto, foram destacados a princípio os mais necessários e importantes. Temos que esses direitos são sensíveis, ou seja, a Constituição tem a obrigação de resguardar esses direitos sem os alterar, logo, desde que a vigência deste direito, tem-se que o mínimo fundamental deve ser seguido.

#### 2.4 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E SEUS RISCOS

Na realidade da justiça, temos que os membros do Judiciário tais como, Desembargadores, Juízes e ministros, não agentes públicos. Assim sendo, mesmo não havendo eleições pelo povo, a magistratura nos tribunais desempenha uma grande força contra os deveres não respeitados, tais poderes são garantidores também da inviolabilidade dos poderes políticos (JUNIOR, 2000, p. 32)

Para tanto, a possibilidade do órgão não eletivo tal como exemplo o Supremo Tribunal Federal, sobrepõem a decisão do Presidente da República, aqui é um dos pontos primordiais da Lei, onde foram lhe incumbidos ao Supremo poderes de negar as prerrogativas e diretrizes do Presidente.

Para corroborar com suas prerrogativas presidenciais, temos que o favoritismo no Supremo deve ser reconhecida como parte eleitoral mais significativa de todos os tempos, onde somente com o apoio do Supremo os projetos e Leis passam a vigorar (JUNIOR, 2000,p. 333) Ou seja, nada mais é que jogos políticos de manda e desmanda.

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária (LOCKE, 2002, p. 55).

Logo, onde se encontraria a legitimidade para contrariar as decisões proferidas por aqueles que exercem poderes promovidos pela população, assim, frisa-se que existe algumas justificativas, sendo duas primordiais as quais são, a natureza normativa e a filosofia do direito (LOCKE, 2002, p.68).

Primeiramente, destaca-se o fundamento normativo para Mendes:

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial(MENDES, 2005, p. 144).

Foram os conhecimentos tradicionais que levaram os preceitos dos direitos inerentes a limitação do poder, temos que os magistrados não possuem vontade política própria, aplica-se o conceito da vontade Constitucional e as Leis que provem dela. Logo as decisões que surgem contra proventos políticos que são negadas pelos juízes, nada mais é que a vontade do povo sendo emitida por decisão.

Em outro momento, temos que a Justificativa Filosófica, esta decorre do Entendimento de Mendes que:

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais (MENDES, 2005, p. 144).

O termo Estado de direito sua como uma expressão de razão política devidamente popular sem interesses intrinsecos relacionado ao dinheiro e submissão, assim o poder filosófico

presa aqui pelos direitos iguais para todos, sem vantagens e desvantagens, sendo o cargo eletivo populacional algo derivado de necessidade de representantes que dediquem a servir e não ser servido.

O Estado democrático não se limita a apenas filosofias e princípios majoritários, devendo sempre haver um paralelo entre minoria e maioria, conscientizando que a medida a ser mais adequada é aquela que consiga abranger todos os lados, não somente a apenas ao direito majoritário (MENDES 2015. Pg 90)

Para tanto para que um Estado democrático necessita de relações interiores e exteriores, assim nota-se a constituição Federal suas relações basilares democráticas no artigo 4 vejamos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - Independência nacional;

II - Prevalência dos direitos humanos;

III - Autodeterminação dos povos;

IV - Não-intervenção;

V - Igualdade entre os Estados;

VI - Defesa da paz;

VII - Solução pacífica dos conflitos;

VIII - Repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - Concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (Brasil, 1988).

E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios<sup>8</sup> – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo (MENDES, 2015, p. 70).

A Constituição não pode ser ubíqua<sup>10</sup>. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso.

Toda a questão sobre a execução judicial para que seja preservado a democracia e os direitos que dela provem, tem grande relação aos preceitos inerentes no artigo 5 da Constituição Federal do Brasil, ou seja, direitos estes fundamentais, assim os demais ordenamentos nada mais é que a tipificação dos delitos e infrações e conceitos e características que ramificam o direito basilar.

### 3. POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Para entendermos o significado da politização da justiça, devemos ter em mente a Lei 7.170 de 83, em vigor até a data de hoje, que discorre sobre a segurança nacional da ordem pública, vejamos:

Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:  
I - a integridade territorial e a soberania nacional;  
II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;  
III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União(Brasil, 1983).

Temos aqui evidenciado que direito não é política, tendo visões totalmente diferentes, porém em alguns pontos se assemelham, causando diversos problemas com a falta de diversificação do mesmo. Pode-se ter em mente que políticos querem fazer direito e o direito fazer política. Mais comum hoje em dia com a politização do direito no ano de 2020 e 2021.

As diversas críticas inerentes a desqualificantes dos problemas relacionados a confusão de direito e política temos que a acusação política não é jurídica, não sendo possível ignorar que existe uma linha divisória entre ambos os lados (MENDES, 2015,p. 223).

Assim em continuidade com as prerrogativas de Mendes, vejamos que o direito só será política quando:

(I) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na onstituição e nas leis;  
(II) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos;  
(III) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula(MENDES, 2015,p. 256).

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o

bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas.

O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo<sup>13</sup>. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria.

Logo, os ministros do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto.

A motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação. Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição.

Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça<sup>15</sup>. No geral, sua profecia não se realizou e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso. Naturalmente, as advertências feitas no capítulo anterior não de ser levadas em conta com seriedade, para que não se crie um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos.

Temos que os direitos fundamentais devem ser conservados assim como determina a Constituição Federal, que são direitos elencados no artigo 5, ou direitos sensíveis, aqueles que não podem ser alterados ou revogáveis.

### 3.2 A CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO E SEUS LIMITES

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar



(concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes.

Os poderes Legislativo Judiciário e o Executivo, são incumbidos de autonomias e diretrizes próprias, no entanto tem-se que ambos são relacionados e necessitam de ligações entre eles, formando normas e diretrizes a serem respeitadas entre ambas bem como regulamentos internos para cada órgão (BOCCATO, 2015).

Não somente isto, temos que a Constituição Federal atribui os poderes em seu artigo segundo o qual vemos “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL 1988). Portanto, tais poderes são responsáveis para cuidar dos direitos e deveres básicos, não somente isto, cuidar da política, dos crimes, dos direitos cíveis e tudo quanto derivar do direito.

Temos eu os poderes possuem limites, mas ao mesmo tempo quem atribui limites aos poderes é o próprio poder, logo conclui-se que o poder não tem limites haja vista que determinado momento onde incube ao poder limitar os direitos, é obvio que para si mesmo existirá parcialidade nas decisões (BOCCATO, 2015).

Ademais, a constituição e suas atualidades, exploram ideias que:

A de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico (BOCCATO, 2015, p. 36).

Vejamos que o poder judiciário tem como membros aqueles competentes para julgar de forma imparcial, coisa está que não acontece haja vista o jogo político da atualidade, não merecendo destaque pois trata-se de opiniões adversas.

Para termos ideia das limitações, vejamos o artigo 96 da Constituição Federal de 1988:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correccional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;

- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (BRASIL, 1988).

As limitações que extrapolam o ora decidido merecem ser observados pelo próprio tribunal se exorbitou seus deveres, assim formula-se que o poder fica diante do judiciário delimitar o que vai além ou não.

### 3.3 ATIVISMO JUDICIAL

Para começar este tópico, deve-se ter em mente que o ativismo atualmente é uma expressão muito comum em relação ao mundo jurídico existente, logo por sua vez, tem-se que o poder judiciário tem algumas atribuições diversas á sua competência, ou seja, legisla e administra, com o intuito geral de sempre estar solucionando os problemas da sociedade ou advindo dela, no entanto, esse exercício causa algumas instabilidades, o qual será demonstrado ao delongo deste tópico (BOCCATO, 2015).

A realidade no Brasil é bem diferente do que se imagina em relação a Lei, se fez necessário em 1988 promulgar a constituição Federal, onde as normas e diretrizes principais e norteadoras, pudessem dividir poderes, funções e atribuições, ou como propriamente dito, direitos e deveres do cidadão brasileiro. No entanto, com o advindo da Constituição, houve-se uma grande demanda de contradições e surge uma nova esfera social, onde se depara a Constituição com limitações do Poder (TEIXEIRA, 2012).

Em outro momento, em discurso de Barroso (2014), o ativismo na esfera judicial é uma questão de atitude, em outros olhares essa questão é um fenômeno conhecido como interpretação, onde o judiciário utiliza deste comando para interpretar a Lei de forma proativa, dando novos entendimentos abrangendo uma parcela maior da população.

Para alguns a palavra “ativismo Judicial” se remete ao negativo, á excesso do poder, onde gera dano a sociedade e insegurança jurídica, temos que, neste momento, a Lei, em seu Código de Constituição Federal determina a atribuições para cada poder que movimenta, e deixa claro, em suas redações que, são independentes e correlacionados entre sí (BARROSO, 2012, p. 6).

### 3.4 ATIVISMO JUDICIAL OU CRIAÇÃO DO DIREITO?

O Brasil, como sendo um Estado Democrático de Direito, é de suma importância que se tenha estabilidade institucional para a contenção de crises e descontentamento por parte de sua população, mantendo com isso a confiança dos cidadãos no desenvolvimento da nação, e assegurando ao menos a esperança de uma vida digna.

Vejamos que o papel fundamental do Supremo Tribunal Federal é de legítimo guardião da Constituição, devendo com isso exercer o controle difuso de constitucionalidade, conforme modelo importado dos EUA, porém a evolução do direito pátrio aproximou-se do modelo praticado pelos Tribunais Europeus, permitindo com isso a possibilidade de exercer o controle concentrado de constitucionalidade.

Essa evolução, aliada às condições culturais, bem como à políticas nacionais, demonstrou ao longo do tempo que o modelo importado dos EUA para a composição e investidura dos membros do STF tornou-se insuficiente para concretizar os direitos fundamentais constitucionais e carecedor de maior legitimidade popular, sendo superado pelas novas formulas previstas nas constituições Europeias, que preveem participação efetiva dos três poderes na escolha dos membros do Tribunal Constitucional, como também exige outros requisitos capacitórios (FAZANARO, 2014).

Diante do exposto, competindo ao STF a guarda da Constituição, é imprescindível que se busque a sua independência e neutralidade, para que se afaste qualquer possibilidade de interferência de algum dos poderes, incluindo do próprio judiciário, o STF, assim como os demais poderes deve ter sua participação bem delimitada, sendo proporcional, sem exclusividade, formal ou material, de influir.

Os impactos dessa postura pregada por alguns autores como proativa, quando na realidade trata-se de uma conduta perigosa, pois toma como verdade a premissa de que há diferença entre Judicialização da política e ativismo judicial, quando na verdade são meios que se utilizam para a obtenção do mesmo fim, a defesa de interesse próprios.

A linha hermenêutica de raciocínio de Streck (2014) é visível em todas suas obras, artigos e entrevistas. No Brasil foi criada uma frase que é diversas vezes utilizada em decisões de turmas superiores trazendo que “o direito é aquilo que o judiciário diz que é.”. Tal afirmação é combatida veementemente pelo autor (STRECK, 2014), que sempre sustenta a necessidade de respeito a doutrina e hermenêutica:

De minha parte, não concordo com a tese de que o direito é aquilo que o judiciário diz que é. Fosse isso verdadeiro, não precisaríamos estudar e nem escrever. O direito é um conceito

interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (e tampouco na vontade coletiva de um tribunal).

Segundo a explanação da autora Melo (2015), esses excessos do poder judiciário podem trazer uma crise de autoridade democrática, além de não haver qualquer limite ao Poder Judiciário, bem como a falta de mecanismos institucionais a fim de responsabilizar as condutas arbitrárias cometidas nessa prática desenfreada.

Já o Ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, contribuindo, em seu excesso, decisivamente, na crise de autoridade democrática e para o controle absoluto e sem limites do Poder Judiciário, quando toma decisões políticas, além do determinado pela constituição, sem que haja mecanismos institucionais para que o responsabilize por arbitrariedades. Desse modo, não apenas os princípios democráticos estão ameaçados, como também o Poder Garantidor (MELO, 2015, p. 05).

Portanto, quando se fala em limites do ativismo judiciário, não se trata da defesa de um judiciário fraco, mas sim de um judiciário que cumpre o seu papel, que é de agir quando provocado, e de interpretar a lei de acordo com a hermenêutica jurídica e constitucional e não de acordo com o interesse próprio de seus julgadores, que com isso acabam por promover um movimento nominado de a ditadura do judiciário, em que se tratando da Suprema Corte é mais preocupante ainda, pois não se trata apenas de um tribunal constitucional, é também a última instância de julgamento de recursos, e ainda órgão especial de julgamento daqueles que possuem foro privilegiado, sendo considerado portanto, o mais poderoso tribunal do mundo, já que contra ele não há a quem recorrer.

#### 4. POLÍTICAS PÚBLICAS A VISÃO DE SEUS DEVERES E OMISSÕES

A Constituição de 1988, principalmente no seu artigo 6º, apresenta um vasto catálogo de direitos prestacionais sociais que exigem uma atuação positiva do Estado por meio de um amplo conjunto de políticas públicas.

As políticas públicas, conforme sintetiza com precisão (SOUZA, 2006, p. 07), são: “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”.

Dentre as políticas públicas, merece especial destaque àquelas relacionadas com a saúde, enfoque específico deste estudo. O direito fundamental prestacional à saúde foi assegurado no artigo 196 da Constituição de 1988 como direito de todos e dever do Estado, mediante acesso universal e gratuito, consolidando um importante avanço histórico e uma conquista principalmente motivada pelo movimento pela Reforma Sanitária. Apesar dos avanços no plano legislativo, muitos desafios ainda são constatados na implementação prática do direito à saúde.

Pois os serviços de saúde que são disponibilizados concretamente para a população, especialmente para os mais fragilizados socialmente, não correspondem à pauta ambiciosa e generosa prevista pelo Constituinte.

Esse fato, aliado a falta de articulação adequada entre os entes públicos responsáveis pela implementação das políticas sanitárias, gera uma significativa judicialização do tema, circunstância esta que torna os juízes também partícipes da gestão do sistema público de saúde considerando o elevado potencial de impacto econômico das suas decisões.

A doutrina mais atual recomenda que os juízes atuem como agentes de mudanças sociais, na qualidade de corresponsáveis pela atividade providencial do Estado, impondo-se ao Poder Judiciário o controle das omissões administrativas e da execução das políticas públicas. Quanto maior o grau de vinculação da atividade administrativa, mais intenso revela-se o

controle judicial, como ocorre nas hipóteses de restrições de direitos fundamentais, dentre eles o direito ao meio ambiente.

Quando a Constituição impõe ao Estado o dever de tutelar a saúde, o Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, possui a função proeminente de fazer valer este comando constitucional e também o dever fundamental de fomentar a defesa e a proteção deste direito inclusive e preferencialmente na perspectiva preventiva. Essa função promocional do direito, criada para o caso concreto, decorre do conteúdo pedagógico também contido nas decisões.

Piero Pajardi, Magistrado Italiano, defende que devemos criar um novo operador do direito, menos técnico e que saiba superar, integrar e completar a técnica com sensibilidade social e abundância de humanidade (PAJARDI et al, 1989, p. 165).

A importância da sensibilidade social do julgador também é destacada por Faria (1992, p. 112), o qual é enfático ao afirmar que na resolução de conflitos sociais o juiz deve atuar como um ‘arquiteto social’, modificando as concepções discriminatórias da ordem jurídica vigente, valendo-se de suas sentenças como instrumentos, que auxiliem os grupos e as classes subalternas a se constituírem efetivamente como ‘sujeitos coletivos de direito’.

Conforme Barroso (2013), o ativismo judicial<sup>8</sup> diz respeito à postura do intérprete, a um modo pró-ativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, tratando-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando for inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Na temática sanitária, apesar do vasto repertório de normas, inclusive constitucionais, a jurisdição será basicamente principiológica e construtiva. Esta nota característica é constatada principalmente pelo fato de a grande parte das decisões importar numa intervenção positiva em demandas por prestações não incluídas nas políticas públicas existentes, bem pela necessária consideração das peculiaridades da situação concreta apresentada nas demandas individuais. Conforme advertem DELDUQUE e MARQUES essa atuação baseada em princípios “tende a levar os juízes a um julgamento para além da simples leitura da lei e dos elementos normativos” e a uma “interpretação eivada de fatores políticos e até morais”.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, que representa a centralidade de toda ordem jurídica, outros princípios são de fundamentais relevância para o tratamento e resolução das lides sanitárias, com destaque também para o princípio da proibição do retrocesso social. Princípio este que representa a seta que sinaliza, orienta e impulsiona os governantes e agentes públicos, inclusive juízes, na busca contínua pela ampliação de espaços de cidadania mediante a concretização dos direitos fundamentais.

Especificamente sobre este princípio, conclui CUNHA o princípio da proibição do retrocesso social constitui em importante aliado na implementação de “uma hermenêutica compromissada com a efetivação da cidadania por meio de direitos fundamentais sociais, pode ser um importante instrumento de efetivação do nosso Estado Democrático de Direito”.

Porém adverte que este não pode ser entendido como panacéia para todos os problemas, pois é necessária uma “mudança de mentalidade e de conduta e necessária aproximação por parte dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com a realidade social de nosso país” nas políticas públicas existentes, bem pela necessária consideração das peculiaridades da situação concreta apresentada nas demandas individuais.

Conforme advertem DELDUQUE e MARQUES essa atuação baseada em princípios “tende a levar os juízes a um julgamento para além da simples leitura da lei e dos elementos normativos” e a uma “interpretação eivada de fatores políticos e até morais<sup>5</sup>”. Além do princípio da dignidade da pessoa humana, que representa a centralidade de toda ordem jurídica, outros princípios são de fundamentais relevância para o tratamento e resolução das lides sanitárias, com destaque também para o princípio da proibição do retrocesso social. Princípio este que representa a seta que sinaliza, orienta e impulsiona os governantes e agentes públicos, inclusive juízes, na busca contínua pela ampliação de espaços de cidadania mediante a concretização dos direitos fundamentais.

Especificamente sobre este princípio, conclui CUNHA o princípio da proibição do retrocesso social constitui em importante aliado na implementação de “uma hermenêutica compromissada com a efetivação da cidadania por meio de direitos fundamentais sociais, pode ser um importante instrumento de efetivação do nosso Estado Democrático de Direito”.

Porém adverte que este não pode ser entendido como panacéia para todos os problemas, pois é necessária uma “mudança de mentalidade e de conduta e necessária aproximação por parte dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) com a realidade social de nosso país” da cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.

Quanto à aplicação do Direito na atualidade, não pode o intérprete deixar de considerar a multiplicidade de relações que envolvem o funcionamento do Estado Contemporâneo, as suas carências e limitações e também a sua função primordial, que é fomentar o pleno desenvolvimento humano com qualidade de vida em todas as suas formas. Julgar com responsabilidade não é criar falsas e ilusórias expectativas para o jurisdicionado, mas sim reparar injustiças e garantir direitos fundamentais legítimos e factíveis em determinado tempo e lugar.

Considerando a amplitude da generosa pauta de prestações sociais estatuídos na Constituição da República de 1988, não é possível impor imediatamente ao Estado a execução ideal e simultânea de todas estas políticas pública até mesmo pelos naturais limitações fáticas e econômicas. Por isso, a interpretação que é necessariamente histórica, contextual e criativa não pode ser e de fato não é um ‘labor descompromissado’, no qual se resolve a vida das pessoas apenas com trocadilhos de palavras. Também não pode representar um ato de rebeldia contra o Estado como se este fosse o único responsável por todas as mazelas existentes na sociedade.

#### 4.1 O PRETEXTO DAS LIMITAÇÕES

As limitações fáticas e orçamentárias não podem ser postas como justificativa geral para a inércia na implementação das políticas públicas de saúde previstas de forma ampla na Constituição. Por isso, é fundamental a análise criteriosa dos dados empíricos do caso concreto para a justificação das decisões implementadoras de direitos fundamentais prestacionais.

A intervenção jurisdicional na condução política das opções do Estado em prol de uma pauta sanitária consistente alcançará legitimidade quando estiver lastreada na riqueza de dados concretos do caso analisado.

A imposição de medidas positivas pelo Poder Judiciário à Administração está plenamente legitimada até mesmo pelas razões que justificaram historicamente a separação entre os poderes. Merece destaque, ainda, que a vinculação do administrador aos preceitos normativos constitucionais não apenas limita as escolhas e opções do administrador como também o obriga a agir.

No Brasil, considerando que as normas constitucionais e infraconstitucionais já estabelecem as diretrizes e os deveres que devem ser observados pelo administrador no âmbito da saúde, não há justificativa para que sejam postergadas as ações sob o fundamento da oportunidade e conveniência ou até mesmo de restrições orçamentárias.

Para a legitimidade da decisão em matéria de controle das políticas públicas ambientais, não é suficiente o esforço argumentativo e retórico no plano abstrato da norma, o que é aliás, muito mais incumbência do legislador infraconstitucional.



A justificação retórica, generalista e abstrata não demanda maiores esforços argumentativos. Ninguém questiona e nem duvida que seja dever garantir e promover a saúde e que este bem supremo garante, em última análise, a própria vida e assegura, por consequência, a dignidade da pessoa humana. O que é realmente imprescindível para a legitimidade do controle dos atos e das omissões do governo neste tema, é a compreensão e a justificação adequada da norma contexto, ou seja, da norma fundamental a ser construída para o caso concreto.

Essa construção deve considerar o contexto fático da demanda, a riqueza e a credibilidade dos dados do caso concreto, a realidade atualizada dos programas estatais e o status de desenvolvimento econômico e social dos entes federativos envolvidos diretamente na política pública analisada. Demarcadas estas premissas, constatou-se na realidade na Vara Federal Cível de Criciúma deficiências importantes na instrução processual, ou seja, falta de informações mínimas desde o início do processo até o seu julgamento.

As perícias judiciais realizadas em consultórios médicos, como regra, não consideravam as políticas públicas existentes e na generalidade dos casos apenas respaldavam o que já era prescrito pelo médico da parte autora. Conclusão esta que era integralmente acolhida no julgamento.

## 4.2 DIREITO A SAÚDE

O direito à saúde como direito fundamental baseia-se historicamente no constitucionalismo contemporâneo. As primeiras constituições modernas exigiam uma postura negativa do Estado, ou seja, tinham como base um modelo liberal que visava o mínimo de intervenção Estatal nas relações privadas, acreditando que a lei supria a necessidade de regulamentar as relações, sendo aplicada de maneira igualitária, não distinguindo ninguém perante a norma. (ASENSI, 2012)

No início do século XX, a sociedade transformava-se e em meio à luta por direitos trabalhistas, o indivíduo clamava pelo reconhecimento das desigualdades sociais, o que culminou na inclusão dos direitos sociais aos direitos fundamentais, exigindo-se assim a atuação positiva por parte do Estado para que, através de políticas públicas, preste a efetivação desses direitos. Deste modo Sarlet (2007, p.97) leciona que:

Acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regradados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e com particular relevo, na Constituição alemã de 1919. (SARLET, 2007, p. 97)

As normas de direito fundamental se classificam através da ordem histórica em que foram reconhecidas, podendo ser de primeira geração, segunda, terceira ou quarta. Os direitos sociais, que estão descritos no artigo 6º da Constituição Federal, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” são classificados como direitos fundamentais de segunda geração.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente no Brasil a partir de 1988 foram um marco histórico no que tange à saúde, pois foram elevados à um direito fundamental. Assim, tanto as normas que regulam o direito à saúde como quaisquer direitos fundamentais estão incluídas no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, §4º da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado (SARLET, 2007).

O direito à saúde deve ser prestado pelo Estado, de forma que garanta a todos as pessoas a sua concretização, sem nenhuma desigualdade, dando a característica de universalização a este preceito. Assim, está positivado no Título VIII da Constituição Federal, notadamente em seu capítulo II que trata sobre a Seguridade Social, o direito à saúde, mais precisamente nos artigos 196 e seguintes:

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

Nesse sentido, o artigo 196 da CF/88, ao tratar do direito à saúde como dever do Estado, assegura que será 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 a sua promoção, proteção e recuperação. Já o artigo 198 da Carta Magna prevê:

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. (BRASIL, 1988)

De acordo com o Ministério da Saúde (2000), os princípios que dão base ao SUS são a universalidade, a equidade e a integralidade nos serviços e ações de saúde. Já os princípios organizacionais são a descentralização, a regionalização e a hierarquização da rede e a participação popular.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o trabalho buscou trazer o máximo de informação em relação as omissões políticas em relação a um Estado democrático de Direito, assim, vimos que a democracia se resume em igualdade para todos, o que infelizmente não é isso que é presenciado nos dias atuais.

A maior das desigualdades trazidas neste trabalho foi em relação as omissões no departamento da saúde, foram averiguados que o Estado/Política não está cumprindo com o seu dever, o qual é garantir a saúde para todos, pois o que é visto é o pleno descaso com a população mais carente a que necessita do atendimento público.

Pensando nisso, este trabalho foi desenvolvido para trazer olhares para o tema proposto, o qual viabiliza a melhoria e o findar das omissões em relação a saúde bem como os cuidados do direito sobre tal assunto, portanto, fica a critica do autor sobre o tema, o qual merece mais destaque pela população e pelos eleitos pelo povo, o que tem o dever de representar e desenvolver projetos de melhoria neste departamento tão pouco desenvolvido.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional brasileiro. **Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. 2011-Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512/ativismo-judicial/1>>. Acesso em 16/08/2022

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://www.jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 16/08/2022

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidade Jurídicas**, n. 4, jan/fev 2009, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 16/08/2022

BOCCATO, Esdras. As deficiências do Poder Legislativo como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 90, ano 23, p. 63-76, jan./mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2010c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade. no 12. DF**. Tribunal Pleno. Relator Min. Carlos Brito. Julgada em 20-08-2008. Publicada no DJ de 18-12-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. último acesso em 16/08/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3999-DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 12-11-2008. Publicado no DJE-071 de 17-04-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. Acesso em 16/08/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção no 712-8- Pará**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, julgado em 25-10-2007. Publicado no DJ de 25-10-2008. Disponível <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. acesso em 16/08/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção no 721- 7**. Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, julgado em 30-08- 2007. Publicado no DJ de 30/11/2007. Disponível <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>. último acesso em 16/08/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança no 23780-5**. Maranhão. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF. Julgado em 28/09/2005. Publicado no DJe- 03-03-2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86021>. acesso em 16/08/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário no 579.951-4**- Rio Grande do Norte. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Julgado em 20/08/2008. Publicado no DJe- 24-10-2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>. acesso em 16/08/2022

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

FAZANARO, Renato Vaquelli. **O Modelo Brasileiro de Composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 89/2014, p. 217 – 276, Out – Dez / 2014, DTR\2014\20175 [recurso eletrônico]. Disponível em: c Acesso em: 16/08/2022

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 251, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/559>>. Acesso em 16/08/2022

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva, Martins Fontes, São Paulo, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords). **Direito Processual - estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENDES, Gilmar. Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Mellissa de Carvalho. **Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: Os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário.** *VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 213-234, 2º sem. 2018 – ISSN 1678-3425.pdf. Disponível em: <http://seer.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18100/18100-70266-1>. Acesso em: 16/08/2022

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 36.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social – revitalizando as regras do jogo democrático.** Manole, 2002.

PINHEIRO, Victor Marcel; DA SILVA, Virgílio Afonso. **O STF como legislador negativo.** 2006. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90\\_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/90_Victor%20Marcel%20Pinheiro.pdf). Acesso em 16/08/2022

RIBEIRO, João Ubaldo. **Política: quem manda, por que manda, como manda.** 3.ed.rev.amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

ROSA JUNIOR, Faustino da. **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro,** disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833), acessado em 19 de set. de 2021.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político.** Tradução de Pietro Nasseti. 3. ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Direito.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos “Poderes” do Estado.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 29/1999, p. 66 – 71, Out - Dez / 1999. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4, p. 25 – 34, Maio / 2011, DTR\1999\476. [recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 16 set. 2021

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, on-line version ISSN 2317-6172.