

Estado, construção dos direitos fundamentais, separação dos poderes e efetivação do direito à saúde

*Manoel Carlos Ferreira da Silva**

*Ana Paula Tavares Mass***

*Marlon Silvestre Kierecz****

Resumo

O objetivo do presente artigo é pesquisar sobre o processo histórico do Estado, buscando suas teses de justificação e quais foram os atores envolvidos na formação principalmente do Estado Medieval e do Estado Moderno, nas suas variações no decorrer do tempo, e do Estado Contemporâneo. Objetivase, também, compreender a construção dos direitos fundamentais e averiguar a respeito do princípio da separação dos poderes, para assim estabelecer uma ligação com as bases doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao direito à saúde e sua efetivação dentro da estrutura contemporânea de Estado, especificamente no Brasil.

Palavras-chave: Estado. Separação dos Poderes. Efetivação. Direito à saúde.

Introdução

O homem é um animal teleológico na medida em que age para atingir um objetivo. É simbólico, pois se comunica por meio da linguagem. Também é ideológico, porquanto utiliza valores vigentes dentro do sistema cultural ao qual está inserido, para se justificar ou obter o consenso dos demais. Em função dessas três caracte-

* Mestrando em Ciência Jurídica no curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (CPCJ) na Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: manoculto@yahoo.com.br

** Mestrando em Ciência Jurídica no curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (CPCJ) na Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: anatmass@hotmail.com

*** Mestrando em Ciência Jurídica no curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (CPCJ) na Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: marlon1401@gmail.com

→ <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v27i2.4683>

rísticas podem ser compreendidas as estruturas de dominação, que foram as mais diversas até se amoldarem ao Estado Contemporâneo.

No decorrer do tempo, o Estado teve sua formação determinada por interesses de classes que queriam se manter no poder, ou desejavam ascender ao poder político. É importante salientar, também, que não há apenas demandas de determinadas classes para alcance do poder, mas também demandas das camadas sociais que foram e são oprimidas pelo poder político, e em função das demandas dessas camadas é que o Estado reconstruiu-se, a fim de serem garantidos os direitos fundamentais a todos os cidadãos, muitas vezes, com o cunho central de justiça social inserido nas Constituições de cada país e até mesmo em âmbito transnacional.

O direito à saúde, por sua vez, reveste-se de uma fundamentalidade tamanha que está garantido explicitamente na Constituição da República brasileira, entretanto, apesar dessa garantia nem sempre é possível obter pelas vias administrativas do Poder Executivo as providências necessárias à efetivação do direito à saúde. O Poder Judiciário assume fundamental importância nesse contexto e, considerando que a ação deste Poder tem gerado teses controversas a respeito de uma eventual excessiva interferên-

cia do Judiciário no Executivo, o objetivo desse artigo é averiguar o processo histórico do Estado e a construção dos direitos fundamentais no decorrer do tempo, buscar as bases doutrinárias referentes ao princípio da separação dos poderes para, finalmente, estabelecer uma ligação com a doutrina e a jurisprudência relativas ao direito à saúde e à sua efetivação dentro da estrutura contemporânea de Estado, especificamente no Brasil.

O processo histórico do Estado

Principais teses de justificação da origem do Estado

As duas principais teses de justificação da origem do Estado são a tese positiva ou contratualista, defendida sob diferentes enfoques por Hobbes, Locke e Rousseau, e a tese marxista negativa.

A tese ou visão positiva da origem do Estado diz respeito ao modelo contratualista, sendo que sua construção moderna está situada entre os séculos XVI e XVIII. O contrato clássico surge como instrumento de legitimação do Estado, que na prática já existia, e embasamento para o sistema jurídico. Esse modelo pretende explicar a origem do Estado, ao mesmo tempo em que estabelece o fundamento do

poder político. Demonstra-se assim o contrato social como mediador entre o Estado de Natureza e o Estado Civil. Esse é artifício da razão humana para dar conta dos problemas decorrentes do Estado de Natureza.

A sociedade/Estado, segundo a visão positiva, é vista como resultado da criação artificial consensual da razão humana, em que tácita ou expressamente por maioria ou unanimidade de indivíduos acorda-se sobre demandas que a sociedade deseja que sejam atendidas. Os autores podem ter concepções diferentes quanto ao conteúdo desse acordo, porém convergem na ideia do contrato social como fundamento de legitimação do “Estado de Sociedade”.

A concepção do contrato de Hobbes está centralizada no pacto formado em favor de terceiro, que é firmado entre os indivíduos com o fito de preservarem suas vidas, transferindo todos os seus poderes àquele terceiro. Para se por fim à guerra, desapossam-se do que têm em troca da segurança do chamado Leviatã.

Para Locke, o conteúdo do contrato não é despojar-se do que tem em troca de segurança, mas sim convenicionar que um terceiro assegure aos indivíduos os direitos naturais do homem, da vida e da propriedade. O terceiro, ou seja, o Estado tem atuação limitada, na medida em que não pode

afetar os direitos naturais e assegura que esses sejam mantidos.

Rousseau não vê o contrato como convenção em troca de segurança, nem como pacto para que um terceiro assegure direitos naturais, mas sim como uma convenção para que torne os homens efetivamente iguais.

A tese negativa explica que o Estado origina-se da luta de classes, surgindo e existindo em função das classes dominantes e como instrumento de opressão das classes subjugadas em favor do capitalismo. A visão é negativa na medida em que prevê a extinção do Estado, quando se verificar que não há mais lutas de classes por causa da revolução proletária.

As principais teses acima expostas são as recentes justificações do que se chama de Estado e são também teses que se tornaram a essência para a construção da noção atual da estrutura organizacional de Estado. Existiram estruturas organizacionais diferentes no passado, as quais serão demonstradas adiante.

Estado Antigo

A família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto sem diferenciação aparente dentro do Estado Antigo, o qual se definiu nas antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo. Conse-

quentemente, não havia distinção do pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou de doutrinas econômicas. Essa modalidade de Estado tinha natureza unitária, tendo como forma de governo a monarquia absolutista, não havendo divisão territorial nem de funções. Havia estreita relação Estado/divindade, pois a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino.

Os impérios desse período, que duraram até dar paulatinamente lugar à Idade Média, apresentavam características em comum.¹ A estrutura heterogênea era o primeiro desses traços e era identificada por meio dos povos que viviam em guerra constantemente. Anexava mais territórios o imperador que triunfasse em maior número de batalhas e, em função dessa característica, os impérios eram instáveis.

A segunda característica comum dos impérios do Estado Antigo era a diferenciação de classes. Gozavam de regalias as classes privilegiadas, tais sejam, os nobres, os chefes militares e os sacerdotes, todavia os párias e os escravos viviam à margem de todas essas regalias.

A concentração de poderes em apenas uma pessoa era o terceiro traço em comum e com isso o imperador acumulava as funções militar, judicial, sacerdotal e de coleta de impostos.

A maioria das monarquias desse período eram de cunho teocrático, tendo o monarca como representante das divindades, descendendo, dessa forma, dos deuses. Assim, o poder era ilimitado e os povos eram em geral politeístas.

O Estado de Israel era a exceção à parte das características centrais e comuns dentro do Estado Antigo,² sendo democrático, pois os indivíduos tinham a proteção da lei e também contra o poder público. Apesar de o povo não ter participação nas negociações do Estado, esse protegia os fracos e desamparados, escravos ou cidadãos. A legitimação do poder também estava ligada à religião, e o rei era o intérprete e executava na terra a vontade de Deus. Está no Estado de Israel a contribuição para a formação do pensamento político na Idade Média.

Estado Grego

O Estado Grego era caracterizado pelas Cidades-Estado, que tinha a *Polis* como sociedade política de maior expressão, objetivando o ideal da autossuficiência. Existia também uma classe política com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos. A autonomia da vontade individual, no entanto, era restrita nas relações de caráter privado.

Inicialmente, o Estado Grego era monárquico e patriarcal, mas tanto na monarquia como na república manteve-se no poder a classe aristocrática e as características básicas da democracia dentro direito público moderno não estavam contidas no Estado Grego, pois mais da metade da população era escrava e a soberania do Estado era exercida pela minoria dos chamados “cidadãos”.

Platão contribuiu no Estado Grego com o ideal nuclear de que incumbe aos sábios reinar, aos guerreiros proteger e às classes obreiras obedecer. Ele via no Estado a revelação da virtude humana e, por meio desse, é que se atinge a perfeição e a realização da plena satisfação do destino humano.

Aristóteles, por sua vez, defendia a família e a propriedade privada e enxergava o Estado como natural, necessário e decorrente da própria natureza humana. A finalidade precípua do Estado era a segurança da vida social, regulamentação da convivência entre os homens e promoção do bem-estar coletivo.

Estado Romano

O Estado Romano era formado pelo Estado-Cidade, denominado *Civitas*, o qual teve características semelhantes à *Polis* grega. Inicialmente, era monárquico e patriarcal, mas

em seu processo histórico passou da realeza hereditária para a república, também de maneira semelhante ao Estado Grego.

A origem dessa modalidade de Estado deu-se na ampliação da família, sendo que o *pater família* era absoluto e detinha o poder de vida e morte sobre todos os componentes do grupo (os *servus*, os parentes agnados, respectivos parentes e estranhos associados). Mais tarde, aquela se dividiu em família propriamente dita, gentes ou *gens* (poder público), as quais formaram o núcleo inicial do Estado. Os patrícios formavam as famílias e os servidores dessas eram os clientes, os quais detinham a posse, mas não o domínio das terras que cultivavam.

A reunião das gentes formavam a *Curia*, várias *Curias* constituíam a *Tribu*, várias *Tribus* formavam a *Civitas* ou Estado-Cidade. A *Civitas* tinham um Senado formado pelos *pater familias*. Com o tempo, houve mais subdivisão e à margem de toda essa estrutura ficavam os plebeus, que viviam sem lei, sem Deus e sem pátria.³ Com o tempo, as *gens* desmembraram-se, os clientes libertaram-se e os plebeus foram conquistando direitos de cidadania.

Os traços característicos do Estado Romano e distintivos em relação ao Estado Grego foram a distinção entre direito e moral, o Estado garantia a

propriedade, o homem tinha relativa liberdade perante o poder estatal, o Estado era visto como nação organizada e a vontade nacional era a fonte legítima do Direito.

Estado Medieval

No Estado Medieval, o cristianismo tinha o ideal do Estado universal em que toda a humanidade se tornasse cristã, mas havia multiplicidade de centros de poder e a recusa do Imperador em submeter-se à autoridade da Igreja. Os centros de poder estavam alicerçados na estrutura do feudalismo, em que o sistema administrativo e a organização militar tinham estreito liame à situação patrimonial.

Os institutos jurídicos centrais eram a vassalagem, o benefício e a imunidade. Na vassalagem, os proprietários menos poderosos estavam a serviço do senhor feudal e esse os protegia. O benefício era um contrato entre o senhor feudal e o chefe de família, o qual não tivesse patrimônio, em que o servo recebia uma porção de terras para cultivo e era tratado como parte inseparável da gleba. A imunidade consistia na isenção de tributos às terras sujeitas ao benefício.

O senhor feudal detinha o poder econômico, político, militar, jurídico e ideológico sobre os servos que estivessem em seu território. Denomina-se

assim porque uma aristocracia originalmente militar autodesignava-se um território e sua população. Para aumentar as riquezas, apelava-se para as guerras de conquista e os matrimônios, os quais ganharam foros de sofisticação, por meio do incremento de dotes e heranças comuns, proporcionando um título jurídico que podia ser reivindicado pelas armas.

O que contribuiu para enfraquecer o Estado Medieval foram as Invasões Bárbaras, as quais transformaram a ordem estabelecida, pois os povos invasores estimularam as regiões invadidas a afirmar-se como unidades políticas independentes. A ordem, portanto, era precária, porquanto eram abandonados os padrões tradicionais, havia constante situação de guerra e as fronteiras políticas eram indefinidas. Não existiu, portanto, Estado centralizado no período medieval, justamente pela fragmentação dos poderes. Em função do novo modo de produção, o capitalismo, é que se formou o Estado como poder institucionalizado, com o surgimento paulatino do Estado Moderno, na sua versão inicial absolutista.

Estado Moderno

Dentro do Estado Moderno surge a autonomia, a plena soberania do Estado, que não permite que sua auto-

ridade dependa de outra autoridade. Há a diferença entre o Estado e a sociedade civil, e o monarca representa a soberania estatal na primeira versão do Estado Moderno.

Começou a formar-se mesmo dentro da estrutura medieval uma estrutura diferente daquele em que o Estado era propriedade do senhor feudal: o Estado Moderno, moldando-se na sua versão inicial absolutista. Dentro do Estado Moderno, dessa forma, a concentração do poder de comando sobre um território vasto, por meio da monopolização de serviços essenciais para a manutenção da ordem externa, emana da vontade do soberano.⁴

A dominação, no Estado Moderno, muda de enfoque, passando a ser legal-racional,

[...] decorrente de estatuto, sendo seu tipo mais puro a ‘dominação burocrática’, onde qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma; ou seja, obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer.⁵

Há a institucionalização do poder no Estado Moderno e as condições de existência desse são o território, a nação, a potência e a autoridade. A estrutura de dominação deixa de ser patrimonial e também se justifica em função do poder despersonalizado.

A primeira versão do Estado Moderno foi absolutista, especificamente o Estado Estamental, uma espécie de transição entre o Estado Medieval e o Estado Absolutista, que era formado pela concentração estamental da alta nobreza, baixa nobreza, clero e burguesia. Fundava-se essencialmente em pactos, escritos ou fruto de usos e costumes, elaborados por membros de várias classes, os quais juram lealdade e obediência aos soberanos. Não se tratava de Constituição, mas sim de conglomerado de direitos e privilégios. Estabelecia-se, de acordo com Lenio Streck,⁶ uma dicotomia público-privado ou sociedade civil/sociedade política, a separação entre as funções administrativas, políticas e a sociedade civil. Os quatro elementos que dão realidade material ao Estado Moderno são o monopólio do sistema monetário, o monopólio do sistema fiscal, o monopólio da realização da justiça e o exército nacional.

Dentro dessa nova realidade, a burguesia, como principal representante do novo modo de produção, demandava garantias jurídicas do Estado para poder comercializar riquezas e desfrutá-las. Ficou claro aqui que os meios administrativos não pertenciam mais ao particular, mas sim ao público, ao soberano, ao Estado. As relações não são mais pessoais, mas abstratas, na medida em que os agen-

tes articulam-se por meio de instrumentos universalistas e impessoais.

O processo histórico do Estado mostra claramente que não há uma continuidade que o levaria ao aperfeiçoamento. Do Estado Antigo ao Estado Moderno não houve elos de continuidade que demonstrassem evolução do conceito de Estado no decorrer do tempo. O que se percebe é que as condições econômico-sociais determinam a forma de dominação apta a atender os interesses das classes, o que de certa forma é fortemente destacado na teoria marxista.

Apesar de não haver consenso doutrinário sobre a denominação de “Estado” às estruturas anteriores ao advento do Estado Moderno, é latente a constatação de que houve e há interesses das classes hegemônicas envolvidas no processo histórico. No medievo, os interesses dos senhores feudais estavam envolvidos na manutenção da estrutura feudal, mas na medida em que essa enfraquecia, em função da multiplicidade de centros de poder e das guerras, e surgia nova classe, demandando estruturas mais adequadas aos seus interesses, moldava-se em paralelo a estrutura inicial do Estado Moderno, o qual também se ramificou no decorrer do tempo, sempre procurando atender às demandas vigentes de cada momento histórico.

Estado Absolutista

No Estado Absolutista o monarca é a personificação do Estado. O poder de império é tratado como direito absoluto do rei, de origem divina, não havendo limites de atuação do rei em função dessa origem. Esse direito absoluto do monarca determinou uma relação de poder parecida com a dos senhores feudais, com a diferença de ser em proporções maiores. A estratégia foi utilizada com a finalidade de garantir a unidade de território dos reinos.

O Estado Moderno Absolutista foi o sustentáculo para o surgimento paulatino do capitalismo, mas perdeu força na medida em que a burguesia não mais queria apenas o poder econômico, mas também o poder político.

Estado Liberal

Com o enfraquecimento do Estado Absolutista, culminando principalmente na Revolução Francesa de 1789, construiu-se doutrinária e efetivamente as bases do Estado Moderno Liberal, em que a burguesia alcançou o poder político. Locke demonstra em sua obra o perfil do liberalismo político de limitação das funções do Estado.

Com o passar do tempo, a ideia de liberal estava alicerçada em um poder monárquico limitado e em um bom grau de liberdade civil e reli-

giosa, o que gerou a compreensão de estado mínimo, o qual garantiria aos indivíduos paz e segurança. Com a “universalização” do sufrágio e da representação houve a consolidação de conquistas liberais: ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, direitos humanos, liberdades e outras.

É óbvio que liberalismo tem múltiplos significados, mas o centro das atenções para o entendimento do Estado Moderno, na versão liberal, é justamente a ideia de limites e liberdades e o indivíduo é o principal ator nessa ideia. A noção que se tem de liberalismo dentro do senso comum está inserida no seu núcleo econômico, em que Adam Smith protagoniza, defendendo que o que importa é a liberdade à ação individual, e a limitação do papel do Estado à simples manutenção da ordem e segurança.

Com o tempo, a ideia minimalista do Estado Liberal foi deslocada, no sentido de que a função do Estado passa a ser de remover obstáculos para o autodesenvolvimento dos homens, garantindo, dessa forma, que mais indivíduos usufruam das liberdades. Essa é a percepção “Neoliberal”. A interferência do Estado foi gradativamente aumentando, em um cenário de luta dos movimentos operários, pela regulação das relações produtivas, ocorrendo então a transição do Estado Mínimo para

o Estado do bem-estar ou *WelfareState*. Nesse momento, inseriu-se a justiça social, entendida como a necessidade de apoiar os indivíduos quando não podiam mais proteger-se ou quando o mercado não demonstrava as devidas flexibilidades e sensibilidades para que se satisfizessem as necessidades básicas daqueles indivíduos.

O Estado de bem-estar ou *WelfareState*

O Estado negativo, apesar de apresentado nunca ocorreu, pois apenas o fato de o Estado existir e determinar uma ordem jurídica já implica intervenção. Essa, no entanto, aumentou cada vez mais com o passar do tempo, em uma época de lutas entre a classe operária e os detentores do processo de produção, formando as bases do Estado de bem-estar.

Há uma mudança de enfoque do Estado, considerando que apenas a atuação mínima ou o chamado Estado polícia, com funções praticamente de mera vigilância da ordem social já não garantia a paz e a segurança esperada na doutrina. Existe, dessa forma, a transição do absenteísmo para o intervencionismo, na medida em que os modos de vida antigos e tradicionais são destruídos, dando lugar à figura do proletariado urbano, produto da Revolução Industrial, assim como a

urbanização acelerada, a condições precárias de trabalho, segurança pública debilitada, em um espaço em que existe o direito, mas não o poder de ser livre.

Neste contexto é que o Estado transforma-se para melhorar as condições sociais, pois devem ser garantidas condições mínimas de existência aos indivíduos e para regular o próprio mercado, porquanto o poder público já é financiador, consumidor e tem outros papéis dentro da economia.⁷

Os ambientes durante e após as grandes guerras geraram um ambiente instável e desagregador, o qual determinou ao Estado a efetiva intervenção, no controle de recursos sociais e na necessidade de controle integral e coativo da vida econômica. Para Lenio Streck,

pode-se dizer que o Estado de Bem-Estar Social constitui uma experiência concreta da total disciplina pública da economia, assumindo como modelo de futuros objetivos autoritários da política econômica e ao mesmo tempo cria hábitos e métodos dirigistas dificilmente anuláveis.⁸

A burguesia, diante desse cenário, viu-se ameaçada pelas tensões sociais, que acabaram flexibilizando e beneficiando-se com isso, pois foi possível que a infraestrutura para acumulação e expansão do capital fosse gerada por meio de verbas públicas. Assim, dividiu-se por todo o povo o custo dessa

infraestrutura para se desenvolver o capital e houve também concessão de obras e serviços públicos, possibilitando à burguesia aproveitar-se dessas concessões e manter-se de maneira mais amena que no passado.

Coexistiu a burguesia com um ambiente em que o Estado tem um papel de intervenção e de promoção social, o Estado de providência, o qual assume uma função social e é caracterizado como o que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político,⁹ sendo essas prestações públicas percebidas de maneira diferente, como um direito ou uma conquista de cidadania dos indivíduos.

Com todos os problemas que o Estado tem vivenciado e tentado gerar as respectivas soluções, percebe-se também que há uma nova mudança de enfoque, no sentido de atender demandas que ultrapassam os limites territoriais de cada Estado. Constrói-se, então, um espaço transnacional que atenda às respectivas demandas.

A crise conceitual do Estado e o surgimento de um espaço transnacional

O processo histórico do Estado demonstrou que há, no decorrer do tempo, diferentes justificações jurídicas e

filosóficas para o surgimento de um centro de poder, de proporções maiores, que atendam a interesses que variam também em função do tempo.

Com o surgimento do Estado, afirmaram-se os territórios e a noção de soberania, os quais os teóricos foram tratando de maneiras diferentes no que diz respeito de onde emanam, mas é nesse campo que se identifica uma crise, chamada por Lenio Streck de crise conceitual,¹⁰ paralelamente aos problemas que cada unidade territorial enfrenta.

A soberania era entendida como situação em que o Estado empenhava-se em construir e garantir a supremacia e unidade da esfera política. O Estado soberano, nesse ponto de vista, não admitia competidores. Gustavo Zagrebelsky¹¹ apontou uma perspectiva interna, em que existiriam simples relações de sujeição ao Estado soberano; e uma perspectiva externa, em que poderia existir a luta entre soberanias ou a coexistência de soberanias por meio da criação de relações horizontais e paritárias norteadas por normas em que os Estados participaram da formulação.

Zagrebelsky também lembra que a soberania não é realidade política operante, porquanto existem centros de poder concorrentes com o Estado, que são independentes e transcendem os limites territoriais do Estado,

o qual está a ponto de ser desativado como modelo de unidade política.¹²

A soberania encontra crise no Estado Moderno justamente no fato de esse se afirmar como único centro autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista em um ambiente internacional. No plano internacional, são verificadas diversas comunidades supranacionais, as quais, independentemente da precariedade ou eventual fragilidade que muitos apontem, têm dado novas dimensões aos Estados-Membros, evidenciando uma efetiva revisão do conteúdo fulcral da soberania. Essa também é colocada em xeque caso sejam consideradas as organizações econômicas transnacionais, que a princípio não têm identidade com algum Estado, influenciando diretamente em diversos países. A autonomia do Estado desfez-se,¹³ em função dessa conjuntura econômica e dos demais fatores acima abordados.

Os direitos humanos tem papel fundamental, também, na compreensão e revisão do conceito de soberania, principalmente no que diz respeito à terceira geração de direitos fundamentais, que tratam de direitos difusos e que transcendem ao limite territorial e de soberania de cada Estado. Exemplos desses direitos de terceira geração são: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao

meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à comunicação, etc.

Em função dessas quebras de paradigma é que deve ser revisto o caráter soberano atribuído ao Estado contemporâneo.

Além da revisão da soberania e diretamente relacionado a essa, o Estado Contemporâneo, como se percebe aqui, está em mutação, determinando estruturas supranacionais que, precárias, precoces ou não, dão conta das demandas dos Estados-Membros, como exemplo do processo histórico de formação da União Europeia, que teve início na criação da Comunidade Europeia, com o escopo primordial de livrar o continente europeu do flagelo de novas guerras.¹⁴ Lembre-se que a formação da União Europeia deu-se após a Segunda Guerra Mundial, num ambiente fortemente segregado e fragilizado em função dos conflitos, em que se constatou que a estrutura do Estado-Nação vigente não mais dava conta dessa estrutura complexa e que era urgente a formação de um espaço transnacional que atendessem às demandas do pós-guerra.

Dentro da construção dos institutos jurídicos formadores da União Europeia está o Tratado de Amsterdã, que por meio de três pilares alicerçou aquela União: a colaboração em matéria de política exterior e de segurança comum; a cooperação no âmbito judi-

cial e policial em matéria penal; e a Comunidade Econômica do Carvão e Aço (Ceca) e a Comunidade Europeia.

Surge nesse novo espaço transnacional europeu um Direito *sui generis*, que envolve uma redefinição da soberania nacional, transferindo à Comunidade Europeia competências que historicamente estavam dentro da circunscrição estatal. Trata-se de um arcabouço jurídico-político que redimensionou a soberania e favoreceu a formação da divisão de competências entre os estados-membros da Comunidade Europeia.

A formação da União Europeia está aqui delineada para simplesmente demonstrar que o número de atores multiplicou-se de certa maneira que paralelamente surgiram sistemas alternativos de gestão de poder que são diferentes do Estado-Nação clássico. Há, portanto, possibilidade de reformulação da política social em função justamente da erosão do papel do Estado como centro de gestão, superando as teses legitimadoras do Estado protagonizadas por Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau.

Asseguram os defensores dessa nova realidade transnacional que por causa da grande diversidade de formas culturais de vida, de grupos étnicos, de visões de mundo e das religiões, não pode mais o Estado-Nação manter a cidadania em um futuro próximo.

O elemento supranacional concretiza-se por meio de três pontos centrais: o reconhecimento pelos Estados de um conjunto de valores comuns suficientes para que se disponham a subordinar seus interesses nacionais e sua hierarquia nacional de valores; a criação de um poder efetivo, colocando-se a serviço daqueles valores, que goze de poderes capazes de adotar decisões que comprometam os Estados, de produzir um direito que deve ser respeitado pelos entes nacionais e de pronunciar decisões jurídicas que instituem o direito comum; e esses dois pontos devem estar vinculados à autonomia desse poder superior.¹⁵

A construção das gerações dos direitos fundamentais

Há divergência doutrinária sobre quantas gerações de direitos fundamentais podem ser identificadas no processo histórico, mas o fato é que por meio das três clássicas gerações inicialmente aludidas, pode-se ter noção da construção dos direitos fundamentais dentro do contexto de construção do Estado e em função das necessidades humanas em cada momento histórico. Lembre-se, também, que não surgiram instantaneamente as gerações de direitos fundamentais, pois são produtos de uma construção gradativa no decorrer do tempo.

Há construção doutrinária que propõe que deve ser abandonada a distinção histórico-ideológica entre direitos individuais, civis e políticos, de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, apontando que a teoria dos “direitos humanos” deve se construir a partir da combinação de duas entradas: a distinção entre direitos-liberdade, direitos-imunidade, direitos-pretensão e direitos-potestade e, em segundo lugar, a distinção entre as formas de satisfação, proteção e promoção dos direitos.¹⁶

Direitos fundamentais de primeira geração

Os direitos fundamentais de primeira geração tratam das liberdades negativas clássicas, abordadas dentro do contexto de construção do Estado Liberal, e destacam o princípio da liberdade, correspondendo à fase inaugural do constitucionalismo Ocidental. Originaram-se principalmente das revoluções liberais francesas e norte-americanas, em que a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, defendendo-se a limitação dos poderes absolutos do Estado.

Do Estado exige-se, consoante a linha de raciocínio do Estado Liberal, uma abstenção, cabendo praticamente o poder de polícia, garantindo que os direitos individuais sejam exerci-

dos na sua plenitude. São exemplos de direitos de primeira geração os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de religião e à participação política, entre outros.

Direitos fundamentais de segunda geração

Os direitos fundamentais de segunda geração referem-se, por sua vez, às liberdades positivas, em que se assegura o princípio da igualdade material. O marco dos direitos fundamentais de segunda geração foi a Revolução Industrial a partir do século XIX, no contexto da luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais, como alimentação, saúde, educação e outros.

Com o Pós-Guerra, no século XX, evidencia-se ainda mais a efetiva construção dos direitos fundamentais de segunda geração, considerando que os cidadãos demandavam uma ação positiva do Estado, de cunho prestacional, para que o cidadão tivesse garantidos os direitos essenciais à sua sobrevivência.

Impõe-se ao Estado, portanto, uma obrigação de fazer. No entendimento de Paulo Bonavides,¹⁷ os direitos de segunda geração tratam de direitos sociais, culturais e econômicos.

Direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração destacam os princípios da solidariedade ou fraternidade. Originaram-se na terceira revolução industrial e por meio dessa geração de direitos são protegidos os interesses difusos e coletivos, preocupando-se, dessa maneira, com as gerações humanas presentes e futuras. São exemplos de direitos de terceira geração: direito ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento ou progresso, à paz, o direito de comunicação. Não se trata, portanto, da proteção do homem de forma isolada, mas sim de forma coletiva, não sendo possível determinar exatamente quais são os titulares dos referidos direitos.

No contexto da terceira geração de direitos fundamentais é que se inserem as discussões de cunho transfronteiriço, alertando a necessidade de tratar de um espaço transnacional em que se garantam direitos e se procure padronizar e, na medida do possível, unificar o entendimento em prol do ser humano.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, delinearam-se relações jurídico-fundamentais supraestatais, em um primeiro momento numa base do direito internacional público e depois numa base supranacional,¹⁸ que teve

impulso a partir das Nações Unidas. A causa do terror nacional-socialista era atribuída ao não reconhecimento e o desprezo pelos direitos humanos e em função disso é que foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (DUDH), gerando posteriormente uma cadeia de documentos que de maneira gradativa reafirmaram essa declaração e construíram aos poucos uma consciência transnacional.

Princípio da separação dos poderes

O artigo 2º da Constituição Federal dispõe que os Poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consagrando o princípio da separação de poderes no Brasil. Trata-se de um princípio fundamental, do ordenamento jurídico brasileiro, que o legislador constituinte originário consagrou, na Carta Política de 1988, expressamente como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, III, que estabelece: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes.”

Para José Afonso da Silva,¹⁹ o referido princípio, adotado pela nossa Constituição como princípio fundamental, é tido como princípio geral do Direito Constitucional, sendo que as expressões Poder Legislativo, Poder

Executivo e Poder Judiciário, apresentam duplo sentido, pois exprimem as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação no título da *organização dos poderes*.

Origem e evolução da separação dos poderes no Brasil

Muitos atribuem a gênese e concepção da teoria da separação dos poderes a Aristóteles (382-322 a. C). Em sua obra *A Política*, o filósofo estabeleceu três tipos distintos de atos estatais, tais sejam: o ato deliberativo, o executivo e os atos do judiciário. Todavia, o absolutismo dominou o sistema, permitindo que o monarca reunisse em si as três funções estatais.

Devido à sua importância, a teoria da separação de poderes resultou do esforço não apenas de um, mas de vários pensadores comprometidos com uma nova ordem estatal, como John Locke e Benjamin Constant. No entanto, a versão que apresentou a melhor formulação da separação dos poderes foi a elaborada por Montesquieu. Em sua clássica obra, *O Espírito das Leis*, o autor francês asseverou que não seria possível a existência de liberdade se o poder estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimi-

tado e tenderia o homem ao abuso. Por isso, o exercício das atividades estatais deveria ser dividido em três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Para o pensador francês, os órgãos que legislam não podem ser os mesmos que executam, assim como nenhum dos dois pode ser encarregado de decidir controvérsias. A cada um dos poderes correspondem determinadas funções. O filósofo alemão Kant tratou também do princípio da separação de poderes. A *trias política* do referido autor reproduz a de Montesquieu, enaltecendo, sobretudo, o aspecto ético.

O princípio da separação de poderes, por sua vez, foi, pela primeira vez, proclamado de modo solene, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Nesse período, impulsionado pelas revoluções liberais, ganhou vulto o movimento constitucional, que impôs o chamado conceito ideal de constituição, segundo o qual, seria desprovida de Constituição a sociedade em que não estivesse estabelecida a separação dos poderes. Assim, a separação de poderes seria o princípio extraído do próprio Estado Democrático de Direito.²⁰

No Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824, já se encontra presente o reconhecimento da necessidade de controle do poder político:

Dos poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Todavia, esta carta encontra-se distante da clássica tripartição de poderes formulada por Montesquieu, pois, previa a existência de quatro poderes de Estado: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador. Sendo que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Moderador estava acumulado nas mãos do imperador.

Posteriormente, a Constituição da Primeira República, influenciada pelo modelo norte-americano, repudiou a monarquia, privilegiando a tripartição dos poderes políticos: “Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.” Essa Carta vigorou até o ano de 1934, ano em que foi promulgada nova Constituição, que também tratou da organização tripartite do poder político em seu artigo 3º.

A Constituição de 1937 não faz menção às divisões das funções do Estado. Previu a existência de um Poder Legislativo submisso à autoridade suprema do Presidente da República, o

que, por si só, inviabilizava a existência de poderes harmônicos e independentes.

Em 1946, com a promulgação de nova Carta Magna, retorna-se à tripartição do poder político. Há que se destacar a expressa vedação ao exercício concomitante, por um mesmo cidadão, de funções estatais soberanas distintas.

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

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

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

As constituições que sucederam à Carta de 1946 mantiveram a ideia de “separação” dos poderes, inserindo apenas a figura do decreto-lei, que conferia, na prática, competência legislativa ao presidente.

A Constituição atualmente vigente, chamada cidadã, reforçou o princípio da separação dos poderes, apesar de ter permitido ao Presidente da República editar medidas provisórias e ter alargado a competência legislativa federal, em razão da competência vertical. Dispôs em seu artigo 2º “que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Poder político

O poder é um fenômeno sociocultural. A partir do momento em que se pertence a um grupo, se reconhece que esse grupo pode exigir, impor e fixar determinados atos e comportamentos necessários a realização de determinados fins. Tal poder é inerente ao grupo.²¹

Existem diversas formas de poder, ou diversas formas de manifestação do poder: poder social, poder jurídico, poder político, poder familiar, etc. O poder estatal ou poder político do Estado tem por escopo coordenar e impor regras e limites à sociedade civil, visando à realização de fins específicos. Logo, o poder político é superior a todos os outros poderes sociais. Para José Afonso Silva,²² essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado, pois implica à independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e a supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna).

Governo e distinção de funções do poder

O Estado constitucional de direito está assentado na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivi-

sível. O poder do Estado na pessoa do seu titular é indivisível, a divisão somente se faz quanto ao exercício do poder.

O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Portanto, a vontade do Estado se manifesta por meio de órgãos estatais. Aos órgãos do Estado supremos (constitucionais) incumbe o exercício das funções do poder político, cujo conjunto se denomina governo.

As funções do poder não se confundem com a divisão do poder. José Afonso da Silva²³ assevera que:

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentrados num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam o nome das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo, órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, temos a concentração de poderes.

As funções do Estado dividem-se em: função legislativa, função judiciária e a função executiva. A função legislativa consiste na edição de normas gerais e abstratas, que inovam na ordem jurídica e estão subordinadas diretamente à Constituição. A

função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis. A função jurisdicional tem por objeto dirimir conflitos de interesses, aplicando o direito aos casos concretos.

Separação dos poderes

O Conteúdo da separação dos poderes está concentrado em dois elementos: especialização funcional e independência orgânica.²⁴ A especialização funcional se verifica pela atribuição de função específica a cada órgão. A cada órgão do Estado seriam atribuídas funções típicas, em predominância, e atípicas, evitando a concentração de uma mesma função num só organismo. A independência orgânica apura-se pela ausência de subordinação entre um órgão e outro. Todos os poderes estão subordinados a Constituição, não havendo um poder superior aos outros.

O direito constitucional contemporâneo, apesar de adotar a tradicional ideia da tripartição dos poderes, já não adota essa fórmula com rigidez, por entender que se tornou inadequada para um Estado intervencionista.

Assim, as funções típicas do Poder Legislativo consistem em legislar e fiscalizar a parte contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (Constituição

da República, artigo 70). As funções atípicas constituem-se em administrar, quando dispõe sobre sua organização e seu funcionamento interno, exercendo o provimento de cargos aos seus servidores, assim como, seu plano de carreira e julgar quando esse, por exemplo, exerce o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, de acordo com o artigo 52, I e II, da Carta Magna.

A função típica do Poder Executivo é a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração. A chefia do Poder Executivo foi confiada ao Presidente da República, auxiliado pelos seus Ministros. Quando legisla, por meio de medidas provisórias, exerce função atípica.

A função típica do Judiciário é a jurisdicional, ou seja, a aplicação da lei ao caso concreto, com o fim de dirimir a lide. Apresenta funções atípicas de natureza administrativa, como por exemplo, a concessão de férias aos seus membros e serventuários, e de natureza legislativa, por meio da edição de normas regimentais.

Independência e harmonia entre os poderes

A Constituição da República atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judici-

ário. A esses órgãos, a Constituição Federal garantiu-lhes autonomia e independência, dentro de uma visão harmônica.

A respeito da independência e da harmonia dos poderes consagrados pela Carta Magna, discorreu com autoridade José Afonso da Silva²⁵ sobre o seu significado:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...]. A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de poderes entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Portanto, para que seja preservada uma autonomia eficiente entre esses poderes, não se deve pensar numa independência absoluta. Deve-se pensar em uma individualidade harmônica, de modo que cada poder deverá

ter autonomia para o exercício de suas funções, mas desde que de forma conjugada e compatibilizada com os demais. Nesse sentido, os controles recíprocos, por meio do sistema de freios e contrapesos, ocorrem para garantir o equilíbrio entre esses.

A efetivação do direito à saúde

A efetivação do direito à saúde implica, antes de qualquer coisa, uma breve análise do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.²⁶ Segundo esse dispositivo, os direitos e as garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, ou seja, não precisam de outra norma que regulamente o exercício desses direitos para que sejam efetivos. Não há qualquer dúvida sobre essa aplicabilidade no que se refere aos direitos fundamentais de primeira geração, de liberdade negativa, que implicam uma imposição de abstenção do Estado em interferir no livre exercício de direitos como liberdade, propriedade, reunião, etc., notadamente estampados no próprio artigo 5º. Ocorre que, além dos direitos individuais de autonomia subjetiva, os direitos fundamentais apresentam um significado mais amplo, que compreendem também os direitos econômicos, sociais e culturais.²⁷

Alguma dificuldade surge, porém, no que tange a aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais, aqui notadamente o direito à saúde, de segunda geração, previsto de maneira abstrata no *caput* do artigo 6º da Constituição,²⁸ cuja principal característica é a exigência de uma prestação positiva por parte do Estado, o que implica alto custo financeiro e manejo de grande estrutura física e organizacional.

O fato de o direito à saúde encontrar-se no artigo 6º e não no artigo 5º da Constituição é o primeiro obstáculo enfrentado para afirmar à sua aplicabilidade direta e imediata, pois é o artigo 5º, que traz o rol de direitos fundamentais, o que, em tese, poderia implicar o direito à saúde ser uma norma programática ou pendente de regulamentação. Ocorre que a Constituição não afirma, em qualquer dispositivo, que essa eficácia direta e imediata prevista no §1º não se estenda a outros direitos fora do rol do artigo 5º. Perceba-se, também, que não se nega a aplicabilidade direta e imediata de outros direitos fora desse rol como o direito de greve (artigo 9º), os direitos trabalhistas (artigo 7º) ou os direitos políticos (artigo 14). Ainda, o artigo 5º, §2º, da Constituição,²⁹ expressamente contempla a possibilidade de que outros direitos, previstos em diplomas diversos da própria Constituição, como nos tratados internacionais te-

nham essa mesma efetividade.³⁰ Portanto, o texto constitucional em momento algum afirma ou dá a entender que os direitos sociais, de cunho prestacional, não teriam, também, a aplicabilidade direta e imediata.

Diferentemente de outros direitos sociais que não tem qualquer outra disposição tal qual a constante no artigo 6º da Constituição Federal, o direito à saúde encontra especial disposição no artigo 196,³¹ o qual inaugura uma seção inteira dedicada à matéria, o que deixa claro a especial preocupação com a tutela desse direito social por parte do legislador constituinte. Algumas previsões desse artigo constituem nova problemática como “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, além de “acesso universal e igualitário”. Essas disposições revelam uma faceta da justiça social, consubstanciada no desenvolvimento do direito de solidariedade vertical que compreendem as atividades desenvolvidas pelo Estado em busca de uma maior justiça social, bem como o oferecimento de serviços e benefícios sociais para os cidadãos. Trata-se da distribuição da riqueza gerada em prol daqueles mais necessitados.³² Se a saúde é direito de todos, é universal e dever do Estado, significa que para a sua concretização, necessariamente, despesas e estruturas precisam ser disponibilizadas.

É de notório conhecimento em nossa sociedade a situação de calamidade que se encontra a prestação desse serviço, em claro desrespeito à força normativa da Constituição. A não prestação desse serviço de uma maneira ao menos regular encontra, na senda política, inúmeras explicações, mas a juridicamente mais robusta é a chamada “reserva do possível”. Tal expressão teve origem na década de 1970 do século passado, na Alemanha, quando dois juristas daquele país formularam ideias sobre o descontrole dos gastos do Estado com os direitos sociais. W. Martens afirmava que os direitos sociais somente poderiam ser garantidos dentro das possibilidades e da adequação do Estado, e Peter Häberle trouxe a ideia de que os direitos sociais, dentre outros, dependem da capacidade e reserva financeira do Estado.³³ Tais argumentos foram também utilizados pela Corte Constitucional Alemã, em um caso concreto, envolvendo pedido de acesso ao ensino superior, que tornou famosa a expressão. Atualmente, é comum o Estado contestar pedidos judiciais de direitos ligados à prestação da saúde, como o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos específicos, tendo como fundamento a reserva do possível, disposições orçamentárias, etc.

De fato, é inegável que os direitos sociais prestacionais tem um alto custo, notadamente o direito à saúde, e que a sua aplicação depende da capacidade financeira do Estado e de disponibilidade de recursos. O que se deve ter em mente quanto a isso é que na busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, tais argumentos não podem representar obstáculos intransponíveis para o exercício dos direitos sociais.³⁴ Se o texto constitucional prevê o acesso a esse direito, esse precisa ser prestado. Nenhum dos poderes constituídos pode se valer do argumento do custo do serviço para não o prestar, de maneira a impedir a eficácia das disposições constitucionais.

Não são poucos também os que sustentam que argumentos como o da reserva do possível representam apenas um véu sobre a verdadeira razão da negação da prestação dos direitos sociais. A globalização, a cultura do consumo, do apelo excessivo à propriedade e ao individualismo têm, em muitos casos, tornado-se o norte direcionador da produção legislativa e de decisões judiciais. Além disso, o sistema econômico-financeiro tem se tornado o principal fator de pressão para a ineficácia dos direitos humanos, sobretudo, dos direitos coletivos e dos direitos difusos (no qual se incluem os sociais). Por essas razões, afirma-se que o poder do Estado vem

sendo fragilizado por não mais dispor de instrumentos eficazes para o controle dos agentes econômicos.³⁵ A política tem servido às determinações do mercado e o direito tem servido às determinações da economia. Os interesses do mercado são de um Estado enfraquecido, que não interfira na livre celebração dos negócios e, por via de consequência, postula por um Estado mínimo, pouco interventor e, portanto, pouco prestativo. Tal fenômeno, descrito por Konrad Hesse, denomina-se de “escavação dos direitos fundamentais”,³⁶ com o claro intuito de desconstituir direitos anteriormente conquistados ou simplesmente de impedir a sua efetivação. Embora não seja o escopo deste trabalho, não se pode deixar de considerar tais afirmações profundamente ligadas ao fenômeno da transnacionalidade e do enfraquecimento da soberania do Estado.

Diante de tais fatos e argumentos de cunho econômico, não se pode negar que existe uma indissociável vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo esse um dos postulados nos quais se fundamenta o direito constitucional da atualidade.³⁷ Para se viver com dignidade é necessário, por certo, condições mínimas para o desenvolvimento pessoal e social. A liberdade, de fato, somente pode ser almejada se o sujeito é capaz

de viver sem a interferência externa, no sentido de se autogovernar e de ser independente. Para que tal autonomia mínima seja atingida, é essencial a eficácia de políticas públicas voltadas à atenção básica, como educação e saúde, que nada mais são que deveres do Estado por determinação constitucional.³⁸

É também na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão que se consagrou o reconhecimento de um direito fundamental de obter do Estado garantias mínimas para uma existência com dignidade. Isso inclui a assistência social e a saúde, dentre outros benefícios para auxiliar a todos que não têm condições de garantir a própria subsistência. Essa garantia mínima chamou-se de “mínimo existencial”.³⁹

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem um custo, o que limita a sua prestação, é que o conceito de mínimo existencial ganhou roupagem. O mínimo existencial é a essencialidade dos direitos fundamentais, sem os quais não é possível viver dignamente. Esse mínimo é definido pela própria Constituição, são as condições mínimas que o Estado tem o dever de garantir ao cidadão para uma existência digna. Ainda, sobre o que exatamente compõe o mínimo existencial não há uma fórmula estanque, tampouco um rol taxativo.

Seu conceito é flexível, de caráter variado e relativo, que deve ser interpretado no caso concreto, de acordo com o contexto.⁴⁰

Na jurisprudência do STF, vê-se que o mínimo existencial é frequentemente invocado e confrontado frente à reserva do possível, ressaltando-se que o Tribunal não está interferindo na competência do Poder Executivo, mas tão somente, dando efetividade a um imperativo constitucional. No julgado que segue tal situação fica bastante clara:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. **A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública** – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Rela-

tor o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. **Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013) [grifos nossos].⁴¹

O julgado acima deixa evidente que o STF não mais considera o direito à saúde como uma norma programática ou sujeita a qualquer tipo de complementação, mas sim um direito fundamental com eficácia direta e imediata. Na sequência, outro julgado demonstra a amplitude do mínimo existencial que pode incluir medicamentos, fraldas geriátricas e absorventes descartáveis:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Entendimento diverso do adotado pelo Tribunal a quo, concluindo que o fornecimento de fraldas descartáveis seria imprescindível à saúde, ensejaria o reexame do contexto

fático-probatório engendrado nos autos, o que inviabiliza o extraordinário, a teor do Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Precedentes: RE 724.293-AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 11/2013, e RE 726446-AgR/RS, Rel. Min. TeoriZavazcki, Segunda Turma, DJe de 6/5/2013 2. Incasu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “Constitucional. direito à saúde. fornecimento DE FRALDAS GERIÁTRICAS DESCARTÁVEIS. responsabilidade solidária de todos os entes da federação. artigos 23, II e 196, constituição federal. Precedentes do supremo tribunal federal, do superior tribunal de Justiça e deste tribunal de justiça. De acordo com firme orientação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o **direito à saúde é dever do Estado, lato sensu considerado, a ser garantido modo indistinto por todos os entes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, forte nos artigos 23, II e 196, da Constituição Federal, a abarcar, portanto, não apenas o fornecimento de medicamentos, como também o fornecimento de fraldas geriátricas descartáveis e absorventes descartáveis, quando presentes (1) as condições de saúde da parte e (2) a ausência de recursos financeiros para aquisição, consoante se dá na hipótese dos autos.**” 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 726449 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 27-08-2013 PUBLIC 28-08-2013) [grifos nossos].

No julgado acima, o STF considerou que o fornecimento de medicamentos, fraldas e absorventes estaria

condicionado à ausência de condições de saúde e financeiras do postulante. Neste diapasão, o Supremo aplicou o princípio da razoabilidade, no sentido de que o direito à saúde está atrelado às condições econômicas do sujeito, pois, afinal de contas, a Constituição autoriza a existência de sistemas de prestação de serviços privados de saúde, a gratuidade ampla e universal, inclusive para aqueles que têm condições de pagar pelo serviço ou pelo produto sem maiores entraves, seria no mínimo questionável.⁴² A definição, no entanto, de quem pode e quem não pode pagar continua obscura, ainda mais considerando que todos somos contribuintes tributários.

Nesse aspecto, deve-se considerar também o desdobramento do valor de justiça social em solidariedade horizontal, aquela desenvolvida no âmbito da sociedade, entre os seus próprios membros, nitidamente ligada à ideia de cooperação em prol do bem comum. Podem-se destacar aqui as atitudes como a preservação do meio ambiente para a atual e para as futuras gerações, a preservação e o cuidado com o patrimônio público pelos cidadãos, a constituição de associações e sociedades civis de caridade e assistência social⁴³ e, também, o custeio do sistema de saúde em prol daqueles que não têm condições de pagar por um tratamento médico ou por um medicamen-

to. Pagar tributos, ter boas condições financeiras e pagar por um sistema de saúde que será utilizado pelos mais necessitados, mas não pelo próprio contribuinte, é um evidente exemplo de solidariedade horizontal e de exercício de cidadania.

Destarte, verifica-se que a efetivação do direito à saúde, sobretudo aos mais necessitados, não pode encontrar óbices em argumentos de cunho econômico como a reserva do possível, uma vez que a própria Constituição considera a saúde como um direito fundamental e dever do Estado. De fato, a dignidade humana, a vida e a própria liberdade não tem qualquer significado sem o acesso à assistência básica de saúde. É verdade que os direitos têm custos e que o Estado não dispõe de recursos inesgotáveis. No entanto, certos direitos sociais prestacionais como saúde e educação que sem qualquer sombra de dúvida compõem o mínimo existencial para uma vida digna, não podem restringir-se a meras normas de cunho programático. Resta saber, no entanto, se a jurisprudência do STF manter-se-á no mesmo sentido em algum cenário futuro de crise econômica, em um contexto socialmente desfavorável em que a pressão do mercado financeiro possa novamente implicar restrição a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Considerações finais

O processo histórico do Estado mostra que esse foi, em parte, construído paulatinamente para atender os anseios de determinadas classes sociais que pretendiam se manter no poder e, depois, houve reestruturações que objetivaram a ascensão de outros extratos sociais ao poder político. As demandas sociais das classes oprimidas por esse sistema de manutenção e ascensão ao poder político geraram uma evolução do Estado, no sentido de se reconhecer e prever em nível constitucional a garantia de direitos fundamentais de maneira universal e igualitária, com cunho de justiça social. Isso fica latente durante a construção do Estado de bem-estar.

Em contrapartida, no Estado Contemporâneo mantiveram-se e intensificaram-se as demandas por manutenção e ascensão ao poder político principalmente em função da globalização e do poder econômico, o que forma ponto de tensão que dificulta a efetivação dos direitos fundamentais. O Brasil é parte desse ponto de tensão, sendo previsto constitucionalmente a garantia dos direitos fundamentais, estando contido nesses o direito à saúde, mas o Executivo tem dificuldades na implementação e efetivação desse direito.

Verifica-se na doutrina e na jurisprudência que o Poder Judiciário tem

legitimidade para intervir no Poder Executivo, não se tratando de descumprimento do princípio da separação dos poderes, mas sim de exercício desse, na medida em que se estabelece um sistema de freios e contrapesos, tendente ao equilíbrio essencial à realização do bem da coletividade e indispensável para tornar realmente efetiva a garantia do direito à saúde.

As decisões dos tribunais brasileiros têm demonstrado repetidamente que não convence mais a argumentação da reserva do possível como fundamento da não prestação do Estado para garantia do direito à saúde, muito menos a alegação de que a ordem econômica poderá ser comprometida. Há nos julgados, portanto, a efetiva ponderação tendente ao mínimo existencial para uma sobrevivência digna, em detrimento da reserva do possível, se for comprovado pela reclamante que aquele mínimo não está sendo garantido na forma do previsto na Constituição da República. Nessa, a garantia do direito à saúde não é considerada como uma norma programática, passível de complementação infraconstitucional, mas sim um direito fundamental com eficácia direta e imediata.

The state, the construction of fundamental rights, the separation of powers and the effectiveness of the right to health

Abstract

The objective of this article is to research on the historical process of the state, seeking their theses justification and which actors were involved in the formation of the state, especially the Medieval State, the Modern State, in their changes over time, and the Contemporary State. The objective is also to understand the construction of fundamental rights and investigate the principle of separation of powers, so as to establish a connection with the doctrinal and jurisprudential bases for the right to health and its implementation within the contemporary State structure, specifically in Brazil.

Keywords: State. Separation of powers. Effectiveness. Right to health.

Notas

- ¹ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.
- ² MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.
- ³ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110.
- ⁴ BOBBIO, Norberto apud STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 25.
- ⁵ WEBER, Max, apud STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 25.

- ⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 28.
- ⁷ DALLARI, Dalmo, apud STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 63.
- ⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 65.
- ⁹ BOBBIO, Norberto, apud STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 71.
- ¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 130.
- ¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 10-12.
- ¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 10-12.
- ¹³ RIBEIRO, Renato Janine, apud STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 133.
- ¹⁴ SILVA, Karine de Souza. Estado contemporâneo em mutação: o sistema de distribuição de competências entre os Estados-membros e a Comunidade Europeia. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). *Reflexões sobre política e direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 197-250.
- ¹⁵ SILVA, Karine de Souza. Estado contemporâneo em mutação: o sistema de distribuição de competências entre os Estados-membros e a Comunidade Europeia. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). *Reflexões sobre política e direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 205-250.
- ¹⁶ ALEXY, Robert et al. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 221-222.
- ¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- ¹⁸ PIEROH, Bodo. *Direitos fundamentais*. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.
- ¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106.
- ²⁰ CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Marcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 106.
- ²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 107.
- ²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108.
- ²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109.
- ²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110.
- ²⁶ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
- ²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales: temas clave de la Constitución Española*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 47.
- ²⁸ Art. 6º São direitos sociais 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, na forma desta Constituição.
- ²⁹ § 2º 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.
- ³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 263.
- ³¹ 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.
- ³² MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 58.
- ³³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 382.
- ³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 286-287.
- ³⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29.
- ³⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Transnacionalização e direitos fundamentais: uma difícil equação. In: MONTE, Mário Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Orgs.). *Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 39-40.
- ³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26.
- ³⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011, p. 389.
- ³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos fundamentais & justiça*, v. 1, p. 179, 2007.
- ⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 398.
- ⁴¹ STF.

- ⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 326.
- ⁴³ MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 58.

Referência

ALEXY, Robert et al. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Marcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MONTE, Mário Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales: temas clave de la Constitución Española*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

PIEROH, Bodo. *Direitos fundamentais*. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002;

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtnner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, v. 1, p. 171-213, 2007.

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

SILVA, Karine de Souza. *Estado contemporâneo em mutação: o sistema de distribuição de competências entre os Estados-membros e a Comunidade Europeia*. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). *Reflexões sobre política e direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.