



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

CAIO CÉSAR NASCIMENTO NOGUEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E A LEGALIDADE DO CONTROLE
JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE**

**BRASÍLIA-DF
2014**

CAIO CÉSAR NASCIMENTO NOGUEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E A LEGALIDADE DO CONTROLE
JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito para obtenção do grau de especialista em Direito Público.

Orientador: Prof. André Pires Gontijo

BRASÍLIA-DF
2014

CAIO CÉSAR NASCIMENTO NOGUEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E A LEGALIDADE DO CONTROLE
JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado
à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –
FAJS do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB, como requisito para obtenção do
grau de especialista em Direito Público.

Orientador: Prof. André Pires Gontijo

Brasília, ____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof.
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

Brasília-DF
2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me proporcionou saúde e sabedoria, dádivas indispensáveis para a conclusão do curso e a conquista de objetivos almejados.

À minha família pelo incentivo e pelo apoio. Aos meus pais pela oportunidade que me concederam. Agradeço também aos meus professores por ter me acrescentado conhecimento, em especial ao meu Orientador Professor André Gontijo e ao Professor Gilson Ciarallo pela compreensão.

“A casa dos ímpios se desfará, mas a tenda dos retos florescerá. (Provérbios 14:11).”

RESUMO

A presente pesquisa busca compreender se o papel ativo do Poder Judiciário se apresenta como um agente de primordial importância para garantir o cumprimento efetivo dos direitos fundamentais, sobretudo no que tange ao direito à saúde, diante de omissões inconstitucionais dos demais poderes públicos. O objetivo principal deste trabalho é analisar a função do Poder Judiciário na efetiva garantia do mínimo existencial, apresentando o ativismo judicial na recente jurisprudência pátria e a tensão que este fenômeno tem causado entre as instituições do regime democrático. Ao final, defendemos a atuação do Poder Judiciário que visa garantir direitos e garantia fundamentais previstos na Constituição Federal, que asseguram o mínimo existencial, preservando, contudo, o regime democrático.

Palavra Chave: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Saúde.

ABSTRACT

This project intends to understand the importance of judiciary active role in guaranteeing the fulfillment of fundamental rights, especially on the right to health, considering unconstitutional omissions from the other public powers. The main aim of this project is to analyse the function of judiciary on guaranteeing the minimum, presenting judicial activism considering national decisions and the tensions between democratic institutions.

Key-words: Judicial activism. Fundamental rights. Right to health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL	11
1.1 Discussão Conceitual	11
1.2 O Ativismo na Recente Jurisprudência Pátria.....	16
1.3 Impacto do Ativismo Judicial na legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo.....	19
2 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	27
2.1 O Impacto da Judicialização e do Ativismo Judicial nos Direitos Fundamentais: Direito à Saúde	28
2.2 O Mínimo Existencial Garantido pelo Ativismo Judicial.....	32
3 CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

A expressiva batuta do Poder Judiciário, nas questões sociais e políticas de maior relevância do país, demonstra o aumento do controle judicial nas relações sociais, mais especificamente nas políticas públicas.

O tema abordado tomou repercussão no mundo acadêmico nos últimos anos em razão do papel ativo que o STF e demais instâncias inferiores do Judiciário têm desempenhado na vida político-institucional brasileira. A centralidade da Corte na vida política brasileira se refletiu em fortalecimento dos sistemas de justiça como instância de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

A definição dos limites da atuação do Poder Judiciário, sem prejuízo do sistema político democrático, com vistas a garantir o pleno atendimento aos direitos fundamentais, mormente em relação à saúde, avulta a responsabilidade da doutrina, razão pela qual o presente trabalho aborda o tema em tela sempre na tentativa de mensurar o marco da função jurisdicional de juízes e tribunais, na medida em que o seu desempenho tem provocado tensão entre os demais poderes, muito embora com grande frequência se associem com a omissão do poder legislativo e do poder executivo.

Considerando o contexto abordado alhures, percebe-se a importância de se estudar o processo de judicialização brasileiro, bem como diferenciá-lo quanto aos outros fenômenos.

Por isso, em um primeiro momento apresenta-se os principais aspectos referentes à judicialização e ao ativismo judicial. Na abordagem deste tema serão apresentados os conceitos considerados como mais importantes, além de apresentar uma análise sobre as principais perspectivas do direito sobre a Recente Jurisprudência Pátria. Também são apresentadas as consequências mais evidentes do ativismo judicial na legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo.

Seguindo a linha de raciocínio, a segunda parte da pesquisa aborda o tema referente ao controle judicial dos direitos e garantias Fundamentais. Trata-se

de uma parte essencial da pesquisa, pois trata a questão do impacto da judicialização e do ativismo judicial na efetiva prestação dos direitos fundamentais referentes ao direito da Saúde.

Trata-se de uma pesquisa do tipo qualitativa. A pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, de uma situação específica, etc. Os pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa opõem-se ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências, já que as ciências sociais têm sua especificidade, o que pressupõe uma metodologia própria. (GOLDENBERG, 2004)

Para tanto, analisa-se este fenômeno na recente jurisprudência pátria, decisões no âmbito do Distrito Federal e demais entes federativos, repise-se, onde o judiciário vem desenvolvendo um papel ativo em questões de cunho político e social.

Os processos decisórios sobre questões de grande repercussão nacional têm sido constantemente apreciados pelo Poder Judiciário, o que tem gerado fortes críticas e elogios. É nesse viés que esta monografia pretende demonstrar as causas históricas e as condições sociopolíticas deste fenômeno.

No Brasil, destaca-se a importância deste fenômeno no processo de efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, nos quais o Poder Judiciário se destaca como protagonista nas decisões que envolvem essas questões de largo alcance, implementando políticas públicas, haja vista que esses direitos exigem prestação positiva do Estado.

Considerando o problema estabelecido anteriormente, o objetivo principal da presente pesquisa consiste em identificar se o ativismo judicial representa uma função de significativa importância para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais em geral e, mais especificamente, o direito à saúde.

Por fim, apresenta-se algumas considerações pessoais sobre o tema, refletindo-se sobre a judicialização dos direitos fundamentais, diante da inércia dos

demais poderes públicos, o que tem sido utilizada como ferramenta para garantir o mínimo existencial, mormente em relação ao controle judicial das políticas públicas de saúde.

1 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Discussão Conceitual

Este capítulo pretende debater as diferenças conceituais entre judicialização e ativismo judicial, suas causas jurídicas e condições sociopolíticas de emergência.

Judicialização é um termo que representa um processo no qual questões de cunho político ou social são apreciados e decididos pelo Poder Judiciário para que se encontrem soluções para conflitos postos em detrimento das instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Congresso Nacional e o Poder Executivo, acarretando, na opinião de alguns, uma subversão institucional.

Por judicialização, no sentido de judicialização da política, entende-se a emergência de um “fenômeno no qual há uma transferência do conflito político de sua arena própria (arena política) para uma arena jurídica”. Tal fenômeno é inerente aos Estados com separação das funções dos poderes e expressa “a expansão do papel do Judiciário no sistema de Poder”. (FAVETTI, 2003, p. 34).

Alguns questionam se este processo seria fruto de uma possível crise de legitimidade destas últimas instituições políticas supracitadas. Nesse contexto, a judicialização envolveria a transferência de poder decisório para os tribunais e seu corpo de magistrados. Para Barroso (2009, p. 2) “o fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro”.

Para o professor Luís Roberto Barroso, estudioso da questão, o processo de judicialização envolve significativas alterações na linguagem jurídica, no comportamento social, na argumentação e no modo de participação da sociedade, representando um fenômeno que merece ser estudado e pesquisado com especial atenção pelos elementos sociológicos que o compõe.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a instauração do paradigma do Estado Social de Direito, houve a criação dos Tribunais Constitucionais que levaram

à gradativa ascensão do fenômeno da judicialização, passando inclusive a suscitar pesquisas na área acadêmica, principalmente no campo da ciência política.

No Brasil a principal causa do processo de judicialização foi a redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1988. Esse processo político tornou possível a recuperação das garantias dos magistrados, e o judiciário deixa de ter um caráter meramente tecnocrático e passa a exercer seu papel de poder político na República, ou seja, passa a buscar a defesa da constituição e referendar políticas públicas (BARROSO, 2009).

A possibilidade de condições democráticas concretas acarretou a emergência de um intenso debate em torno da questão da cidadania¹, proporcionando inclusive o fortalecimento institucional e a crescente relevância do Ministério Público, Defensoria Pública e do Supremo Tribunal Federal. Ainda para Barroso (2009, p. 3) “a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. ”

O professor constitucionalista José Afonso da Silva (2006, p. 557 *apud* Lopes *et. al.* 2010), afirma que a jurisdição constitucional “emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos”.

Apesar disso, o fenômeno não é peculiar do sistema de justiça brasileiro, ocorrendo também em outros países e em épocas diversas, nas quais ocorreu uma ampliação da importância das cortes constitucionais e que a doutrina contemporânea denominou de protagonismo judicial (CARVALHO, 2010).

¹ A cidadania no século XXI leva a debates contemporâneos, tais como o de Zygmunt Bauman (2006), nos quais é possível perceber a discussão acerca de questões centrais de nosso tempo, como a relativização dos direitos da cidadania, enfraquecimento dos estados nacionais, restrição de imigração, debilidade do sistema jurídico mundial etc. Mas permanece com sólidas convicções éticas no dever de procura da justiça social. Costuma comparar a medida da justiça social, inclusive com o poder de carga de uma ponte que se mede, não pela força média de todos os pilares, mas pela força de seu pilar mais fraco; a qualidade de uma sociedade também não se mede pelo PIB, ou pela renda média de sua população, mas pela qualidade de vida de seus membros mais fracos. ZAHAR, Jorge. **Medo líquido, de Zygmunt Bauman**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em; <http://www.avozdocidadao.com.br/medo_liquido.asp>. Acesso em: 27 jun. 2014.

O que torna o caso brasileiro especial, no que tange ao seu processo de judicialização contemporâneo, é a sua extensão associada às circunstâncias sociais de sua emergência, ou seja, a Constituição, a economia, o cenário político se apresentam como variáveis fundamentais nessa dinâmica. A inserção do Brasil em uma economia cada vez mais globalizada, a difusão de informações de maneira mais ampla por meio da mídia, traz consigo a visibilidade pública de questões que outrora eram discutidas em círculos restritos.

A judicialização, de certa maneira, contribui para uma maior transparência e controle social, e por vezes funciona como instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais, se constituindo então em condição *sine qua non* da legitimidade democrática, não obstante o efeito midiático mitigar muitas vezes a possibilidade de uma discussão mais imparcial, posto que cedeço que em alguns casos existe a deturpação da realidade fática.

Para Carvalho (2010, p. 3): Primeiro há se verificar que o termo "judicialização" significa que questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, à revelia das instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Legislativo e o Executivo – em cujo âmbito se encontra a administração pública em geral.

Em continuação à reflexão das causas da judicialização na perspectiva do professor Luís Roberto Barroso, a segunda causa foi a constitucionalização abrangente, a qual consiste em um fenômeno que pode ser compreendido como a inserção de diversas matérias na Constituição que antes eram relegadas ao processo político tradicional e para a legislação ordinária.

Para Barroso (2009, p. 3):

Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

Por assegurar direitos e garantias fundamentais, a Constituição ampliou a exigibilidade de concretização desses direitos por via judicial, por exemplo, no acesso à saúde, ao meio-ambiente equilibrado, no acesso à educação superior, entre outros. Nesse contexto, o Judiciário passa a ser o campo de debate sobre a consolidação de direitos e políticas públicas.

A terceira e última causa da judicialização, conforme leciona Barroso (2009, p. 4) “é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, considerado um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu”.

Esse sistema mescla a fórmula americana de controle incidental e difuso no qual qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional e o sistema europeu de controle por ação direta, no qual determinadas matérias podem ser levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2009, p. 4).

A previsão do art. 103 da CF/88 traz ainda o direito de propositura amplo, no qual vários órgãos e entidades públicas e privadas, sociedades de classe e confederações sindicais podem ajuizar ações de inconstitucionalidade. Esse fato faz com que questões políticas ou socialmente relevantes acabem por ser levadas a serem decididas no âmbito da Suprema Corte brasileira.

A judicialização se consubstancia num apossamento, ou a transferência de competências (poderes) para os juízes e tribunais. O quadro sinóptico abaixo transcrito sintetiza as principais causas apresentadas por Barroso para a emergência sociopolítica do fenômeno da judicialização política no Brasil:

Quadro 1 - Quadro Sinóptico: Causas da Judicialização

<i>(i) a redemocratização do país, trazendo maior equilíbrio às forças políticas, através das garantias dadas à magistratura e expansão do Ministério Público, e que possibilitaram um enfrentamento mais equitativo junto aos demais poderes;</i>
<i>(ii) a constitucionalização abrangente, tendência mundial que inseriu na Constituição brasileira matérias antes deixadas somente voltadas ao político;</i>
<i>(iii) o modelo adotado pelo Brasil no controle de constitucionalidade, combinando o controle incidental</i>

e difuso (modelo americano) e o controle abstrato e concentrado (modelo austríaco), o primeiro por via incidental nos processos sob jurisdição ordinária e o segundo por via das ações constitucionais próprias.

Fonte: Barroso (2009).

O professor Roberto Barroso (2009, p. 5) afirma que “a judicialização e o ativismo judicial são primos”. Nesse sentido teriam as mesmas causas históricas e advém das mesmas condições sociopolíticas, mas não possuem as mesmas origens. Ou seja, a judicialização ocorre no Brasil a partir da implementação do modelo constitucional, é fruto de uma reconstrução institucional. Assim, se a constituição prevê algum direito em que seja plausível a pretensão, subjetiva ou objetiva, cabe ao juiz dela conhecer e decidir sobre a matéria a luz dos princípios constitucionais vigentes.

Embora tenha sentido semelhante, o ativismo judicial pode ser visto como uma atitude política, onde nos dizeres de Barroso (2009, p. 5) é “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Se expressa pela inércia do Legislativo e do Executivo, demonstrando a crescente perda de legitimidade desses poderes e a crise de representatividade entre a classe política e a sociedade civil, que busca então o atendimento de suas demandas sociais de maneira efetiva junto aos juízes e tribunais.

Pode-se conceber a ideia de ativismo judicial como uma participação mais ativa do judiciário na concretização dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes da República, criando direitos e deveres não estipulados pelo legislador, em muitos casos por inércia.

Conforme nos ensina brilhantemente o professor Barroso (2009, p. 5) a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;

(iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Ainda segundo Barroso (2009), o oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário busca reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Antes da promulgação da Constituição de 1988, essa era a linha de atuação do Judiciário brasileiro, na qual juízes e tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;

(ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e

(iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Assim o fenômeno do ativismo judicial está caracterizado pela busca de se extrair o máximo das potencialidades da previsão constitucional, muitas vezes até além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar. É inquestionável que atualmente o Judiciário brasileiro tem assumido essa posição claramente ativista, conforme se depreende dos casos apresentados a seguir.

1.2 O Ativismo na Recente Jurisprudência Pátria

Para melhor precisão, pode-se citar o recente caso acerca da discussão da legitimidade para definir o número de representante de cada federação na câmara dos deputados², onde restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a

² Refere-se ao julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4.947, 4.963, 4.965, 5.020, 5.028 e 5.130, ajuizadas contra a Resolução 23.389/2013, do Tribunal Superior Eleitoral

lei que autorizava o Tribunal Superior Eleitoral a definir o tamanho das bancadas é inconstitucional, ratificando que tal atribuição cabe apenas ao Poder Legislativo.

No referido julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que o princípio da segurança jurídica foi invocado para “perpetuar os efeitos de uma incursão indevida do TSE num campo em que qualquer democracia de peso constitui, sem dúvida alguma, área de atuação por excelência do legislador”, ou seja, o dimensionamento numérico da representação nacional e a fixação do tamanho das bancadas de cada unidade da federação.

Ainda na seara eleitoral, importante trazer à baila a interferência do Poder Judiciário no processo eleitoral, que teve início com a edição da Lei 9.504/1997. Consoante o Ministro Dias Toffoli, atual presidente do Tribunal Superior Eleitoral, “Esta lei trouxe as figuras da captação ilícita de sufrágio, deu ao Judiciário mais possibilidades de cassação de mandato e abriu o leque de possibilidades de impugnação de campanhas” (CANÁRIO, 2014).

No entendimento do Ministro, a consequência de tal intromissão é a corrupção, tendo em vista que muitos comitês de campanha ficam arregimentando provas para, a depender do resultado da eleição, impugnar a candidatura do eleito. Ainda nos dizeres de Toffoli, “É a transformação da Justiça em terceiro turno: a lei que existia para regular passou a ter a função de interferir”.

Outra questão de largo alcance político, já muito discutida, foi a decisão acerca da extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, que inclusive gerou súmula vinculante. Neste caso os princípios avocados foram os da moralidade e da impessoalidade, e que possibilitaram ao plenário do Supremo extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

(TSE), que havia modificado a bancada de deputados dos estados nas eleições de 2014. O STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar 78/1993, que dava ao TSE poder para definir o tamanho das bancadas, e da Resolução 23.389/2013 do TSE, editada com base naquele dispositivo.

No que tange ao ativismo judicial em matéria de políticas públicas, ou seja, decisões judiciais pela imposição de condutas ou pela determinação de abstenções por parte do Poder Público, podemos citar, como exemplo mais significativo, a distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial.

Segundo Barroso (2009, p. 07), em todo país, e em todas as instâncias judiciais, desde a estadual até a federal, “multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior”.

O fenômeno do ativismo judicial se destaca nos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais, porquanto estas possuem a competência prevista de exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. Ressalte-se que tanto a judicialização quanto o ativismo judicial representam um processo de expansão decisória do Poder Judiciário que interfere na esfera de competência dos demais Poderes.

O movimento em direção a um maior ou menor ativismo judicial varia em função do grau de legitimidade dos outros Poderes. Nesse diapasão, verifica-se que em razão da crise institucional que vem assolando o Poder Executivo e o Poder Legislativo brasileiro, a tutela do Judiciário interfere cada vez mais em questões alheia ao direito, buscando emitir decisões baseadas nas premissas constitucionais para suprir as omissões dos demais poderes, e ao fazê-lo passa a inovar na ordem jurídica por meio de decisões de caráter normativo geral, o que na opinião de muitos dá ensejo a uma crise democrática.

Na medida em que o sistema de direito emanado pela Constituição Federal se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar parâmetros que permitam identificar eventuais abusos de jurisdição em detrimento dos demais poderes, mormente no que tange aos direitos fundamentais.

Nesta seara é importante discutir de que forma as decisões judiciais e seus impactos têm afetado a legitimidade e ampliando essa crise de representatividade sobre os Poderes Legislativo e Executivo, posto que a opinião pública tem acompanhado a deliberação sobre essas decisões, o que acaba por influenciar sua percepção social sobre os Poderes políticos.

1.3 Impacto do Ativismo Judicial na legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo

Como já discutido, a judicialização e o ativismo judicial são expressões de um fenômeno que vem ocorrendo em todos os países do ocidente. No Brasil, especificamente, ele está associado às estruturas jurídicas estabelecidas pelo próprio legislador constituinte, no qual se destaca o modelo abrangente de controle de constitucionalidade.

Dessa forma, este fenômeno decorre principalmente do controle judicial da constitucionalidade da ação ou da omissão dos Poderes públicos na busca pela concretização dos direitos e garantias fundamentais, os quais constituem a parcela dos denominados “direitos públicos subjetivos”, que por uma ação constitucionalmente inadequada ou uma omissão injustificada na efetivação dos mesmos, enseja inconstitucionalidade a ser rechaçada pelo Poder Judiciário.

Todo esse fenômeno proporcionou ao cidadão a concreta realização de um direito público subjetivo pela via judicial. Assim o princípio da separação dos poderes é apontado como um possível limite ao ativismo judicial nessa esfera. Entretanto, questiona-se se o Poder Judiciário não estaria simplesmente cumprindo sua função constitucionalmente delineada pela carta Magna de 1988, pautando-se a discussão, em última análise, pelos riscos para a democracia que a atuação incisiva do Poder Judiciário pode trazer.

Nesse sentido, pode-se asseverar que o debate doutrinário acerca do ativismo judicial parte da noção de que estas decisões deveriam ser exteriorizadas pelos outros poderes (legislativo e judiciário); e a invasão da esfera de competência de um poder por outro deve ser legitimada pelo sistema de freios e contrapesos que, há um só tempo, contempla a harmonia e independência entre os poderes.

Não existe debate mais clássico e ao mesmo tempo tão atual, posto que suscita como questão de fundo o modo como se pode evitar, dentro da sociedade civil contratualmente constituída e dotada de uma força integradora suficiente, a extrema concentração do poder político, buscando a desconcentração como obstáculo a um excesso de dirigismo centralizado (ZIPPELIUS, 1997. p 401).

No Brasil, especificamente, a discussão toma relevância a partir da atuação do Poder Executivo ao legislar excessivamente, por meio de medidas provisórias, controlando a agenda e imiscuindo-se nos assuntos da esfera do Poder Legislativo; ou a partir da atuação incisiva do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos.

Cabe destacar, entretanto, que o princípio democrático da separação dos poderes se coloca como limitação à excessiva concentração de forças políticas. Assim, conforme Couceiro (2011, p. 1):

Por se tratar de assunto de fundamental importância, o tema da separação de poderes tem sido objeto de considerações ao longo da história por grandes pensadores e juristas, dentre os quais podemos citar Platão, Aristóteles, Locke, Montesquieu, entre outros, que culminaram no modelo tripartite conhecido atualmente, inclusive como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 2º), também utilizado na maioria das organizações de governo das democracias ocidentais, consagrado com a inserção do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos idos de 1789. O modelo tripartite atual consiste em atribuir a três órgãos independentes e harmônicos entre si as funções Legislativa, Executiva e Judiciária.

Primeiramente esboçada por Aristóteles em sua obra “A Política”, a teoria tripartite da separação de poderes, que concebe a existência de três órgãos separados aos quais devem caber as decisões de Estado. “Eram eles o poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário” (COUCEIRO, 2011, p. 1).

Em momento posterior, John Locke publica “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, no qual defende a supremacia do Poder Legislativo em relação aos demais, os quais estariam subordinados a ele, cabendo ao Poder Executivo a aplicação das leis e o Federativo que não deveria ser desvinculado do Executivo, ao qual cabia cuidar das relações internacionais do governo.

Mas é a Montesquieu que a doutrina atribui a teoria da tripartição de poderes, sendo o arquétipo mais aceito e difundido pelos estudiosos de teoria geral do Estado consagrado em sua obra “O Espírito das Leis”, na qual inclui o Poder Judiciário dentre os poderes fundamentais do estado, destacando a importância de sua função.

Ao elaborar sua teoria, Montesquieu se baseia nas idéias fundamentais do pensamento político da Inglaterra, mais especificamente no “arranjo institucional inglês” do século XVIII. Essencialmente Montesquieu prescreve uma estrutura de poder político institucional que buscava prevenir contra o arbítrio do absolutismo e a excessiva concentração de poder nas mãos do rei (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 01).

Pois, segundo Montesquieu (2010, p. 168):

[...] é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites”. Montesquieu continua, prescrevendo: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.

Apesar de não ter sido o primeiro a posicionar-se sobre a teoria da separação de poderes “com o sentido, o alcance e os objetivos que classicamente lhe são assinalados”, foi este autor quem expressou mais claramente a chamada doutrina da separação dos poderes (PIÇARRA, 1989, p. 89).

Portanto para Montesquieu (2010, p. 169) estava clara a temeridade em se reunir os poderes em um único corpo, e assim defende sua tese tripartite:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. [...] Tudo estaria perdido se o mesmo homem [...] exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.

Nesse contexto, podemos resumir a tese tripartite da seguinte forma, devem coexistir os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo fundamental

para que se preserve a liberdade política que os três poderes não estejam reunidos em um único órgão, que os poderes sejam distribuídos de modo que um poder impeça que o outro abuse de suas funções.

Consoante os ensinamentos do brilhante professor Elival da Silva Ramos (2010, p. 21), “a atuação harmônica, preconizada pelo Constituinte, depende, em boa medida, de um sábio e prudente exercício de competências constitucionais que lhes foram assinaladas”.

Entretanto, a precisa delimitação do campo de atuação do Poder Judiciário no exercício da jurisdição assume contornos técnicos imprescindíveis. E é nessa seara de intromissão de funções que toca a discussão do ativismo judicial, pois ao final quando se fala em atuação incisiva do Judiciário, se está diante de um quadro de perda de legitimidade e crise por parte dos poderes Legislativo e Executivo. E a crescente judicialização das políticas públicas na efetivação dos direitos fundamentais acaba impactando cada vez mais nessa crise.

Muito embora relevante os argumentos já expendidos, de acordo com Silva (2003, p. 94) a democracia “não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. O que significa não ser a democracia um instituto político jurídico absoluto e acabado, mas sempre interligado a um modelo de Estado, numa sociedade e em determinada época histórica (SILVA, 2003).

Em meio a um emaranhado de questionamentos éticos, políticos e morais, os demais Poderes da república se encontram descredenciados a exercer sua representatividade junto aos cidadãos, levando estes a procurarem a efetivação de suas demandas junto ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, resulta que o papel do Judiciário neste cenário se dá no sentido de mitigar a crise instalada entre as principais instituições políticas do governo, buscando dirimir conflitos e violações que ameacem direitos e garantias fundamentais.

Mas a problemática do papel do Judiciário e sua função na consolidação da democracia brasileira passa também pela discussão sobre a legitimidade dos outros poderes nesse processo de harmonização dos conflitos sociais.

Nesse sentido assevera Oliveira (2013, p. 88) que:

Esse poder precisa equilibrar as duas tarefas de restringir o poder das maiorias políticas dominantes em nome da proteção das liberdades individuais, por meio de revisão judicial (função liberal) e apoiar as reivindicações igualitárias dos grupos sociais por meio de acesso coletivo à Justiça (função social). Tudo isso é um desafio constante para manter a independência do Judiciário na República Democrática.

A CF/88 adota o sistema de “freios e contrapesos” que se refere à técnica do equilíbrio entre os poderes, significa dizer, portanto, que não se abriga no ordenamento político-institucional um poder supremo, mas sim um equilíbrio entre os Poderes da República. Esse sistema prevê que aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são reservadas uma série de competências ao mesmo tempo em que institui modos de controle de um sobre o outro.

Esse novo modelo jurisdicional coloca o Supremo Tribunal Federal como “Guardião da Constituição”, conforme se depreende do próprio texto do art. 102 da Carta Magna de 1988³, bem como consagra o chamado controle de constitucionalidade (*power of judicial review*) inspirado na experiência da Suprema Corte norte-americana. Nesse sentido que se afirma que o Brasil possui um sistema híbrido de revisão judicial, ou seja, o controle de constitucionalidade é exercido de forma difusa e concentrada (OLIVEIRA, 2013).

A *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADIN) possibilita que o Supremo Tribunal Federal possa diretamente, anular ou ratificar uma lei, dessa forma pode-se conceituar a Suprema Corte brasileira como um tribunal constitucional. Apesar disso o sistema não é totalmente centralizado, posto que o STF não possua o monopólio sobre a declaração de inconstitucionalidade, sendo esta competência dividida entre os juízes e as demais cortes inferiores.

³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe...”

No campo da judicialização da política e do ativismo judicial, as demandas relacionadas à efetivação de direitos fundamentais (saúde, educação, trabalho, meio ambiente, vida etc.) resultam no aumento da responsabilidade do Poder Judiciário no que se refere às decisões sobre políticas públicas, intervindo em esferas de competência de outros poderes, o que têm levado à discussão e crítica sobre sua crescente e incisiva atuação frente aos questionamentos a ele colocados.

Nesse sentido, Arantes (2006, p. 233 *apud* OLIVEIRA 2013, p. 11) salienta que:

[...] a constitucionalização de políticas públicas é uma das principais forças a favor do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Essa situação pode ser explicada pelo fato de que o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, é provocado, cada vez mais, devido à extensão da Constituição e a proposição de novas emendas.

As chamadas ADINS já fazem parte do cenário político da história da democracia brasileira contemporânea, sua presença institucional em vários governos demonstram sua força como instrumento de defesa das minorias, como previsto constitucionalmente, passando a ser inclusive visto como recurso institucional estratégico de governo, o que na prática leva o Supremo Tribunal Federal a exercer o papel de um Conselho de Estado, semelhante aos preexistentes em países de configuração unitária (OLIVEIRA, 2013; VIANNA, BURGOS SALLES, 2007, p. 44).

Conforme Vianna *et. al.* (2007, p. 50 *apud* BARBOZA; KOZICKI, 2012): “das ADINS propostas no período de 1988 a 2005, 60% trataram do tema de Administração Pública, 12,6% trataram sobre Política Tributária, e 11,6% trataram sobre Regulação da Sociedade Civil”.

E em relação às ADINS propostas por governadores, 87,1% foram propostas contra leis estaduais, demonstrando que os governos, quando não ganham na arena política, buscam o Judiciário para garantir suas pretensões (VIANNA *et al.*, 2007, p. 54 *apud* BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Nesse processo ainda emerge a figura do Ministério Público brasileiro que está passando por uma importante reconstrução institucional que reflete sobremaneira no processo de ativismo judicial no Brasil e que segundo Arantes (1999, p. 2):

[...] associado à normatização de direitos coletivos e à emergência de novos instrumentos processuais, tem resultado no alargamento do acesso à Justiça no Brasil e, em especial, na canalização de conflitos coletivos para o âmbito judicial. O Ministério Público tem sido o agente mais importante da defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também tem impulsionado um processo mais amplo de *judicialização de conflitos políticos* e, no sentido inverso, de *politização do sistema judicial*.

Dessa forma, percebe-se que o ativismo judicial impacta diretamente na legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo, inclusive na perspectiva estratégica de planejamento político e que nessa perspectiva o destino do Poder Judiciário dependerá da forma como se dará o equilíbrio entre as dimensões política e funcional deste poder essencial à República.

Assevera Nunes (2011, p. 489 *apud* OLIVEIRA 2013, p. 91) que “[...] a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e ajustar contas com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes.”

No entendimento do professor Luís Roberto Barroso, os riscos da judicialização e do ativismo judicial impactam na legitimidade democrática, levando à politização da justiça ao levar decisões públicas ao escrutínio do Poder Judiciário.

Nesse contexto, existe a divergência em relação aos efeitos adversos do ativismo judicial e sua compreensão como fenômeno danoso à democracia, entendendo que o juiz ao substituir o Executivo ou o Legislativo na tomada de decisões públicas está sobrepondo poderes de maior *representatividade* junto ao cidadão.

Todas essas premissas revelam a necessidade de se analisar a condição, a legitimidade e os limites de o Judiciário inovar o direito no que se refere aos direitos fundamentais, sob o enfoque democrático.

2 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Para discutir o impacto da judicialização na perspectiva dos *Direitos e Garantias Fundamentais* é importante a compreensão de seu processo de construção. Esses direitos são considerados fundamentais para a consolidação do Estado Democrático de Direito, onde sua importância foi sendo demonstrada ao longo de toda a história da humanidade, atualmente tuteladas com maiores rigores.

Segundo Martinez (1995), a gênese do poder político democrático está diretamente relacionada aos direitos fundamentais, o que torna necessário a apresentação de uma síntese histórica de sua evolução.

A história do surgimento dos direitos fundamentais está relacionada com a luta pelo estabelecimento de limites ao abuso de poder e força de um homem sobre o outro. Já na Grécia Antiga foram encontrados registros sobre a sinalização de tal batalha, como por exemplo, relatado na obra “*Antígona*”, de Sófocles (496 a.C – 406 a.C)⁴.

Posteriormente, a religião, no caso o cristianismo, passa a deter a legitimidade para definir os direitos humanos como prerrogativa de seus seguidores, a partir do reconhecimento do homem como imagem e semelhança de Deus, cujo principal expoente foi São Tomás de Aquino (1225-1274).

A consolidação do moderno Estado Constitucional está relacionada à evolução histórica dos direitos fundamentais e no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como base de todo arcabouço jurídico contemporâneo. A promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem delinea os direitos humanos básicos e passa a ser adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, é a chamada *Lex Fundamentalis* resultado das

⁴ Creonte (*A Antígona*) - Fala, agora, por tua vez; mas fala sem demora! Sabias que, por uma proclamação, eu havia proibido o que fizeste?

Antígona - Sim, eu sabia! Por acaso poderia ignorar, se era uma coisa pública?

Creonte - E apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação?

Antígona - Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! *In: SOFOCLES, Antígona*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

lutas do próprio homem por sua emancipação, conferindo caráter normativo às pretensões advindas destas lutas.

A judicialização dos direitos fundamentais faz parte da evolução da sociedade em busca da efetivação de suas conquistas históricas. Dessa forma, quando o cidadão socorre-se ao Poder Judiciário com o fim de obter uma tutela jurisdicional, nada mais está fazendo do que exercendo seu direito de cobrar do Estado uma atuação efetiva, ou uma resposta às suas necessidades mais urgentes.

Motivo pelo qual, neste ponto, a atuação ativista do Judiciário é louvada por proporcionar adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novo conjunto axiológico, em contraposição ao “passivismo”, que não expressa do melhor modo a prática constitucional emanada por nossa carta magna, a qual tutela o chamado Estado Constitucional de Direito, que é pautado em três paradigmas: supremacia da Constituição, dimensão objetiva de direitos fundamentais e interdependências dos Poderes.

3.1 O Impacto da Judicialização e do Ativismo Judicial nos Direitos Fundamentais: Direito à Saúde

Conforme explanado na introdução, é crescente o número de demandas judiciais referentes aos direitos fundamentais, seja no campo da saúde, educação ou até do direito da criança e do adolescente.

O caso da saúde é o mais representativo nesse cenário, destaque-se também as liminares concedidas em sede de ações civis públicas, em mandados de segurança, resultante da intervenção do Poder Judiciário, induzindo o gestor de saúde à inércia no tocante às providências que lhe competem legal e constitucionalmente (DANTAS; SILVA, 2006).

Observa-se que, com base na demanda da população usuária, profissionais da área médica e os segmentos dos gestores de saúde encaminham os pacientes ao Ministério Público para que a ação ou serviço de saúde sejam pleiteados por meio de requisição ministerial ou de provimento jurisdicional.

O resultado de tal ação são prejuízos evidentes ao planejamento e racionalidade do Sistema Único de Saúde. O gestor público que tem o dever de assegurar as ações e serviços de saúde à população. O Ministério Público, portanto, atua na medida do possível, adotando medidas de caráter abrangente, considerando os deveres do gestor de saúde. Por exemplo:

No âmbito federal, requerer a atuação do Ministério da Saúde para efetivar o seu papel normativo, promover a inclusão de medicamentos ou a pactuação intergestores pra fins de co-financiamento, efetuar consultas públicas, elaborar/revisar protocolos clínicos (DANTAS; SILVA, 2006, p.60).

Outrossim, mister salientar que em situações de tutela jurisdicional individual, para o fornecimento de medicamentos excepcionais, dada a negativa da administração para tanto, o pedido judicial não compete ao Ministério Público, mas será por intermédio de advogado ou por intermédio das Defensorias Públicas, como ocorre, em regra, observada a hipossuficiência econômica dos cidadãos que buscam o atendimento pelo SUS.

Quando chamados a contestar, no processo, os pedidos de fornecimento dos medicamentos excepcionais, os entes federados utilizam-se de um argumento muito conhecido: a separação das funções estatais. Isso porque consideram que o Poder Judiciário, ao conceder em sede liminar tais pedidos, estaria invadindo a esfera legislativa, tendo em vista a inexistência de disposição legal específica acerca do custeamento de medicamentos de alto custo.

Conforme Moraes (2009), a CF/88, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo as funções estatais e prevendo as prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, criando mecanismos de controles recíprocos, para garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito. *In verbis*:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “Separação de Poderes”, que consiste em distinguir as três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que a exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra

“Política”, detalhada posteriormente por John Locke, no “Segundo tratado governo civil”, que também reconheceu três funções distintas, entre elas, a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu “O Espírito das Leis”, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no artigo 2º da nossa Constituição Federal (MORAES, 2009, p.407).

Nesse diapasão, cumpre destacar o que dispõe Martins (1988 apud MORAES, 2009):

O que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder. Hoje, estamos convencidos- quanto mais lemos os autores modernos- de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel- historiador, filósofo, político e sociólogo - Rosseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central da Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada dos poderes de Montesquieu, chegaram-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas.

Portanto, evidente que a clássica teoria de separação dos poderes, aplicada ao tema em comento pode prosperar até o ponto em que passamos a discutir aspectos importantes da tutela jurisdicional, no tocante à judicialização e o ativismo judicial.

Destaque-se o que dispõe Canotilho e Moreira (1993, *apud* MORAES, 2009):

“Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional. A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema

como o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma deontologia política fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado”.

Considerada a separação das funções estatais, cujos entes federados alegam inobservância, quando garantido o fornecimento dos medicamentos pelo Judiciário, mister salientar o fenômeno da judicialização.

Segundo Barroso (2009), a judicialização significa a discussão e decisão de questões que deveriam ser discutidas pelas instâncias políticas tradicionais. No entanto, não o sendo, o Poder Judiciário o faz posto ser necessária a resolução das demandas que lhes são apresentadas.

Posteriormente, Barroso (2009, p. 6) distingue a judicialização e o ativismo judicial, gerados pelas mesmas causas imediatas:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (...). Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Ante a inércia estatal, depreende-se que o Judiciário deve interferir como garantia de direitos, segundo Wanderley (2010, p. 120):

Discute-se muito, no âmbito do direito constitucional, se os direitos fundamentais que emitem comandos prestacionais – deveres de implementação – podem realmente ser efetivados pelo Poder Judiciário sem prévia intervenção do Poder Legislativo. Conflitam os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais – que exige do Poder Judiciário uma postura ativa na defesa desses direitos – e o da separação dos poderes e da democracia representativa, que pressupõe que as decisões políticas devam ser tomadas por meio dos representantes do povo, legitimamente eleitos, e não por juízes. Alguns doutrinadores mantêm-se fixados na ideia

de que apenas os poderes Legislativo e Executivo possuem o poder de decisão em relação às escolhas político-jurídicas do Estado, eis que somente eles possuem legitimidade para tanto, tendo em vista que são os eleitos diretamente.

Mas, considerando os aspectos referentes ao tema, como o direito à saúde, em muitos casos, considerando o risco de morte dos cidadãos e as disposições constitucionais e legais inicialmente expendidas, a tutela jurisdicional é plenamente legal.

Não pode haver interferência na administração dos recursos públicos, mas, diretamente, não é o que ocorre. Nesse sentido, Afirma Wanderley (2010, p. 122):

É no contexto de freios e contrapesos que resta evidenciada a função do Poder Judiciário em controlar o respeito às leis, principalmente às normas constitucionais cogentes, exigindo do Estado a adoção das medidas necessárias para a efetivação políticas públicas que visem garantir direitos fundamentais. E isso não causa nenhum desequilíbrio na balança dos poderes, mas, sim, contrabalanceia eventuais discrepâncias que comprometam a dignidade do brasileiro enquanto sujeito de direitos. Mesmo que o princípio da separação dos poderes não resulte na não interferência do Poder Judiciário na esfera dos direitos sociais, é certo que deverá sempre haver um respeito pelo papel dos demais poderes da República.

Infere-se, portanto, que o Poder Judiciário é legítimo em sua atuação quanto às demandas que lhes são impostas, observando as garantias constitucionais do direito à saúde, em relação aos cidadãos bem como as garantias inerentes a tal Poder, para que exerçam sua função atribuída constitucionalmente.

3.2 O Mínimo Existencial Garantido pelo Ativismo Judicial

Em muitas situações, o ativismo judicial é associado à atual posição de destaque ocupada pelo Judiciário como decorrência do progressivo aumento de demandas que visam garantir o mínimo existencial, o que se assemelha à judicialização das políticas públicas.

Em suma, a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, repita-se, para que seja garantido ao

demandante o mínimo existencial. Apresenta-se com maior complexidade a eficácia mínima do direito à saúde. Pode-se afirmar que a destinação constitucional de percentual de verbas à saúde é um mínimo que deve ser respeitado (BARCELLOS, 2005).

Insta salientar que interessa para o presente trabalho o ativismo judicial que visa garantir direitos fundamentais previstos na Carta Magna, que asseguram a dignidade humana na sua forma mais ampla, sobretudo porque nesse caso não há violação à estabilidade interpretativa.

A nossa Constituição Federal contempla de forma explícita o direito de todos à saúde. Efetivamente, a saúde é reconhecida como direito social (CF, art. 6º) de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País (CF, art. 196 c/c art. 5º) e, para sua garantia, imposta como dever do Estado (CF, art. 196), a Constituição define responsabilidade para todas as esferas do poder público, elencando o dever de cuidar da saúde entre as competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23, II) e prevê ainda a competência legislativa concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, competindo à União o estabelecimento das normas gerais, cabendo aos Estados e aos Municípios suplementá-las (art. 24, §§ 1º e 2º c/c art. 30, II).

Em atenção ao mandamento constitucional de regular, fiscalizar, defender e controlar as ações e serviços de saúde, foi criado, também, o Sistema Único de Saúde – SUS, que estabeleceu mecanismos que garantam a assistência à saúde⁵.

Entretanto, a simples existência de normas constitucionais que consagrem tais direitos não garante a sua implementação no mundo dos fatos, pois direitos não são autorrealizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados (BELLO, 2008).

Em face da falta de concretização dos direitos sociais previstos na Constituição, os cidadãos buscam com mais frequência o Judiciário para a

⁵ Leis nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.142, de 28 de dezembro de 1990, conhecidas como Lei orgânica da Saúde, uma vez que por motivos ligados às circunstâncias políticas, cada uma dessas leis contém uma parte daquilo que no conjunto se denomina Lei Orgânica da Saúde (LOS).

efetivação desses direitos, o que deu ensejo ao chamado controle das políticas públicas para concretização de direitos sociais.

Considerando inércia do Poder Executivo diante de algumas situações de urgência, onde há iminente risco de morte, se o Judiciário não puder agir, esses direitos correm risco de serem esvaziados, tornando simbólicas as previsões constitucionais, sob pena de se tornarem meras normas programáticas.

Portanto, deve-se reconhecer uma eficácia normativa mínima aos direitos sociais constitucionalmente previstos.

A propósito, importante trazer à baila a “Guerra de liminares: UTIs”, uma das questões mais paradigmáticas ocorridas na realidade sócio-jurídica do Distrito Federal, onde, em síntese, pacientes sofriam as consequências da falta de leitos no sistema público, em meio a uma lide travada entre a Secretaria de Saúde do DF e a rede particular.

Verifica-se que a disfunção estatal nesse caso deu ensejo ao ajuizamento de inúmeras ações para que o Distrito Federal disponibilizasse o atendimento em unidades de terapia intensiva (UTIs) públicas, e caso ocupadas, em hospitais particulares, todas fundamentas na previsão constitucional que garante mínima do direito de sobrevivência.

A atividade do Poder Judiciário no caso em apreço não pode ser taxada como ativista, sobretudo diante da inércia do poder público, onde o juiz, diante de um caso concreto, não tem outra alternativa, senão o deferimento do direito social reivindicado ou para o estabelecimento de uma política pública apta para cumprir o comando da Constituição em demanda coletiva.

Sidraque David Monteiro Anacleto (2012), no grupo de pesquisa vinculado ao IDP, cujo tema é Democracia e judicialização da política à luz dos direitos fundamentais, bem explanou que no caso em apreço, o juiz se vê diante de duas situações:

A primeira decorre de imperativo constitucional do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional no sentido de micro justiça e plenamente justificável. No entanto, quanto à segunda hipótese, o estabelecimento de Política Pública por decisão judicial refoge aos limites da atuação do Poder Judiciário para invadir a seara dos Poderes Executivo e Legislativo no que tange à própria escolha dentre as possibilidades existentes.

Imerso em um largo campo de discussão acerca da efetividade das medidas de políticas públicas deferidas por força judicial, percebe-se que o ativismo judicial no caso em apreço garante o mínimo existencial, consubstanciado na própria vida, embora tenham “as decisões judiciais significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias”.

No que tange ao custeio de remédios e tratamentos médico-hospitalares pelo estado, caso mais paradigmático, porém irresoluto, é o RE 566.471, que na sua origem trata-se de uma obrigação de fazer ajuizada em desfavor do Estado do Rio Grande do Norte, na qual se pleiteia o fornecimento de alto custo não previsto no programa de distribuição de medicamento do SUS.

Deferido o pedido em primeira instância, fundamentado na imprescindibilidade do medicamento ao resguardo da saúde da autora-paciente, o processo encontra-se atualmente no STF, cuja decisão será universal, e definirá os parâmetros para atuação de todo o Judiciário no que tange ao fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado.

Inconformada com as decisões judiciais, via de regra a Fazenda Pública recorre ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, os quais, na esteira da jurisprudência, na sua maioria mantêm as medidas adotadas em instância inferior, o que demonstra a postura ativista do Poder Judiciário no direito de resguardo à saúde.

CONCLUSÃO

A proposta principal da presente pesquisa consistiu em identificar se o ativismo judicial representa um fenômeno de significativa importância para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais em geral e, mais especificamente, o direito à saúde.

Em relação à abordagem do tema Justiciabilidade dos Direitos e Garantias Fundamentais, pode-se afirmar que foi a etapa da pesquisa que contribuiu de forma significativa para a compreensão e desenvolvimento do senso crítico a respeito da questão do impacto da judicialização e do ativismo judicial na prestação efetiva dos direitos fundamentais.

A partir dos resultados conceituais obtidos no desenvolvimento de todas as etapas deste estudo, podemos concluir que a significativa atuação do Poder Judiciário tem causado discussões controvertidas, sob o enfoque democrático, ora considerada legítima, em razão da inércia do poder público, ora realizada em detrimento dos demais poderes conforme a opinião de muitos, os quais consideram que a intromissão do Poder Judiciário em causas sociais e políticas acarretam uma crise de legitimidade democrática, interferindo, inclusive, no âmbito da liberdade individual.

Contudo, não se pode olvidar que a judicialização, claro sem o ativismo judicial exacerbado, tem o condão de garantir a efetivação de direitos e garantias fundamentais, ante à omissão dos demais poderes, sobretudo no Brasil, cujos demais poderes enfrentam uma crise institucional, em razão dos problemas que assolam o país.

A diferença entre judicialização de assuntos políticos e sociais e ativismo judicial explanado na introdução deste trabalho foi imprescindível para se concluir que aquela é necessária para a efetivação a democracia em sentido material.

Infere-se, portanto, que não obstante o seu papel precípua, a atuação do Judiciário não pode ser realizada em detrimento dos demais poderes, refletindo-se sobre as consequências do ativismo, sob pena de violar o sistema democrático.

Destarte, impõe-se tão somente uma atuação que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, de forma que possibilite a livre harmonia e participação dos poderes executivo e legislativo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 868, 2008.
- ANACLETO, Sidraque. **Democracia e judicialização da política à luz dos direitos fundamentais**. Brasília: IDP, 2012.
- ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 14, n. 39, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 23 jul. 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Brasília, **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (org). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CANÁRIO, Pedro. Excesso de tutela: liberdade leva ao controle e proibição leva à corrupção. **Consultor jurídico**. 8 jun. 2014. Acesso em: 27 ago 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-08/fimde-entrevista-ministro-dias-toffoli-presidente-tribunal-superior-eleitoral>>.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Judicialização e legitimidade democrática. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 15, n. 2620, 3 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17325>>. Acesso em: 26 jun. 2014.
- COUCEIRO, Julio Cezar. Princípio da separação de poderes em corrente tripartite. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 ago. 2014.
- DANTAS N. S; SILVA R.R. **Medicamentos excepcionais**. Brasília. Escola Superior do Ministério Público da União. 2006.

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de constitucionalidade e política fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

GOLDENBERG, Mirian. **A Arte de Pesquisar**: Como Fazer Pesquisa Qualitativa em Ciências Sociais, 8ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2004.

LOPES, Bruno de Souza; KARLINSKI, Francisco José Gonçalves; CARDOSO, Tiago Cougo. Algumas considerações acerca do ativismo judicial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8831&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 ago. 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões Sobre a judicialização do direito fundamental à saúde a partir do ativismo judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba, v. 4, n. 10, jun./dez. 2013.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1989, 281 p.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. **Revista do advogado**. nov., 2003.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto. **O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

WANDERLEY, W. de L. **Efetivação do direito fundamental à saúde: fornecimento de medicamentos excepcionais**. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade de Marília, 2010. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/3193F02E64000C54C8A1CFF9F79F2BE4.pdf>. Acesso em: 19 mar 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Organização de J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.