

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES - UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**ATIVISMO JUDICIAL: SUA APLICABILIDADE NA SUPREMA CORTE
BRASILEIRA COMO FORMA DE POSITIVAR OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

SARA THÁISA DE BARROS FARIAS

**CARUARU
2017**

SARA THAÍSA DE BARROS FARIAS

**ATIVISMO JUDICIAL: SUA APLICABILIDADE NA SUPREMA CORTE
BRASILEIRA COMO FORMA DE POSITIVAR OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES-UNITA, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc. Marco Aurélio Freire.

**CARUARU
2017**

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/__.

Presidente: Prof.^a Msc. Marco Aurélio Freire

Primeiro Avaliador:

Segundo Avaliador:

DEDICATÓRIA

A Deus, por me sustentar e conceder forças para não desistir, à minha família, em especial a minha mãe por toda doação para comigo. A todos que acreditaram em mim.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me permitir chegar até aqui, por cessar as minhas lágrimas e transformar todos os obstáculos em aprendizados. Ter a certeza que Ele vela por mim mesmo quando humanamente não mereço graça. Não há sentimentos que possa representar minha gratidão e devoção para contigo, meu Senhor.

A minha mãe, Neusa Barros, por sempre sonhar comigo e ser meu apoio sempre. Por me mostrar que nada é em vão, me amar e me deixar voar. Ao meu pai, João Bosco por toda proteção, o senhor me ensinou que o silêncio vale mais que mil palavras e nada pode abalar a nossa família.

Ao meu Irmão Hugo Barros, por todo cuidado e amor, daria minha vida em troca da sua. Somos mais fortes juntos. As minhas primas/irmãs Cleide e Cícera Moraes, amo cada parte da nossa história, obrigada por sempre vibrarem com as minhas vitórias, por sempre depositar tamanha confiança em mim.

Aos meus Avós José Barros, Maria Tereza, Abel Mauricio e Carmem Andrade, grande parte do que eu sou hoje veio direta ou indiretamente de vocês. Em especial vovô “Zé” Barros que me ensinou com sua vivência a jamais esquecer a família e em nenhuma hipótese abandonar meus sonhos por mais distantes que possam aparentar, pois para Deus nada é impossível.

Ao meu namorado, Luiz Miguel por toda paciência durante o decorrer de todo curso, por escutar todas as indagações em relação a este trabalho e a minha vida acadêmica de forma geral. E por vezes aceitar minha ausência.

A minhas amigas Renata Livia, Natalia Targino e Larissa Melo, vocês são a certeza de que quando vem de Deus é para sempre. Obrigada por estarem presentes em todos os momentos, por serem cúmplices nos meus mais ousados sonhos. A todos os colegas de turma, que comigo vivenciaram as mesmas alegrias e dificuldades, em especial as irmãs “Cajazeiras”.

Ao meu professor e orientador Marco Aurélio, pelo incentivo, total paciência e dedicação para a conclusão deste trabalho. A todos os professores, que durante este Curso transmitiram o seu conhecimento. Em síntese, a todos que contribuíram de forma direta ou indireta para a realização e finalização desse trabalho.

RESUMO

O desígnio deste estudo consiste em analisar o fenômeno Ativismo Judicial, trazendo sua atuação para a efetivação ao acesso à saúde no Brasil por meio de políticas públicas e a ADI 4.277. Desta forma, passa-se a ser analisada a Supremacia Constitucional, a qual o legislador originário expõe na Carta Magna mecanismos de defesa para que seja respeitada. Dentre esses dispositivos, está o controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, que é exercido através da interpretação e aplicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esses dispositivos podem se incidir no modo preventivo, antes da inserção da lei no ordenamento, realizado pelo Poder Executivo ou Legislativo, ou na forma do controle repressivo, exercido pelo Poder Judiciário, este controle pode ser realizado por meio difuso, deste modo são aptos todos os juízes e tribunais, e o concreto que apenas é de competência do Supremo Tribunal Federal, no Brasil é a Corte Suprema e cabe a ela a guarda da Constituição. Nos dias atuais, houve um grande clamor da sociedade em busca de uma maior efetividade dos direitos a ela assegurados, como por exemplo o direito a saúde, recorrendo ao Supremo Tribunal Federal para que haja esta efetivação. E por meio desses motivos de maior participação, a Corte Constitucional passa a ter uma ação proativa, também denominada de Ativismo Judicial, através do qual surgem decisões de caráter normativo, diante da inércia do Poder Legislativo. Mas essa atuação deve ser pautada por limites, pois o ativismo Judicial deve estar sujeito a todas as barreiras que são determinadas no corpo da Constituição. A metodologia utilizada neste trabalho foi através de pesquisa qualitativa em análises a bibliografias, artigos científicos e revistas.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial; Supremacia Constitucional; Efetivação dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the phenomenon of Judicial Activism, bringing its action to the achievement of access to health in Brazil through public policies and ADI 4,277. In this way, the Constitutional Supremacy is analyzed, which the original legislator exposes in the Magna Carta defense mechanisms to be respected. Among these mechanisms is the judicial control of the constitutionality of normative acts, which is exercised through the interpretation and application of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. These devices can be applied in the preventive mode, before the insertion of the law in the order, carried out by the Executive or Legislative Power, or in the form of the repressive control, exercised by the Judiciary, this control can be carried out by diffuse, in this way they are all apt The judges and courts, and the concrete that is only the competence of the Federal Supreme Court, in Brazil is the Supreme Court and it is the responsibility of the Supreme Court. Nowadays, there has been a great outcry from society in the search for a greater effectiveness of the rights granted to it, such as the right to health, by appealing to the Federal Supreme Court for this effectiveness. And through these motives of greater participation, the Constitutional Court starts to have a proactive action, also called Judicial Activism, through which normative decisions emerge, in the face of the inertia of the Legislative Branch. But this action should be bounded by limits, for judicial activism must be subject to all the barriers that are determined in the body of the Constitution. The methodology used in this work was through qualitative research in analyzes of bibliographies, scientific articles and journals. (Tradução Livre)

KEY-WORDS: Judicial Activism; Constitutional Supremacy; Effectiveness of Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1. ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO ANTE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	11
1.1. Supremacia Constitucional e a necessidade da existência do Controle de Constitucionalidade	11
1.2. Jurisdição Constitucional	16
1.3. Do Poder Judiciário	18
1.4. Supremo Tribunal Federal: o “Guardião da Constituição Brasileira”	19
CAPÍTULO 2. ATIVISMO JUDICIAL E SUA ATUAÇÃO NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA	25
2.1. Princípio e Conceituação	25
2.2. Distinção entre Ativismo Judicial e Judicialização	27
2.3. Autocontenção do judiciário antônimo de Ativismo judicial	28
2.4. Ativismo Judicial diante da Separação dos Poderes: reflexo de um Judiciário ativista na democracia.	30
CAPÍTULO 3. ASPECTOS QUE INSTIGAM O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	34
3.1. O ativismo como garantidor da efetivação dos Direitos Fundamentais a todos os cidadãos	34
3.2. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar	36
3.3. Um Panorama ao acesso a Saúde	38
3.4. Limites e possibilidades do Ativismo Judicial	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

A Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 (CRFB) nomeia como sua guardiã a Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário, uma vez que lhe compete fiscalizar atos normativos para que não haja desconformidades com a citada Carta Magna.

A Constituição criou mecanismos de defesa dos atos normativos, que se dá a partir do controle de constitucionalidade. As duas principais formas de controle de constitucionalidade são: controle difuso, que é aquele exercido unicamente por tribunais e juízes, e controle concentrado, desempenhado por um único órgão. O Supremo Tribunal Federal tem a competência para utilizar o controle concentrado. (LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999)

Algumas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade interfere por vezes no Poder Legislativo, criando direitos em situações em que houve ineficácia do poder competente. Legislar não é sua função típica, pois cabe ao órgão que exerce representação popular.

Esta atitude é denominada de Ativismo Judicial, modo expansivo e proativo de interpretar a Constituição Federal, inclusive para criação de direitos que não foram expressamente contempladas pelo legislador constituinte, nem tão pouco pelo ordinário. Ele significa que o Poder Judiciário está atendendo demandas sociais de extrema relevância, que não foram atendidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, a realização do Ativismo Judicial pode ser vista de maneira negativa pela sociedade, pois está em confrontação com a separação dos poderes, que consiste em direito fundamental de um Estado democrático e cláusula pétrea pela Constituição Federal.

O ministro Celso de Melo define ativismo judicial como “uma necessidade transitória de o Poder Judiciário suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que são lesivas aos direitos das pessoas em geral ou da comunidade como um todo”. O seu modo proativo não deve ser confundido com a Judicialização, pois apesar de serem praticamente da mesma família, possuem expressões distintas.

O Supremo Tribunal Federal exerce o papel de Corte Constitucional. Dessa forma, para melhor compreender o fenômeno do ativismo judicial no âmbito desta Corte, tema deste trabalho, necessário se faz, antes, um estudo acerca da jurisdição constitucional, da natureza jurídica e da legitimidade dos tribunais constitucionais, assim como conhecer melhor o Supremo Tribunal Federal, analisando sua história, estrutura, organização, composição e competência.

1. ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO ANTE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

1.1 Supremacia Constitucional e a necessidade da existência do Controle de Constitucionalidade

Deste os primórdios da sociedade há necessidade de se estipular normas que impunham inalterabilidade para a harmonia em sociedade.

Diante disto, é através do Poder Constituinte Originário que nasce a Constituição, na qual se verifica a necessidade da existência de uma norma máxima, responsável por organizar a estrutura, justificar preceitos e estabelecer limites, direitos e garantias. De modo a limitar o poder dos governantes.

O poder constituinte, na teoria de Sieyè, seria um poder inicial, autônomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa. Por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autônomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve “dar-se” uma constituição a nação. É um poder *omnipotente, incondicionado*: o poder constituinte não está subordinado a qualquer forma ou de fundo (CANOTILHO, J J. Gomes. Direito, 2000, p 94)

A primazia da Carta Magna está vinculada a todos os atos normativos, acarretando, assim, o princípio da soberania constitucional, a qual a Constituição exerce total soberania tornando-se peça mais importante a ser seguida: a *lex legum* (lei das leis), apesar de não estar expresso no texto subentende-se sua magnitude (BULOS, 2015, p. 128).

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico- poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com essa Constituição. (BARROSO 2012, p. 23).

Por este motivo, as demais diretrizes não poderão ser contrárias a constituição. Visto que todo o regimento deverá estar em conformidade com os preceitos constitucionais e neles encontrar seu fundamento e validade.

Segundo o entendimento de Clève (1995, p. 26), a rigidez constitucional está autorizada a “distinção entre a obra do Constituinte e a obra do legislador. A segunda,

encontrado seu parâmetro da validade na primeira, não pode, que sob o prisma material, quer sob o prisma formal ignorá-la”.

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo (em qualquer esfera do Poder) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica. (STF, ADI 2215 PE).

A Supremacia pode se dar de duas maneiras: formal, que se dá pela conexão entre aos atos públicos ou privados com o ordenamento, para que assim possa haver uma fácil distinção entre as leis constitucionais e as leis precedentes a partir dela. Nesta vertente, “pode-se dizer: é da essência da rigidez a supremacia formal das constituições”. E a material, que não vincula de forma rígida as leis ordinárias às leis constitucionais. Esta supremacia se relaciona com as Constituições costumeiras, flexíveis, pois assim a ela somente interessa a efetivação dos preceitos constitucionais, não se valoriza se há ou não uma conexão formal entre eles (BULLOS, 2015, p. 132).

Com o intuito de prevenção da supremacia da norma constitucional, se fez necessário criar dispositivo de controle de constitucionalidade, para que seja verificado a adequação das diretrizes inferiores. A existência deste dispositivo de controle de constitucionalidade deduz maior rigidez constitucional.

Na tentativa de evitar fraudes no ingresso de novas leis, o Brasil adota dois sistemas de controle, o Preventivo e o Repressivo.

Podendo ser exercido a princípio na forma Preventiva, atuando nos trâmites do processo legislativo, impedindo que uma norma inconstitucional entre em vigor, suprimindo desta maneira inesperada inconstitucionalidade. Essa prevenção pode ocorrer nas comissões de constituição e justiça, por meio do poder legislativo que tem como função a realização de um estudo comparado entre o projeto de lei ou emenda à constituição com o texto da própria constituição (BARROSO, 2012, p.68).

De outro modo, o chefe do Poder Executivo, mediante o veto jurídico, pode sanar o problema, caso alguma norma que contrarie a Constituição tenha sido

aprovada pelo Congresso Nacional. Como dispõe o artigo 66, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Já no que se diz respeito ao controle repressivo existe duas vertentes para sua aplicação, mais em regra é excepcionada pelo Poder Judiciário, conforme art. 102, I, a da CF/88

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Em contrapartida, esta declaração só poderá se dá com maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão, só assim o tribunal poderá declarar inconstitucionalidade de norma ou ato normativo.

Não bastando, o controle repressivo no Brasil é misto e poderá ocorrer na forma difusa realizada por qualquer juiz ou tribunal ou de forma concentrada que é feita por um único órgão (MORAES, 2015).

O controle difuso surgiu no mesmo momento que o controle judicial, em 1803 nos Estados Unidos da América, e está presente no ordenamento Brasileiro desde a Constituição de 1891 (BARROSO, 2012, P.69). Ele poderá surgir no trâmite processual se um dos litigantes alegar inconstitucionalidade de uma aludida lei. Realizado por via incidental, chamada de via de exceção ou defesa.

Existindo uma lide que venha a sofrer por possível inconstitucionalidade, essa pode ser proposta por:

- a) pelo réu, por ocasião da resposta (contestação, reconvenção, exceção);
- b) por aqueles que integram a relação processual na qualidade de terceiros;
- c) pelo autor da ação de qualquer natureza;
- d) pelo Ministério Público. Mesmo nos processos que ele não é obrigado a intervir é necessária sua convocação para que se manifeste sobre a questão prejudicial;
- e) pelo juiz, de ofício. Sem que necessariamente as partes ou o Ministério Público provoca-lo. (BULOS, 2015, p 206)

Ainda que a decisão sobre a inconstitucionalidade da norma tenha sido proferida pelo Poder Judiciário, ela não tem força para anular a lei, essa inconstitucionalidade só terá repercussão *inter parte*.

Nesta via o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória em relação a terceiros. (Moraes. 2006, p. 645)

A norma continuará válida e aplicável dentro do ordenamento, o que poderá acarretar novos casos e a conseguinte análise pelo Poder Judiciário. Mas o juiz não estará vinculado a quaisquer decisões proferidas em outros processos, ele irá julgar conforme seu entendimento, podendo adotar outra tese em que não concorra a inconstitucionalidade da norma.

Neste sentido para que haja a aplicação *erga omnes* a Constituição Federal em seu artigo 52, inciso X, delegou ao Senado a competência privativa para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (Constituição Da República Federativa do Brasil). Nesse mesmo sentido Barroso (2012, p. 156/157), dispõe que:

- a) A atuação do Senado não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo.
- b) A competência do senado somente é exercitável nas hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e não quando a inconstitucionalidade venha a ser pronunciada em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Enfim a vigência das decisões realizadas por meio do controle difuso, enquanto precedentes judiciais, estará vinculada ao órgão que proferiu a sentença, com efeitos *inter partes*. Mesmo que a decisão tenha sido realizada pela Corte Constitucional só produzirá efeitos entre as partes envolvidas na lide, contudo servirá de parâmetro, influenciando assim os demais órgãos que compõe o Poder Judiciário.

Já o Controle concentrado (abstrato, fechado, entre outros sinônimos) é aquele exercido por um único órgão, denominado Tribunal Constitucional ou Corte Constitucional. Diferente do controle difuso, o concentrado é o modelo utilizado nos tribunais europeus e foi idealizado por Hans Kelsen (BULOS. 2015, p. 235). Foi introduzido no Brasil com a Emenda Constitucional n.16 de 1965. Outorgou ao

Supremo Tribunal Federal a incumbência de processar e julgar a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual por via de ação.

Coube ao Supremo Tribunal a atividade primordial de guarda da Constituição e prevê a realização do controle concentrado por via principal. A fiscalização pode ocorrer de maneira direta ou na face de controle por via de ação. A ação de inconstitucionalidade não depende de uma reclamação a um caso concreto sujeito a julgamento. Essa declaração de inconstitucionalidade tem como finalidade garantir a segurança jurídica e o cumprimento a Constituição Federal, visto que o ordenamento jurídico deve ser respaldado em normas que reflitam a Carta Magna não em normas inconstitucionais (MORAES, 2010, p.665).

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objetivo a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição. (BARROSO. 2012, p. 73).

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal traz como resultado a incompatibilidade da lei em qualquer situação e deverá ser respeitada por todos os tribunais e juízes.

O controle pode se apresentar na Constituição Brasileira por via principal, tem sua atuação elencada na Constituição Federal, artigo 102, I, a: “A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação delatária de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Este controle que segundo a Constituição Federal, por ser imposto por diversos instrumentos, impõem ao Guardião da Constituição formas de ressalvá-las, e eles são:

A Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (CF, art. 34 VII); Foi Instituída pela Magna-Carta de 1934 sendo reafirmada pela Constituição de 1988, tratou-se a primeira possibilidade de controle concentrado. Ele verifica-se quando possui uma lei ou ato normativo diverso a princípio constitucional sensível (BULOS, 2015, p. 241);

Ação direta de inconstitucionalidade genérica (CF, art. 102, a,1ª parte). Fixou-se no Brasil com a Emenda Constitucional n. 16 de dezembro de 1965. Tem como função basilar a proteção da ordem constitucional, mecanismo de defesa que viabiliza a retirada da norma inconstitucional do sistema jurídico, sempre em defesa do

interesse coletivo. (Morais. 2015, p 332). Segundo posição do STF “ ação de caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese. (STF, Resp. 1.016, RTJ aput BULOS, 2015, p 255). Os legitimados a propor esta ação estão listados na Constituição Federal em seu artigo 103;

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º) Tem a finalidade de conferir vigência e norma constitucional que dependem de complementação e desta forma dar ciência ao Poder Público (Legislativo e Executivo) a existência de lacunas, normas de eficácia limitada onde deverá haver complementação;

Ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, a, 2ª parte) Inserida no ordenamento Brasileiro com a Emenda Constitucional de n. 03/93 é considerada um instrumento relativamente novo. Possui como objetivo a defesa da ordem jurídica, excluindo incerteza e dúvidas sobre a validade das leis ou atos normativos, que é causa de controvérsias no Poder Judiciário. Além do mais a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal terá efeito vinculante entre todas as esferas do Poder Público (LENZA, 2014, p. 267);

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, §1º). Último instrumento do controle concentrado Brasileiro. Tem por objetivo evitar lesões de qualquer ato ou omissão do Poder Público que possa acarretar lesão ou a sua ameaça a um preceito fundamental; (Morais. 2015, p 357).

O papel do Judiciário tem se moldado ao passar dos anos, a princípio era apenas o poder que executava a norma, e nos dias atuais no cenário brasileiro tem se mostrado protagonista das decisões emblemáticas que envolve a garantia de direitos fundamentais, que não são abraçadas pelo Legislativo bem como o Executivo, reafirmando o poder da jurisdição constitucional.

1.2 Jurisdição Constitucional

A princípio foi defendida pelo americano Alexandre Hamilton, afirmando que no momento que o judiciário anula uma lei estaria apenas reafirmando a vontade popular e legitimando o controle judicial de constitucionalidade. Pois assim não haveria desrespeito entre os poderes, uma vez que era a vontade e o bem-esta popular que sobressaiam, observando-se o princípio “freios e contrapesos”.

Sua matéria pode se dá em forma ordinária, que compreende qualquer questão, salvo as questões constitucionais, visto que essas são tratadas na matéria constitucional.

Um dos seus aspectos importantes é o controle constitucional das leis visto que todos os atos que compõe o ordenamento jurídico devem ser submetidos a este controle de jurisdição. Contudo esta competência não se limita apenas ao controle de constitucionalidade de normas, ele deve ser estendido para todo o ordenamento que possui força de lei. (SCALCO, Revista dos Tribunais. Vol.880/2009).

Pois bem, essa expressão é destinada a compreensão e aplicação da Constituição por órgãos que compoñam o Poder Judiciário, que no Brasil é representado a partir dos juízes e tribunais e a Suprema Corte. (BARROSO, 2012).

Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. (Barroso, 2012. P 365)

Neste mesmo contexto, sobre uma versão contemporânea, há a necessidade de uma esfera neutra, intermediária e imparcial, com o objetivo de exercer a função de remédio entre as possíveis contestações constitucionais. E deve-se observar que ao se referir a sociedades complexas e pluralistas, guiadas pelo princípio da democracia, limitando assim os poderes, essa esfera deve ser sobretudo moderadora desses conflitos. (ZAGREBELKY, *op. cit.*, p. 58, *apud*, BONÁVIDES, Pablo, 2009).

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição (Barroso, 2012).

Por fim a jurisdição tem por finalidade resguardar a supremacia da Constituição Federal, que no Brasil é exercida por todos os juízes e tribunais, utilizando-se do controle difuso. Contudo, cabe ao Poder Judiciário, na face do Supremo Tribunal Federal, esse papel de destaque.

1.3 Do Poder Judiciário

Com as transformações ocorridas durante os séculos XV e XVII, surge o Estado Moderno, e traz consigo o sentido constitucional que se tem hoje. Contudo essas transformações continuaram, foi no Iluminismo e no Liberalismo que surgiram novas ideias, proporcionando à população a chance de se expressar e obter direitos, a partir de então surge o Estado Liberal, que traz em seu corpo o Princípio da Separação dos Poderes. (BITENCOURT & LEAL, tomo 02, p. 309).

A Separação dos Poderes é, segundo a CRFB de 1988, em seu art. 60 §4º, III, uma cláusula pétrea, não podendo, assim, ser objeto de emenda à Constituição que tente abolir este princípio. É primordial a existência deste poder no Estado de Direito, pois ele não é tão somente responsável por solucionar conflitos, além disso é incontestável a efetivação em sua participação para manter a ordem no ordenamento jurídico, como exposto no ponto anterior.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, encontra-se respaldo no art. 92 da CRFB, elencando os órgãos que a ele constitui. Lhe conferindo ampla autonomia como destaca CLÉVE (1993, p. 38) “Talvez não exista judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira. ”

Com a Promulgação da Constituição Brasileira de 1988, conhecida também como constituição cidadã, acrescentou a área de atuação, como diz BULOS (2015, p. 1280) é o “oráculo da Constituição”, pois todos que fazem parte deste poder devem cumprir os preceitos constitucionais, por outro lado há garantias constitucionais manifestada no art. 95 da CRFB.

O judiciário, nos moldes do texto de 1998, é um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas. (BULOS, 2015, p 1280)

Desta maneira, é possível identificar que o Judiciário brasileiro por vezes foge da sua função típica em prol da sociedade, assumindo um papel político, uma vez que há constantes proposituras no STF de questões complexas, como por exemplo a fidelidade partidária, do direito a greve aos servidores públicos e, como será objeto deste trabalho, o judiciário e seu modo proativo sendo utilizado como meio para a efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil.

Por fim, vale lembrar que o Brasil adota o denominado "sistema inglês", ou "sistema de unicidade de jurisdição". Em poucas palavras, significa isso que somente o Poder Judiciário tem jurisdição, isto é, somente ele pode dizer, em caráter definitivo, o direito aplicável aos casos concretos litigiosos submetidos a sua apreciação. (PAULO & ALEXANDRINO. 2010, p 256)

Deste modo a Constituição de 1988 no caput do seu art. 102 atribui ao supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, órgão máximo do poder judiciário. De fundamental importância visto que a ele cabe ser o último interprete da constituição, como veremos suas demais atribuições a seguir.

1.4 Supremo Tribunal Federal: o “Guardião da Constituição Brasileira”

O Supremo Tribunal Federal é órgão primordial na democracia brasileira, já que lhe cabe assegurar a aplicabilidade da Constituição, fiscalizando por meio do controle de constitucionalidade concentrado e difuso. Possui caráter limitador e intermediário, já que a ele cabe a última palavra sobre a interpretação constitucional.

Inspirado na Suprema Corte dos Estados Unidos visto que ela é uma espécie “oráculo popular” (BULOS, 2015). Inspirando não somente o Poder Judiciário brasileiro como também em grande parte do mundo. “ (...) o Supremo foi criado para ser inacessível às influências de desordem, das paixões, dos interesses e das inclinações corruptíveis (...)”.

Sua composição esta elencada no artigo 101 da CF/88, no qual é constituído por onze ministros que são nomeados pelo Presidente da República, depois de previamente aprovados por maioria absoluta do Senado Federal. As regras para a escolha dos ministros são: possuírem idade entre trinta e cinco a sessenta e cinco anos; serem brasileiros natos; estarem gozando dos direitos políticos e possuírem notório conhecimento jurídico e reputação ilibada. O Período de mandato é vitalício, com as mesmas garantias que os demais juízes possuem.

O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional (STF, ADI 2.010-MC, Rel. Min Celso de Mello, DJ de 12/04/2002).

Possui a função de interprete máximo da lei, pois além de fiscalizar a constitucionalidade das normas e dos atos normativos, soluciona de forma irrecorrível conflitos, garantindo a supremacia da ordem jurídica. Ademais do que está estabelecido nos artigos 96 e 98 da Constituição Federal que a ele é assegurado o poder de auto-organização, cabendo o direito a iniciativa de leis sobre sua própria composição, organização e supressão de cargos, dentre outros. Considerando sua independência, ela se estende a autonomia administrativa, financeira e orçamentaria.

A Constituição Federal, elenca as competências do Supremo Tribunal Federal em seu artigo 102:

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

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;
 - II - julgar, em recurso ordinário:
 - a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
 - b) o crime político;
 - III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
 - a) contrariar dispositivo desta Constituição;
 - c) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - d) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
 - e) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988)

Indica, ainda, nos parágrafos deste mesmo artigo que é de competência do Supremo a apreciação de arguição de descumprimento de fundamental, derivado da Constituição. E em seu 2º parágrafo afirma que as decisões proferidas por este nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de

constitucionalidade, fornecerão eficácia a todos os demais órgãos tanto do Poder Judiciário como da administração pública nas três esferas.

Essas competências possuem exemplos da função típica de um tribunal constitucional no inciso I, alíneas a, o e p. competência recursal típica de uma Suprema Corte no inciso III e as demais competências segundo Tavares (1998, p. 127-128) poderiam ser movidas para outro órgão jurisdicional, visto que não se encaixam em questões de índole constitucional.

A Constituição Federal brasileira é um modelo nítido de democracia constitucional que adota um regime republicano substancialista, ao prescrever que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal e, por extensão, em virtude da adoção do controle difuso de constitucionalidade, todo o Poder Judiciário, quando exerce a jurisdição constitucional, representam a soberania popular no que concerne à garantia final dos bens e valores essenciais reconhecidos pelo poder constituinte e consolidados nos princípios e direitos fundamentais da Constituição. (MELLO, 2004, p.187)

No Brasil prevalece o modelo de Suprema Corte, visto que o Tribunal federal atua como última instância julgando lides constitucionais, contudo simultaneamente desempenha finalidades típicas de um tribunal federal constitucional, pois a ele também compete realizar exclusivamente o controle de constitucionalidade na forma abstrata.

Sua atuação não se limita apenas em ressaltar o texto constitucional mais também em atuar em prol da sociedade, quando esta se sente lesada ou não possui um direito assistido. Isso é possível em decorrência de uma política-institucional favorável as suas decisões esse crescimento não coloca em risco a sua própria independência institucional (BARROSO. 2012,p. 130)

O indivíduo busca a efetivação dos princípios e direitos fundamentais que traz a Constituição, como bem esclarece o sociólogo português Boaventura há uma “explosão de litigiosidade”, isso porque a democratização do direito estimula o entendimento e reivindicação da tutela dos direitos. Incorporando ao Judiciário o papel de porta-voz dos direitos fundamentais. (BITENCOURT & LEAL, tomo 02, p. 313)

Além do que, quando há lesão ou omissão por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, não há direito de escolha do Supremo Tribunal de negar a lide que busque uma decisão proativa, muitas vezes em prol de minorias estigmatizadas por requererem a execução de direitos abraçados pelo ordenamento.

O Ativismo Judicial, não somente na Suprema Corte, mas em todo Poder Judiciário, assegura suas decisões em princípios. Não indica uma invasão aos demais Poderes, nem tão pouco uma afronta ao Poder Constituinte.

Esse pensamento pode ter fundamento e confirmação no discurso do Ministro Celso Melo em 2008, que em sua manifestação dispõe com louvor a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal

(...)Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos 11 poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas a imposição constitucional traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do supremo tribunal federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da suprema corte do Brasil, em 23/04/2008.)

Isto concorre para que haja a efetividade dos direitos fundamentais, sem que haja uma ameaça ao espaço legítimo da política majoritária. O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal não é a solução a longo prazo, mas sem dúvidas é de extrema importância e necessidade a atuação deste poder em determinados campos, pois é importante para positivar os valores da Constituição Federal de 1988.

2. ATIVISMO JUDICIAL E SUA ATUAÇÃO NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

2.1 Princípio e Conceituação

O estilo proativo do ativismo judicial foi detectado pela primeira vez no fim da Segunda Guerra Mundial, onde foi encontrado em países ocidentais um progresso no que se refere à justiça constitucional sobre o ambiente da justiça majoritária. (BARROSO, 2010).

Todavia, sua nomenclatura só foi empregada em 1947 pelo historiador e político americano, Arthur Schlesinger, em um artigo publicado na revista —*Fortune, The Supreme Court*, que propendia discutir a atuação da Suprema Corte na época do New Deal, distinguindo perfil para cada Juiz da Suprema Corte em dois grupos. No primeiro perfil encontrava-se políticas de propagação do bem esta-social, já no segundo perfil encontrava-se uma postura de auto concentração judicial, passando o legado de efetivação do bem esta-social para órgãos eleitos pelo povo.

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano (SCHLESINGER JR., 1947, p. 208 apud BARROSO, 2012, p. 8).

Este artigo foi escrito no período de transformações na Suprema Corte Americana, que promovia grandes transformações políticas e sociais, sem que houvesse necessariamente uma consulta prévia aos poderes Executivo e Legislativo, contudo neste contexto apresentava uma ameaça à democracia existindo auto concentração do poder Judiciário.

A partir deste momento ele foi empregado e ganhou força no século XX, sendo motivo de constantes debates e pesquisas, principalmente no âmbito constitucional brasileiro desde o ano 2000.

Mediante a conduta de intervir em assuntos que originalmente não lhe compete, o ativismo é normalmente associado como uma ameaça à separação dos poderes e à democracia. Todavia, há os que visualizam o ativismo como forma de maior execução dos direitos fundamentais, beneficiando as minorias.

Ao Termo Ativismo Judicial não existe uma definição geral que o determine, tendo em vista seu modo expansivo, neste sentido Tassinari (2013, p. 28) indica alguns possíveis pontos que possam dificultar esta definição e eles seriam, o primeiro decorre do papel de interprete da Constituição e assim cabe ao STF defender sua efetivação; o segundo ao aumento de demandas “judicialização”; terceiro o poder discricionário dos juízes; e por fim, o quarto seria “ aumento de capacidade de gerenciamento processual do julgador”, seriam essas indicações que se confundem e dificulta a definição de ativismo judicial.

Sobre esta temática Barroso (2009, p.06), dispõe em seu artigo “ A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

O Sentido que nasceu com o ativismo é da voz, garantir e efetivar para a minoria direitos os quais já possuem, mas que não tem pretensão legal para sua realização.

A principal crítica sobre o ativismo judicial recai sobre o não atributo ao Poder Judiciário para legislar, pois não possuem legitimidade constitucional e democrática para tanto. Segundo Barroso (2012) existem duas justificativas para tornar legítima invalidações feitas pelo Judiciário, seriam de natureza normativa, decorrente do fato que a Constituição brasileira imputa determinadamente esse poder ao Judiciário, mais precisamente ao Supremo Tribunal Federal, que dentre suas atribuições guarda a Constituição Federal, com isso os seus Direitos Fundamentais. E de natureza Filosófica:

O Estado democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplam, mas não se confundem, Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já a democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria (BARROSO, 2010 – Judicialização).

Por fim uma jurisdição constitucional bem aplicada garante mais democracia do que propriamente um risco. O ativismo é de extrema importância quando se tem um Poder Legislativo que não acompanha as necessidades da sociedade, conseguimos identificar com clareza esta ação tomando por exemplo Mandados de Segurança em que o STF indefere de modo significativo em questões de políticas públicas. O aspecto proativo e abrangente de interpretar a Constituição tornando-a mais aplicável a acepção de suas normas, conseguindo ir além do legislador ordinário.

2.2 Distinção entre Ativismo Judicial e Judicialização

Ambos remetem a um processo de crescimento do Poder Judiciário em relação a sua competência originária. Não são sinônimos, apesar de atuarem no mesmo órgão e partirem da mesma premissa. O Ativismo Judicial decorre de uma escolha do Judiciário de voltar a dar uma ampliação à Constituição; já a Judicialização acontece em virtude do desenho institucional brasileiro (Barroso, 2012, p.372).

No entanto, há diferenças que delimitam essas expressões: o ativismo pressupõe opções, escolhas dos magistrados quando da interpretação das regras constitucionais; já a judicialização caracteriza a aplicação de determinado padrão constitucional em substituição da vontade política individual.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm mesmas origens. Não são gerados, a rigor, 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. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. 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 descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2012, p.35)

A judicialização, no contexto brasileiro, é um feito, não estabelece uso exacerbado de vontade política, mas situação-consequência do modelo constitucional que se adotou.

Já o Ativismo judicial é uma atitude, escolha, um modo proativo de interpretar a Constituição, aumentando sua interpretação e o seu alcance.

Essa distinção também pode ser bem observada por Freire (2010, p.4) “ É necessário não confundir, apesar de possuírem pontos em comum, (...) o ativismo é uma atitude manifestada através da vontade política do judiciário que age ante a inércia dos demais poderes, a judicialização é a transferência de poder”.

Assim, observa que o ativismo judicial e a judicialização não possuem o mesmo significado, nem tampouco atuam nas mesmas causas. Mas atuam para uma melhor aplicação da norma e desta forma garantir a todos a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Contudo a atuação ativista de alguns magistrados são agressivos ao mundo jurídico o que pode derivar de uma autocontenção do judiciário.

2.3 Autocontenção do judiciário antônimo de Ativismo judicial

Autocontenção é o sentido oposto do modo ativista, visto que nesta conduta a corte constitucional evita expressar decisões que possam interferir na atuação do legislador. Desta forma, busca que suas ações interfiram o mínimo na atuação dos demais poderes.

Também pode ser designado de “Judicial self restraint”, preconiza que ao Poder Judiciário cabe um posicionamento distinto dos demais poderes para que de evitar controvérsias constitucionais. Pautando-se nas demais diretrizes:

(I) evita aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (II) utiliza critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (III) abstém-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2010 P 7– Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática)

Até a Constituição Brasileira de 1988 essa era a maneira da atuação do Judiciário. Mas foi no século XXI que o Poder Judiciário ganhou força e foi chamado de século da jurisdição, ou da atuação do Judiciário, pois em tempo nenhum o exercício deste poder desempenhou papel tão importante, desempenhando assim a função jurisdicional, surgindo este empate, autocontenção do judiciário e Ativismo Judicial (SCALCO, 2009).

Aos que defendem a autocontenção do Judiciário, afirmam que ela deve ocorrer visto que os juízes não devem se envolver em questões políticas, pois não são eleitos pelo povo. E ao juiz constitucional cabe o papel auxiliar e valoroso em uma democracia. Sua interferência só seria justificável se demonstrado, a interpretação judicial da Constituição (Moro, 2004, p.203).

Já o ativismo judicial demanda de um Judiciário proativo, dinâmico em favor a proteção e efetivação dos direitos fundamentais que foram estabelecidos na Constituição. E assim outorga aos juízes não somente a função de interpretador da Constituição dos princípios e cláusulas, mas ir além e descobrir novos horizontes a serem alcançados pela Carta Magna.

Há no Brasil uma ideia, muitas vezes equivocada, de que o ativismo judicial implica uma posição progressista e a autocontenção uma posição conservadora. Na história da Suprema Corte norte-americana, podem-se identificar períodos de autocontenção judicial que originaram um avanço do Estado de bem-estar social, como aconteceu, por exemplo, no contexto do período Roosevelt, em que a Suprema Corte, em função de uma renovada interpretação da Constituição, superou a era Lockner. Em outros momentos o ativismo judicial foi de alguma maneira fundamental para a defesa dos direitos civis (Cléve, Clémerson. 2003 apud Scalco, Pedro. 2009, p 5)

O obstáculo a ser encontrado utilizando-se como preferência a postura autocontenção é que à Suprema Corte é designada a guarda da Constituição, não podendo dessa função se indispor. Em contrapartida, julgamentos mais ativos expõem-se em interferir na atuação dos demais Poderes.

Como é de responsabilidade do judiciário concretizar a Constituição, ele não poderia recusar-se a analisar um caso que lhe foi submetido, perante a alegação de se tratar de conteúdo político. Visto que se é indispensável resguardar a supremacia constitucional em face das demais vontades.

E a solução cabível seria adequar, planejar em quais situações o Judiciário deveria agir de modo ativista ou auto contencioso. A postura autocontenção deveria ser utilizada “sempre que não for superado o limite da “reserva de consistência”, ou seja, sempre que o juiz constitucional não tiver argumentos suficientes para demonstrar que é consistente sua interferência política. ” (Moro, 2004, p.245).

Não há entendimento consolidado que proponha parâmetros para aplicação e limites de ambas teorias. Contudo, ao se falar de quando seria viável a postura ativista do Judiciário, contudo deve-se seguir alguns critérios que limitem sua aplicação, ajustando em que circunstâncias ela poderia ser praticada.

Contudo, se faz necessário a existências dessas duas visões no ordenamento jurídico, uma vez que no contexto atual da sociedade é ineficaz fazer uma opção entre os dois, visto que apesar de serem antônimos, são de extrema importância para a composição atual no cenário democrático brasileiro.

2.4 Ativismo Judicial diante da Separação dos Poderes: reflexo de um Judiciário ativista na democracia.

Ao avanço dos séculos, o Estado deixou de ser um poder concentrado, onde cabia unicamente ao mesmo órgão/pessoa legislar, executar e resolver conflitos. Não havendo assim nenhum tipo de controle sobre quem governava, predispondo o surgimento de governos ditatoriais, onde o cidadão era sujeito a de deveres. Aqui não se fala de nenhum tipo de liberdade.

Surge então o princípio da separação dos poderes, pensamento contemporâneo que teve como objetivo descentralizar o poder e garantir aos cidadãos o cumprimento dos princípios basilares de um Estado.

Aristóteles foi o primeiro a vislumbrar este princípio distinguindo três possíveis funções exercidas pelo Estado com a teoria da “tripartição de Poderes”, pelo Estado que entre elas estariam a função de editar normas; aplicá-las em caso concreto e julgando os casos que descumprissem as diretrizes. Conduto na visão de Aristóteles as três funções eram exercidas por um único poder soberano (LENZA, 2010, p. 337).

Mais foi Montesquieu, durante o século XVII, que aprimorou esta teoria e é a referência para a composição dos poderes nos dias atuais.

Em sua teoria o Estado possui três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo; e o Judiciário o qual denominou Poder de Julgar. Apontando como teoria essencial à liberdade dos indivíduos, desde então afirmando a necessidade da independência desses poderes em suas atuações individuais.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto ao Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1998, p. 75).

Essa teoria excepcionada por Montesquieu foi abraçada pela Constituição Americana de 1787 e logo mais pela Constituição da França de 1848.

No Brasil, ao analisar-se o sistema constitucional, sempre considerou a divisão dos poderes em três órgãos. Já na Constituição Imperial de 1824 pode-se observar essa separação em seu artigo 9º “ a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos do cidadão, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”. (Constituição de 1824)

A Constituição em vigor no Brasil promulgada em 1988, traz em seu artigo 2º que os poderes da união são independentes e harmônicos. Mas no artigo 60, § 4º, inciso III, a separação dos poderes evolui à categoria de cláusula pétrea.

Este princípio é tão basilar que constitui um elemento essencial à democracia, mas sua criação surgiu na intenção de enfraquecer o poder do Estado, já que todas as funções eram exercidas por um único órgão. No Estado Moderno, porém, é impossível a democracia sem esta separação.

Para não haver extravagância na atuação dos poderes, apesar de possuírem independência, devem integrarem ao sistema de freios e contrapesos. Sistema que indica que um poder será fiscalizador do outro de seus atos. Consistem em: atos gerais e específicos. O poder Executivo pratica atos especiais, que são atos concretos; o Legislativo atua com os atos gerais, na esfera abstrata. Havendo qualquer exorbitância dos poderes, emerge o Judiciário, mantendo cada órgão na sua competência.

O Estado continua uno e indivisível mais atua através de três órgãos diferentes, exercendo funções distintas. Para que haja melhor atuação e não ocorra tiranias.

Cada órgão possui sua determinada função, a função do Executivo é executar, cabe ao Legislativo legislar e ao Judiciário julgar. Contudo, a própria Constituição permite que em alguns casos pratiquem funções atípicas.

De acordo com o artigo 84, inciso XXVI da Constituição Federal de 1988, cabe privativamente ao Presidente da República, editar medidas provisórias com força de lei e quando aprecia recursos administrativos, assim julgando-os. O Legislativo, através do Senado Federal, como dispõe o artigo 52, inciso I da Constituição, cabe processar e julgar o Presidente da República e demais nos crimes de responsabilidade, como ficou evidenciado no ano de 2016. Já o Judiciário atua quando exerce função executiva, organizando sua própria instituição.

Por possuírem independência e harmonia não podem delegar a outro uma função que lhe cabe e foi atribuída pela Carta Magna. Da mesma maneira que não podem usurpar atribuição de outro Poder.

Quando um órgão se afasta da sua designação é inevitável que esta ação atinja outro órgão. Por isto quando o Poder Judiciário toma para si competência que não lhe é originária, ocorre o fenômeno do ativismo judicial.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional) que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010)

Quando um Poder se enfraquece, deixa de fazer o seu papel, outro assume o seu lugar. No Brasil, o Poder Judiciário caminha a grandes passos, obtendo uma favorável aceitação da sociedade, que diante do momento político e social enfrentado coloca suas expectativas nesse poder.

Há o enfraquecimento dos poderes motivado por constantes escândalos e acusações de corrupção, populismo demagógico dos governantes, por estes e demais motivos a uma rejeição popular, dos representantes da massa ou que chegam ao cargo máximo através de votação popular. Surgiu um Judiciário capaz de fechar lacunas deixadas por esses poderes. “ No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica. (...) e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso do STF por meios de ações diretas. ” (Barros, Luiz 2010).

Compete ao Supremo Tribunal Federal, essencialmente, a guarda da Constituição e assim interpretá-la, não provocando a afronta ao princípio da Separação dos Poderes, pois o tornar a lei mais abrangente, não extrapola suas competências, ao contrário, representa a sua principal função. (Leal 2010, p. 137).

Com base nas considerações realizadas, conclui-se que o Princípio da Separação dos poderes é essencial em um Estado Democrático, oportunizando o

exercício racional do poder, assegurando aos indivíduos a garantia da efetivação de preceitos fundamentais.

3. ASPECTOS QUE INSTIGAM O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

3.1 O ativismo como garantidor da efetivação dos Direitos Fundamentais a todos os cidadãos

A magna carta sustenta em seus princípios, que a dignidade da pessoa humana deverá ser respeitada independentemente da situação em que se encontre, seja de raça, etnia, religião, nação ou opção sexual. Os seus direitos fundamentais deverão ser assegurados por todos e a todo o tempo.

Desta feita, é de fundamental importância fazer uma reflexão sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, ressaltando sua relação à concretização de Direitos Fundamentais, tendo este como parâmetro o acesso à saúde e o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar.

Os Direitos Fundamentais são compreendidos como uma reserva de justiça assegurado a todos os indivíduos. Não apenas em relação ao Estado, mas também a outros indivíduos. A fonte de emissão dos Direitos Fundamentais surgiu a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se concretizou após a Segunda Guerra Mundial.

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (PAULO Vicente & ALEXANDRINO Marcelo. 2010, p. 33/34)

Diante disto, com a instauração desses direitos permite-se que o indivíduo cobre do Estado o cumprimento de prestações sociais (direito a saúde, moradia, etc.), a proteção contra terceiros e a tutela contra discriminações.

Esses direitos podem ser de Primeira Geração, que são os chamados Direitos Individuais, surgiram no final do século XVII, e garantem a proteção em face do poder Estatal, protegendo desta forma o direito à vida, a propriedade, a livre manifestação de pensamento, a religião, a associação, entre outros elencados no artigo 5º da CF/88. Os de Segunda Geração são os direitos políticos, o indivíduo na máquina pública do Estado, obtendo o direito de votar e ser votado, participar de plebiscito e debates públicos. Terceira geração são direitos sociais arrolados no Capítulo II Art. 6º da

CF/88, que abrangem o direito a saúde, educação, trabalho, moradia, segurança, previdência social, e outros (Barroso, 2010).

Os Direitos Fundamentais são produtos de uma concepção de que a proteção da dignidade da pessoa humana vai mais além do que apenas proteger contra o Estado, se faz necessário contra o abuso de poder por parte de quem possui poderes econômicos. Eles configuram proteção inclusive contra a vontade da maioria até ir de encontro com o poder derivado da constituição. Como chama “trunfos contra a maioria”. Esse fato ocorre para que haja a efetivação, proteção dos direitos das minorias sem que haja alguma perda à democracia, pois:

A democracia só existe quando, para além dos direitos e liberdades fundamentais e do princípio da subordinação de todos à lei (governo de leis e não de homens), assegura-se que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após uma longa evolução histórica. (TAVARES, 1998, p.84).

É em busca dessa efetivação dos direitos das minorias que ocorre o Ativismo Judicial, onde o Poder Judiciário acolhe uma lide que por vez não foi acolhida no âmbito do processo político parlamentar. A Jurisdição exerce função primordial para o exercício dessa efetivação, pois viabiliza a revisão judicial dos atos omissos ou excessivos do legislador.

À vista disso, é claro, as melhorias que traz esta intervenção por parte do Tribunal Constitucional. Pois do ponto de vista formal devem ser tratadas igualmente sem distinções, obtendo igual oportunidades em face de grupos majoritários e do processo legislativo. (SAMPAIO, 2002, p. 76)

Por esse motivo não há nenhum outro Poder se não o Judiciário, em especial o Guardião da Constituição, para exercer esse modo proativo, quando existe uma lacuna ou omissão na legislação.

3.2 Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar

Como a sociedade, o direito encontra-se em constante mutação, sofrendo modificações no tempo de acordo com costumes e valores da comunidade, sendo assim, o que era modelo na legislação a anos atrás encontra-se defasado nos dias atuais.

Desse modo, a legislação brasileira traz em seu amago a entidade familiar como pilar da sociedade, amparando em sua lei maior, a constituição federal, e no seu código civil, a união apenas entre o homem e a mulher.

Portanto, como disposto acima as leis que preconizam determinada conduta como prioritária, encontra-se desconexas com os entendimentos jurisprudenciais e também deixaram de amparar àqueles que dela necessita, como as minorias que recorrem à justiça para a busca do atendimento às suas necessidades e assim são sanadas.

De acordo com o disposto acima, o supremo tribunal federal proferiu uma decisão por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, que fora ajuizada pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro, que assim reconheceu a união homoafetiva como instituição familiar, esta decisão possui eficácia erga omnes e efeitos vinculantes.

Esta decisão proferida em 2011 que reativou polemicas sobre a atuação ativista do STF, seria uma ação excessiva de suas funções, retirando o dever do Poder Legislativo ou a necessidade existencial de garantir as minorias a efetividade dos seus direitos previamente constituídos.

O contraditório a essa atuação ativista no caso exposto acima caso específico poderia ser ligado a um conservadorismo, individual e até mesmo do governo restringido a liberdade e as ações dos indivíduos que lutam pela igualdade de gênero. (SOARES & NASCIMENTO V.6 n.6).

Porém o Art. 3º, IV da CF/88, é bastante categórico quanto a promoção do bem social a todos sem distinção de sexo, posto isto o art. 226 § 3º da CF/88 reconhece a união estável entre o homem e a mulher como instituição familiar. Se fez necessário interpretar o texto constitucional acompanhado de princípios esses foram dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade.

Passou-se a analisar o art. 1723 do Código Civil Brasileiro. O qual traz em seu texto que “é reconhecida entidade familiar a união estável entre homem e mulher”. Análise que foi realizada de forma ampla se referindo a esta união como forma exemplificativa e trazendo a figura da mulher nesse meio por ter tido diferenças ao longo de toda a história entre os sexos. Desta forma o STF integrou a este artigo um sentido constitucional uma interpretação no sentido constitucional, para que desta forma afastasse possíveis críticas que atrapalhasse o reconhecimento da união estável homoafetiva.

Utilizando ainda de princípios que fundamentassem sua ação o STF fez referências aos Princípios Yogyakarta que foram apresentados na IV Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que se dedica a aplicação internacional dos direitos humanos relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero. Que foi abordado na ADI 4.277/DF, o princípio 24 “Direito de Constituir Família: Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.” (Princípios Yogyakarta)

Esta forma de atuação é vista como um Ativismo Judicial metodológico interpretativo, pois o STF busca elucidar direitos não contemplados diretamente pela Carta Magna mais também não os proibiu com relevantes fundamentos, e como já foi abordado o STF nessas ações busca efetivar o direito a minorias (CAMPOS, 2014 p.315). Mas esta decisão ultrapassou a interpretação constitucional, visto que o texto Constitucional expressamente se refere a união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

Desta forma o instrumento constitucional empregado Ação Direta de Inconstitucionalidade não realiza sua função visto que não há incompatibilidade entre os textos do Código Civil e a Constituição, houve por parte do Guardião da Constituição a postura ativista ampliando o rol Constitucional com fundamento em Princípios norteadores, mas essa conotação foi agravada visto que foi realizado um controle de constitucionalidade na própria constituição, o que não existe hipótese no ordenamento.

Neste sentido Maria Berenice Dias, não há a não aplicabilidade de um direito pela justificativa que não existe leis que os fundamente. Implicasse a omissão do Legislativo com a ausência de direito. Mas o Judiciário não pode negar um direito

alegando a carência de lei, nem muito menos o STF pode negar-se a apreciar uma ação favorável se há fundamento nos princípios que fundamentam a Constituição Brasileira de 1988.

Em suma, o modo expansivo realizado pelo STF busca a concretização de demandas sócias que não foram atendidas a tempo pelo poder Legislativo em detrimento as minorias. Decisão que deverá ser seguida, não se verifica mais a inexistência de preceitos reguladores.

3.3 Um Panorama ao acesso a Saúde

Diante de um vasto campo de atuação do Supremo Tribunal Federal, ele se inclina a resolução de lides que sofrem com o descaso dos Poderes Executivo e Legislativo, o Direito a Saúde pública que representa um dos Direitos Fundamentais de terceira geração, mais não a separar este direito a inviolabilidade da pessoa humana e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois ambos se relacionam.

O texto Constitucional garante a todos o direito a saúde e estabelece ao Estado como garantidor desse direito, propondo medidas efetivas de políticas sócias que possam realizar de forma igualitária esse direito.

De acordo com o Capítulo II artigo 6º e em seu artigo 196 da Constituição Federal, que trata Dos Direitos Sociais

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.

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.

Caracteriza um direito basilar, pois não a quem dele não necessite. Contudo é um fato constante na mídia a precariedade deste direito, o sistema de saúde pública no Brasil é um dos maiores do mundo e um dos principais problemas do País. E o cenário fica mais severo com a crise econômica que enfrentamos. Visto que a saúde pública fez parte da receita obrigatória que possui um gasto em torno de 7 bilhões de reais. (Dados do Jornal Data Folha).

Pode-se afirmar que o cenário da saúde pública nunca foi satisfatório, por isso se faz indispensável a atuação ativa do STF na formulação de políticas públicas, em

especial no que diz respeito a saúde. Que é vista como um fenômeno positivo pois o Poder Judiciário prima pela concretização dos direitos sociais.

A partir dessa nova postura, o Judiciário começou a intervir em questões que antes estavam reservadas exclusivamente aos demais Poderes, participando, de maneira mais ativa, da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. O Supremo Tribunal Federal, de modo particular, passou a interferir em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo, lograram alcançar os necessários consensos para resolvê-las. (LEWANDYOYVSKI, 2014, p.03)

É incontestado que existe políticas públicas para a saúde pública, contudo eles precisam de precisão e execução. Por este motivo a uma forte presença do Poder Judiciário exercendo seu modo expansivo que pode ser visto a priori que forma negativa pois tal postura provoca um comodismo por parte dos demais Poderes, mais é primordial esta atuação para situações que não foram contempladas pelo constituinte nem pelo legislador ordinário.

Desta maneira a presença do Judiciário concretiza o direito à saúde, assim como os demais Direitos Fundamentais que possuem alguma omissão na sua aplicabilidade a todas os indivíduos para obter sua concretização. Esse aspecto do Poder Judiciário só é possível por estamos em uma democracia onde este poder tem força e confiança popular (MENDES, 2012, p. 954)

O direito a saúde abrange um grande leque de seguimentos: deste o saneamento básico, medicamentos e tratamentos a equipamentos hospitalares. Em vista disso é crescente o número de demandas no Poder Judiciário para que ele assim possa garantir a minorias o cumprimento dos seus direitos. Impondo ao Poder Público o provimento das ações pauteias.

Atualmente a grande situação emblemática está no fornecimento de medicamentos de alto custo, desempenho mais perspicaz do STF e o STJ que possuem direcionamento a favor da concretização desse direito.

Esse tema esteve em pauta no plenário do STF em setembro de 2016, com o Recurso Extraordinário (REs) 566471 e 657718 que se dedica ao fornecimento de remédios de alto custo indisponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS) e medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Neste mesmo sentido no que se refere a acesso de medicamentos com custo elevado

há o Recurso Extraordinário 607.582 (13/08/2010) e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 818.572 (02/09/2014).

Referindo-se ao Res 566471 e 657718, houve um pedido de vistas ao processo que adiou este julgamento. Apesar disso houve a tempo o voto único do Ministro Marco Aurélio, que aditou tese por ele já acatada, que dispõe:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.

Portando o Ministro assegura que se o indivíduo ou membros de sua família não poderem custear o tratamento, esse deverá receber o medicamento do Estado. Como bem explana BOBIO (1981, p.9, apud, AURÉLIO 2011) “que o problema grave de nosso tempo em relação aos direitos humanos não era o de fundamentá-los, senão o de protegê-los”.

Atuando neste sentido o Ministro Mendes entende que fica evidenciado um direito subjetivo a políticas públicas quando há uma omissão de medicamentos autorizados pela ANVISA mas que não estão abraçados pelo SUS, em contra ponto não devia o Judiciário efetivar essa políticas quando se trata de medicamentos não autorizados no Brasil visto que se não existe registro sua inadequação é presumida.

Não há uma violação ao Princípio da Separação dos Poderes quando ao judiciário determina a implementação de políticas sociais para que haja um maior acesso a saúde. Vale salientar que se for necessário tonar algumas medidas como sugeriu a então Ministra Ellen Gracie no RE 607.582.

“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 607.582-RG, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* e de 27.08.2010).

Nesta maneira fica exposto brevemente que se faz necessário está atuação expansiva no sentido de dar direito a quem ele possui mais não foi contemplado. O STF atua a proteção de direitos fundamentais mesmo que para isso tenha que se dispor do Ativismo Judicial para efetuar esta garantia. Contudo é necessário colocar

parâmetros para que não haja um desvio de função nem tão pouco uma violação de Poderes, deve haver um discernimento entre os limites e as possibilidades de sua atuação expansiva.

3.4 Limites e possibilidades do Ativismo Judicial

A Presença forte do Poder Judiciário no cenário Jurídico Político é dada a priori pela existência de controle de Constitucionalidade Concentrado, que como já visto é exercido apenas pelo STF. Sua popularidade também é devida a seu papel de Guardião constitucional e suas decisões expansivas na garantia de direitos fundamentais.

Neste aspecto se faz necessário destacar limites e possibilidades para que sua atuação não sobressaia ao Princípio da Separação dos Poderes. Ande disto é legítima sua atuação quando empregada os mecanismos que ao STF compete na identificação de normas inconstitucionais, pois ele é o responsável por Guarda e Interpretar a constituição.

Entretanto, a postura proativa está mais iminente em relação a omissão legislativa, quando o direito de minorias não tem regulamentação. Nessa situação a interferência do Judiciário com analogias a jurisprudência do Supremo implica em detrimento desta postura poderá agir como legislador positivo.

As Críticas a esta ação segundo Barroso (2009, p.25) seriam em relação:

Ao “Riscos para a legitimidade democrática” visto que o Poder Judiciário não são agentes eleitos pela vontade popular e desta forma não teriam legitimidade para revogar ou mudar as decisões o Poder Legislativo visto que este foi posto por vontade popular, contudo “a democracia não se resume ao princípio majoritário” pois é nesse sentido que atua o judiciário na guarda dos direitos de minorias estigmatizadas pela sociedade;

O “Risco de politização da Justiça” pode-se assemelhar o Direito a Política a sua forma de criação pois o direito é fruto da vontade da maioria e da atuação do poder competente. Contudo para não concorrer a este risco cabe aos tribunais e juízes só deveram agir desta forma em nome da Constituição e dos seus princípios norteadores, jamais em vontade própria;

A “A capacidade institucional do Judiciário e seus limites” é necessário o Princípios da Separação dos Poderes onde eles possam atuar de forma individual cada qual na sua competência, eles interpretam a Constituição, mas em caso de inconsonância na interpretação das normas constitucionais ou legais, cabe ao Judiciário a última palavra. Entretanto não quer dizer que todas as matérias devem ser decididas no tribunal “Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui”

Mais quando a uma atuação em promoção dos direitos Fundamentais, que muitas vezes é em face da minoria “é uma condição de funcionamento constitucionalismo democrático”, nessa situação atuação do judiciário reparando a omissão legislativa ou ampliando os direitos constitucionais é favorável a democracia Barroso (2009b, p. 15).

Dessa forma, o limite do ativismo Judicial seria o próprio texto constitucional e suas diretrizes sem ameaçar o espaço legítimo da política majoritária. O que se tornaria se preocupante era idealizar um judiciário como remédio para todos os problemas sócias excluindo deste modo a Política Parlamentar.

A atuação expansiva do Judiciário em detrimentos aos preceitos fundamentais não é a solução mais ideal, contudo sem dúvidas determinados procedimentos uma atuação proativa do Judiciário é extremamente importante. Cabendo ao Supremo Tribunal Federal encontrar um equilíbrio para uma harmonia entre as normas e acesso das minorias a esse direito e entre os Poderes que constituem esse Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em concordância com o que foi disposto na introdução e ao decorrer do trabalho, este tem como objeto de pesquisa a atuação do Poder Judiciário em especial o Supremo Tribunal Federal e o seu modo expansivo em decisões quando provocado.

A Carta Magna em seu texto incubo ao STF precipuamente a guarda da Constituição, executando em grande efetivação por meio do controle de Constitucionalidade. Por este motivo foi necessário abordar o tema Supremacia Constitucional, visto que ela teve ser respeitada e os controles de constitucionalidade. Uma vez que é por meio dele que há por vezes o fenômeno Ativismo Judicial.

A violação a Constituição pode ocorrer por ação do Poder Público quando uma norma vai claramente de frente com as diretrizes constitucionais ou por omissão quando não há legislação ou quando ela não abrange todos os indivíduos da sociedade.

A grande problemática deste trabalho se dá quando existe uma omissão legislativa, e ao Judiciário é apresentado uma lide para garantir das diretrizes constitucionais não legislada, agindo assim como um legislador positivo. Neste momento há quem indique uma violação ao Princípio da Separação dos Poderes, contudo o Judiciário luta a favor da proteção dos Direitos Fundamentais das minorias.

Com o mesmo sentido este princípio vem havendo mudanças, pois diante do contexto atual não se pode falar que a função do Legislativo é apenas legislar, a ele também foi incumbida a função de organizar seus serviços administrativo que seria um ato do Executivo, por vez o Judiciário processar e julgar os seus membros. Nesse sentido aqui também haveria uma usurpação ao princípio da separação dos poderes.

Contudo a relevância deste trabalho é a atividade expansiva do judiciário em prol de direitos fundamentais a minorias positivando esses direitos. Desta forma, buscando examinar a aplicação e concretização das diretrizes fundamentais pela ação proativa do STF. Trazendo como parâmetros o acesso a saúde pública, medicamentos de grande valor econômico e com a ADI nº 4277 que tratou sobre o regulamento da união homoafetiva. Garantido desta forma a essa minoria a segurança de seus direitos.

Todavia é necessário ponderar essa atuação para que não haja um protagonismo do judiciário no processo político, pois isso sim seria ruim para a democracia. Por fim não foi objeto desta pesquisa esgotar todo o assunto, apenas trazê-lo de uma perspectiva. Já que o Tema Ativismo Judicial tem se intensificado em nosso ordenamento. Por isso, o tema se filiou a ação expansiva para a efetivação de direitos a minorias.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. **Impasses Da Democracia No Brasil**. 1º ed. Civilização Brasileira 2016

AZEVEDO, Campos. **Dimensões Do Ativismo Judicial Do STF**. Ed. Florense- RJ

BARROSO, Luiz. **O Controle De Constitucionalidade No Direito BRASILEIRO**. 6ºed. rev. e atual- São Paulo: Saraiva,2012

BARROSO, Luiz. **Interpretação E Aplicação Da Constituição: Fundamentos De Uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 7º ed. ver. São Paulo: Saraiva.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo** RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012 . Disponível em:< <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>> Acesso em: 15/09:/2015

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, 2009. Disponível em: < <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428>> Acesso em 17 de setembro de 2016

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetro para a Atuação Judicial**. (2009). Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>> Acesso em 05 de julho de 2016

BRASIL, Constituição de 1824. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: 1824

BRASIL. Constituição do. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**

BRASIL. Lei nº **10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental Extraordinário 818.572. Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo**. Repercussão Geral Reconhecida. Relatos Min. Dia Toffoli, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342158/agreg-no-recurso-extraordinario-re-818572-ce-stf/inteiro-teor-159437382>> Acesso dia 18 de agosto de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 607.582. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de Valores**. Relatora: Min Elen Gracie, 29 de novembro de 2010. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17600061/recurso-extraordinario-re-598722-rs-stf>> Acesso dia 18 de agosto de 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566471. **Fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)**. Repercussão Geral. 15 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>> Acesso dia 22 de janeiro de 2017

BITENCOURT, Caroline Muller; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **A FUNÇÃO E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: UM ATIVISMO NECESSÁRIO? AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO – TOMO 02**.

BOBBIO, Norberto. **Presente y porvenir de los derechos humanos**. Anuário de **Derechos Humanos**. Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981, p. 9
BOCCATO, Esdras. **AS DEFICIÊNCIAS DO PODER LEGISLATIVO COMO FATOR DE IMPULSÃO DO ATIVISMO NO BRASIL**. Revista dos Tribunais / Revista de Direito Constitucional e Internacional vol. 90/2015. P.63-76 Jan-Mar 2015. Acesso dia 05 de setembro de 2016

BONÁVIDES, Pablo. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade: Algumas Observações Sobre O Brasil**. Revista de ESMARN, v.7, n.1 p 13-44, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007> Acesso dia

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso Mello na posse de Gilmar Ferreira Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>> Acesso dia 10 de agosto de 2016

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na presidência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoministroRL.pdf>> Acesso dia 10 de agosto de 2016

BULOS, Uadi. **Curso De Direito Constitucional**. 9ªed. ver. e atual São Paulo: Saraiva 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 2ª reimpressão. Editor Edições Almedina- Coimbra- Portugal

CARMO, Erusa Matos Do. **"Mutação constitucional e união homoafetiva: uma análise a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal"**. 19-Set-2014. Disponível em < <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5532/1/20867034.pdf>> Acesso dia 16 de janeiro de 2017

CLÈVE, Clemerson. **Fiscalização Abstrata De Constitucionalidade No Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

DATAFOLHA. **Para frear gastos em saúde, Temer estuda rever SUS**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/08/1808906-para-frear-gastos-em-saude-temer-estuda-rever-sus.shtml>> Acesso dia 23 de janeiro de 2017

FERREIRA, Pinto. **Princípio Da Supremacia Da Constituição E Controle Da Constitucionalidade Das Leis**. Revista dos Tribunais vol. 5 P. 467 Mai 2011

FERREIRA, Pinto. Princípio da Supremacia da Constituição e Controle da Constitucionalidade das Leis. Revista Dos Tribunais online vol.05, p. 467-492, Mai 2011, DTR\2012\1136. Acesso dia 12 de agosto de 2015.

FIQUEIREDO, Professor Doutor Marcelo. **O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil** – uma visão geral. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC, jul. 2007. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32434-39201-1-PB.pdf> > Acesso dia 09 de julho de 2016

FREIRE, Marco Aurélio. **Entre o político e o jurídico: o problema da politização do poder judiciário em contraposição à judicialização da política. Ativismo judicial de políticas e controle de judicial de políticas pública no Brasil**. In: III Congresso Uruguaio de Ciências Políticas, 2010, Montivideo.

GOTTLOB, Leticia Ciambromi; SANCHEZ, Cláudio José Palma. **"RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTAVEL HOMOAFETIVA."** *ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498* 11.11 (2015). Disponível em <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/4899> > Acesso dia 12 de fevereiro de 2017

HABERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL A Sociedade Aberta Dos Intérpretes Da Constituição Para A Interpretação Pluralista E "Procedimental Da Constituição**. Editora Eletrônica: Formato artes Gráficas /Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**.1. ed. São Paulo: Martins Fonte 2003 (Justiça e Direito)

LEITE, Glauco Salomão. **"Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira."** *Direito, Estado e Sociedade* 45 (2014): 10-31. Disponível em: < <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/428>> Acesso dia 10 de setembro de 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAIS, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

PRINCÍPIOS YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso dia 12 de fevereiro de 2017

RAMOS, Elival. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2º ed. Saraiva 2015

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2.ed. São Paulo:Saraiva, 1992

RIBEIRO, Wendson. **O Princípio da Separação dos Poderes: uma rápida leitura doutrinária e jurisprudencial**. Publicado em 06/2014 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29830/o-principio-da-separacao-dos-poderes-uma-rapida-leitura-doutrinaria-e-jurisprudencial>> Acesso dia 20 de setembro de 2016

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 533-586, 2008.

SCALCO, Pedro. **Jurisdição Constitucional E Democracia Na Constituição Brasileira: Entre O Ativismo E A Autocontenção**. Revista dos Tribunais. Vol.880/2009 < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200007&script=sci_arttext >acesso dia 18 de julho de 2016

RAMOS, Elival. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2º ed. Saraiva 2015

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição E Ativismo judicial Limites Da Atuação Do Judiciário**. Ed. do Advogado 2013

TEIXERA, Anderson. **Ativismo Judicial: Nos Limites Entre Racionalidade Jurídica E Decisão Política**. Revista Direito GV. São Paulo 8(1) P.037-057 JAN-JUN 2002. Acesso dia 15 setembro de 2015

VERISSIMO, Marcos. **A Constituição De 1988, Vinde Anos Depois: Suprema Corte E Ativismo Judicial “ À Brasileira**. Revista Direito GV. São Paulo 4(2) P.407-440 / JUL- DEZ 2008. Acesso dia 15 setembro de 2015

VICENTE Paulo, MARCELO Alexandrino. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3.ed.-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana. **Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa?** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 20, v. 78, p. 68-82, jan.mar. 2012