

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA RENDA DE OLIVEIRA CARDOSO

**ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE À LUZ DAS
DECISÕES PROFERIDAS PELO STF NO CONTEXTO DA COVID-19**

São Paulo

2022

Juliana Renda de Oliveira Cardoso

**ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE À LUZ DAS
DECISÕES PROFERIDAS PELO STF NO CONTEXTO DA COVID-19**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Flávia de Campos Pinheiro

São Paulo

2022

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

O Espírito das Leis, Livro XI. Montesquieu.

RESUMO

A pandemia da COVID-19 provocou alterações na dinâmica das relações sociais e políticas no Brasil, sobretudo na seara jurídica, uma vez que se observou certa expansão do Poder Judiciário, um dos motivos pelo qual vem recebendo certo destaque nas mídias digitais e no meio acadêmico. O presente trabalho traz reflexões a respeito do ativismo judicial, objeto principal do estudo, pautado na análise sobre a atuação do Poder Judiciário como instrumento de efetivação do direito fundamental à saúde. A partir de um panorama histórico e evolutivo da teoria da separação dos poderes, que culminou na expansão do Poder Judiciário, constata-se a necessidade de certa relativização da tripartição clássica dos poderes. Por nos encontrarmos em um período excepcional causado pela pandemia da COVID-19, a pesquisa traz a análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no cenário pandêmico. Pretende-se examinar se houve extrapolação das competências constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário, com a consequente configuração do ativismo judicial, em prejuízo ao princípio da separação dos poderes. Para realizar a tarefa proposta, a pesquisa se vale do método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas, que inclui acesso à doutrina, artigos científicos, à legislação e à posição jurisprudencial nacional. Portanto, o presente estudo conclui que não se verificou ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal no contexto da pandemia de COVID-19, uma vez que as decisões analisadas apenas conferiram força normativa à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, combatendo abusos por parte do Poder Executivo.

Palavras-chave: COVID-19; Separação de Poderes; Direito à saúde; Ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic caused changes in the dynamics of social and political relations in Brazil, especially in the legal field, since there was a certain expansion of the Judiciary, one of the reasons why it has been receiving some prominence in digital media and in the academic field. The present work presents reflections about judicial activism, the main object of the study, based on the analysis of the role of the Judiciary as an instrument for the realization of the fundamental right to health. From a historical and evolutionary overview of the theory of separation of powers, which culminated in the expansion of the Judiciary, it is noted the need to relativize the classic tripartition of powers. As we find ourselves in an exceptional period caused by the COVID-19 pandemic, the research analyzes some decisions handed down by the Federal Supreme Court in the pandemic scenario. It is intended to examine whether there was an extrapolation of the powers constitutionally assigned to the Judiciary, with the consequent configuration of judicial activism, to the detriment of the principle of separation of powers. To carry out the proposed task, the research uses the deductive method, through bibliographic research, which includes access to doctrine, scientific articles, legislation and the national jurisprudential position. Therefore, the present study concludes that there was no judicial activism on the part of the Federal Supreme Court in the context of the COVID-19 pandemic, since the analyzed decisions only gave normative force to the Federal Constitution of Brazil, combating abuses by the executive power.

Keywords: COVID-19; Separation of Powers; Right to health; Judicial activism; Federal Court of Justice.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART. – Artigo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

MP – Medida Provisória

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	10
1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	10
1.2. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS	12
1.3. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL	13
CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO: CRITÉRIOS PRELIMINARES	17
2.1. JUDICIALIZAÇÃO: ORIGEM E CONCEITOS	20
2.2. ATIVISMO JUDICIAL: ORIGEM E CONCEITOS	21
2.3. ATIVISMO JUDICIAL E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	24
CAPÍTULO 3 – PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	25
3.1. DIREITOS SOCIAIS	26
3.2. DIREITO À SAÚDE	27
3.3. ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO SOCIAL À SAÚDE	29
CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF FRENTE À TEMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DA COVID-19	32
4.1. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA COVID-19	32
4.1.1. ADI 6341	34
4.1.2. ADI 6351	36
4.1.3. ADPF 672	38
4.1.4. ADPF 756	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

No início de 2020, tornou-se evidência global a eclosão e rápida disseminação da COVID-19, causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2). Com o aumento exponencial do contingente de infectados, bem como a presença do vírus em diversos países e regiões do mundo, em 11 de março de 2020, a doença foi qualificada como pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Conseqüentemente, a COVID-19 provocou alterações na dinâmica das relações sociais e políticas no Brasil, sobretudo na seara jurídica, uma vez que diversas medidas passaram a ser tomadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a fim de frear a disseminação do vírus e minimizar seus danos.

Desta feita, o presente estudo tem como escopo analisar o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação do direito constitucional à saúde, com base no fenômeno do ativismo judicial, a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no contexto da COVID-19.

Nesse contexto, visando abordar a problemática entorno da atuação do Poder Judiciário no contexto da pandemia da COVID-19, esse trabalho justifica-se pela relevância e atualidade dos temas, perpassando pelo estudo do fenômeno do ativismo judicial de forma teórica e prática, além da tripartição de poderes e do direito fundamental à saúde, em paralelo à análise das decisões judiciais proferidas pelo STF em um período excepcional no direito contemporâneo.

Nesse sentido, o objetivo dessa pesquisa é esmiuçar a atuação do Poder Judiciário como instrumento de efetividade do direito fundamental à saúde, à luz do período excepcional causado pela pandemia da COVID-19, determinando se houve extrapolação das competências constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário, com a conseqüente configuração do ativismo judicial, em prejuízo ao princípio da separação dos poderes.

De forma mais específica, buscou-se analisar algumas decisões proferidas pelo STF durante a pandemia da COVID-19, tais quais: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 e 6351 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672.

Quanto à metodologia a ser empregada para a realização dessa pesquisa científica, será elaborada a partir do método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas, que inclui acesso à doutrina, artigos científicos, à legislação e à posição jurisprudencial nacional, apresentando uma visão geral sobre o ativismo judicial no direito à saúde. Além disso, com intuito de balizar

as discussões e considerações tecidas no presente estudo, busca-se analisar decisões relevantes do STF em tempos de COVID-19.

No entanto, a fim de alcançar os objetivos propostos, faz-se mister retratar matérias correlatas, de modo que no primeiro capítulo, abordar-se-á a teoria da separação dos poderes, delineando-se os aspectos históricos e a evolução deste princípio. Logo após, haverá contextualização da tripartição de poderes no cenário jurídico brasileiro, a partir de sua relevância para a efetivação dos direitos fundamentais, além das funções típicas e atípicas dos três poderes e sistema de freios e contrapesos, essenciais para manutenção do Estado Democrático de Direito.

A fim de delimitar o tema, no segundo capítulo, estudar-se-á o fenômeno do ativismo judicial, a partir de sua conceituação, notadamente confundido com a judicialização. Em um primeiro momento, serão tecidas algumas considerações preliminares sobre ambos os fenômenos, abordando-se os respectivos aspectos históricos e conceituais, para então, serem traçadas necessárias distinções. Em seguida, traça-se um paralelo entre a teoria da separação dos poderes com a temática do ativismo judicial, uma vez que com o aumento da complexidade das relações sociais na sociedade contemporânea, faz-se necessária certa relativização da tripartição clássica dos poderes.

Em seguida, no terceiro capítulo, analisa-se o papel do Poder Judiciário como instrumento de efetividade do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, haverá contextualização a partir da previsão dos direitos sociais e do direito à saúde previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), além do indispensável aprofundamento relativo ao ativismo judicial no direito social à saúde, uma vez que tal direito passou a ser expressivamente demandado frente ao Poder Judiciário pela ineficiência na prestação de tal garantia pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Por fim, para construção do quarto capítulo, analisar-se-á algumas decisões proferidas pelo STF frente à temática do período excepcional causado pela pandemia da COVID-19, examinando se houve extrapolação das competências constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário e conseqüente configuração do ativismo judicial.

CAPÍTULO 1 – A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

As noções iniciais em relação à divisão no exercício dos poderes surgiram com o filósofo Aristóteles, em sua obra “A Política”, desenvolvendo não só as formas de governo existentes na época, como também uma proposta de estrutura e comportamento das autoridades administrativas e judiciárias. (PELICIOLI, 2006, p. 22).

Aristóteles definiu o governo como sendo “exercício do poder supremo do Estado” (ARISTÓTELES, 1991, p. 72). Logo, afirma ter todo governo três poderes: Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Nesse sentido, dispõe:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. (...) O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (ARISTÓTELES, 1991, p.113).

Já no fim do século XVII, a partir da hipótese do estado de natureza como condição inerente a todos os homens, John Locke, na obra “Segundo Tratado sobre o Governo”, apresentou a proposta de separação dos poderes estatais e os dividiu em três: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo.

O Poder Legislativo é apresentado como supremo em toda comunidade civil, tendo como fundamento precípua a criação das leis. Já o Poder Executivo teria como finalidade a aplicação das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, enquanto o Poder Federativo se voltaria à administração da segurança e do interesse do público externo, não podendo este desvincular-se daquele: “[...] embora os poderes executivo e federativo de qualquer comunidade sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem separar-se e colocar-se ao mesmo tempo em mãos de pessoas distintas”. (LOCKE, 1994, p. 171).

Para Locke, o Poder Judiciário não era considerado “poder genuíno”, não havendo diferenciação substancial entre o Legislativo e o Judiciário, haja vista o último estar incluído no primeiro, uma vez que “a função do juiz imparcial é exercida, na sociedade política, eminentemente pelos que fazem as leis, porque um juiz só pode ser imparcial se existem leis genéricas, formuladas de modo constante e uniforme para todos”. (BOBBIO, 1997, p. 233).

A teoria da divisão dos poderes, embora ainda não colocada em termos definitivos dentro do pensamento de Locke, nele encontra alguns de seus alicerces fundamentais que, mais

tarde, serviriam como molde para a considerável construção de Montesquieu. (BOTTALLO, 2007, p. 36).

Chales-Luis de Secondat, o barão de Montesquieu, é considerado um dos principais representantes do movimento iluminista do século XVIII. Ainda que tenha se desenvolvido sob a égide do regime absolutista, além de pertencer a uma família aristocrata, influenciou-se pela monarquia parlamentarista vigente na Inglaterra e os ideais de Locke.

Por conseguinte, em “O Espírito das Leis”, de 1748, Montesquieu disserta sobre a natureza e o funcionamento das instituições políticas em geral, passando a ser considerado um manual de Política e Direito Constitucional.

No que concerne ao tema em debate, é consagrada a teoria da tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente, de modo que o Estado é assim subdividido: Poder Legislativo; Poder Executivo das coisas, traduzido no Poder Executivo propriamente dito; e Poder Executivo dependente do direito civil, traduzido em poder de julgar.

Se considera, para todos os efeitos, que Montesquieu atribuiu ao Poder Judiciário certa relevância ao conferir-lhe *status* de poder do Estado, embora o fosse considerado nulo, pois não o considerava autônomo, não podendo sobressair em relação aos demais poderes.

Para muitos, a maior contribuição de Montesquieu reside na delimitação dos poderes, estabelecendo a autonomia e os limites para cada um deles, retirando o poder das mãos únicas do soberano e o transferindo simultaneamente a todos eles, em condições de paridade e independência. Desenvolveu-se então a ideia de controle de um poder sobre o outro, com intuito de resguardar a liberdade dos indivíduos, assim, estabelecendo-se “entre os órgãos fundamentais, um verdadeiro e autêntico equilíbrio (*balance de pouvoirs*), um servindo de freio ao outro, dominados por uma recíproca desconfiança (“o poder detém o poder”)).” (BOTTALLO, 2007, p. 38).

Tendo em vista a fixação das atribuições de cada um dos poderes, assegura-se, para tanto, a liberdade dos cidadãos, não apenas pela ciência do direito que regula as relações sociais, mas pelo conhecimento da contenção das atividades dos órgãos do Estado através de normas jurídicas constituídas. Tal liberdade é assim delineada:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido

ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

A exigência da separação dos poderes aparece ainda com mais ênfase na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França, em 1789, em seu art. XVI, *in verbis*: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”. (DALLARI, 2016, p. 216).

Desta forma, a distinção entre as funções estatais, hodiernamente conhecida como tripartição de poderes, surgiu com intuito de assegurar as liberdades individuais (PIÇARRA, 1989, p. 248), ante o risco do seu exercício abusivo. Logo, a separação dos poderes com tal intuito passou a refletir em todo o movimento constitucionalista e, somente anos depois, convertida em uma teoria com os moldes do atual princípio da separação dos poderes.

1.2. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Sabe-se que o intuito de Montesquieu era afastar os governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas. Para isso, estabeleceu-se a autonomia e os limites para cada um dos poderes, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Dessa forma, surge a ideia do controle de um poder sobre o outro, mantendo cada poder sua autonomia e exercendo determinada função. (FALCÃO, 2020).

Por conseguinte, no contexto de elaboração da Constituição Norte-americana, Hamilton, Madison e Jay, num dos artigos de “O Federalista”, escreveram: “A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, automeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria definição de tirania”. (HAMILTON; JAY; MADISON, 1788).

Sendo assim, tendo como base os ensinamentos de Montesquieu, posteriormente aprimorada por Hamilton, Madison e Jay, nasce o sistema denominado de freios e contrapesos, ou *Checks and Balances System*, conceituado por Barbosa e Saracho:

O sistema de freios e contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, de modo que cada poder possui autonomia para exercer sua função, embora seja controlado por outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer um deles. Desta forma, embora cada poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes. (BARBOSA; SARACHO, 2018)

Entretanto, a construção doutrinária conhecida como sistema de freios e contrapesos se deve ao sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, haja vista sua associação à ideia de Estado Democrático. (DALLARI, 2016, p. 217).

Através da teoria dos freios e contrapesos, há uma divisão dos atos praticados pelo Estado, podendo ser atos gerais ou especiais. Os atos gerais só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistindo apenas na emissão de regras gerais e abstratas, portanto este poder não atua concretamente na vida social. Somente depois de emitida a norma geral é que o poder executivo poderá atuar mediante atos especiais, adentrando em meios concretos de ação, embora tenha seus atos limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. Finalmente, o poder judiciário atua como fiscalizador dos limites de competência dos outros poderes. (DALLARI, 2016, p. 217).

Posto isso, o poder legislativo, por não atuar na vida social, não terá meios para cometer abusos de poder. Ao passo que o poder executivo acaba por exercer seus atos limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo, de modo que também é impossibilitado de atuar discricionariamente. (DALLARI, 2016, p. 217).

Assim sendo, a separação de poderes, junto ao *Checks and Balances System*, acabam em perfeita sintonia com o Estado Democrático de Direito, tendo em vista a limitação dos poderes, ao passo que assegura a plena liberdade política dos indivíduos e dos direitos das minorias. De igual maneira, possibilita a formação do Estado de Direito, na medida em que ele previne o abuso governamental, tendo em vista que submete governantes e governados às regras e aos procedimentos legais. (BARBOSA; SARACHO, 2018).

1.3. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

No Brasil, a teoria da separação dos poderes constitui fundamento do Estado Democrático de Direito e vem expresso no artigo 2º, da CRFB/88, ao estabelecer que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) consolida o principal objetivo dessa teoria:

EMENTA: (...). A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2.º da Carta Política, não pode constituir e nem se qualificar como um inaceitável manto protetor de

comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. (...) O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem de neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos de soberania nacional (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, DJ de 12.05.2000).

Desta forma, tal teoria, que pressupõe a desconcentração do poder, tem como intuito primário a coibição do desrespeito aos direitos fundamentais, além de delinear mecanismos de controle a fim de garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito. Assim, leciona Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito (MORAES, 2021, p. 491)

No que concerne à separação tripartite dos poderes, Dirley da Cunha Junior conceitua que estes devem ser desempenhados por organizações diferentes, cada qual com suas atribuições e poderes, não devendo um interferir no outro:

[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico. pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes. (CUNHA JUNIOR, 2010, p. 514).

Em suma, cabe ao Poder Legislativo a elaboração das leis e fiscalização das ações do governo federal e das entidades da Administração, sendo representado pelo Senado Federal e Câmara dos deputados à nível federal, assim como pelas Assembleias Legislativas estaduais e Câmara dos Vereadores no âmbito estadual, distrital e municipal, respectivamente. Já o Poder Executivo tem como função precípua governar o povo e administrar os interesses públicos, de acordo com a legislação, ficando à cargo do presidente, governadores e prefeitos, nos âmbitos federal, estadual e municipal, respectivamente. E ao Poder Judiciário, cabe a aplicação das leis aos casos concretos, sob responsabilidade do STF e STJ à nível nacional e Tribunais Estaduais no âmbito estadual, além de contar com a Justiça Federal e demais órgãos da justiça especial.

Entretanto, tendo em vista o rol extenso de direitos e garantias inscritos na CRFB/88, bem como a evolução histórica e social dos Estados modernos, culminou-se em uma maior intersecção entre os poderes supracitados. O doutrinador José Afonso da Silva destaca:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário (...). (SILVA, 2017, p. 111).

Deste modo, diversas críticas decorrem da teoria da separação dos poderes. A primeira, reside no fato de que tal sistema tripartite é meramente formalista, ou seja, jamais fora aplicado. (DALLARI, 2016, p. 217). Complementa Dalmo de Abreu Dallari:

A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpretação. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação. (DALLARI, 2016, p. 217).

Outra crítica em relação à tripartição de poderes, é que esta teoria não cumpriu com sua finalidade precípua, quer seja, assegurar a liberdade individual ou o caráter democrático do Estado. (DALLARI, 2016, p. 218).

Entretanto, as críticas mais recentes concentram-se no fato de que a teoria da separação dos poderes fora delineada num momento histórico em que o objetivo principal era limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Entretanto, a sociedade evoluiu, ao passo que novas exigências foram criadas e a atuação do Estado passou a ser solicitada, ampliando e intensificando sua participação em diversas áreas, de modo que "impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes". (DALLARI, 2016, p. 218).

Desta feita, no âmbito da CRFB/88, o legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os poderes, sem, contudo, caracterizá-las com exclusividade absoluta. Posto isso, interpreta-se que cada poder possui uma função predominante, embora detenha outras funções previstas no texto constitucional, de tal modo que é revestido de certa liberdade. Nesse caso, não se chega a ferir o princípio constitucional da separação dos poderes. São as chamadas funções típicas e atípicas. (MORAES, 2021, p. 496)

O Poder Legislativo tem como funções típicas aquelas legislativas, no tocante à elaboração das normas jurídicas, além de fiscalizadora¹, atuando na fiscalização contábil,

¹ Art. 70, caput, da CRFB/88: A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das

financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Dentre as funções atípicas, a primeira decorre de natureza executiva, devendo dispor sobre sua organização, além de prover cargos, conceder férias, promoções e licenças aos seus servidores, enquanto a segunda decorre de natureza jurisdicional, haja vista ser competência do Senado Federal realizar o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade².

Já o Poder Executivo tem como função típica a prática de atos de chefia de Estado e de governo, além de administrar o país. Entre as funções atípicas, reside a natureza legislativa, como ocorre na adoção das medidas provisórias, com força de lei, por parte do Presidente da República, descrito no art. 62, da CRFB/88. Outra função atípica é de natureza jurisdicional, quando o Poder Executivo julga processos administrativos.

Por conseguinte, o Poder Judiciário tem a função jurisdicional como típica, devendo julgar, utilizando-se da lei no caso concreto a fim de dirimir conflitos e dizer o direito em cada caso. E, assim como os demais Poderes do Estado, possui funções atípicas, que neste caso é de natureza legislativa³, como ocorre com a elaboração do regimento interno de seus tribunais, como também possui natureza executiva⁴, ao conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários.

Dito isto, é necessário que se compreenda que um Estado Democrático de Direito não existirá sem a presença dos Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, além da previsão dos direitos fundamentais, bem como os devidos instrumentos a fim de que haja fiscalização e continuidade de tais requisitos. Tendo em vista que todos estes temas estão interligados, caso algum deles decaia, poderá suceder na supressão dos demais, possibilitando o retorno do arbítrio e da ditadura. (MORAES, 2021, p. 496)

Entretanto, apesar da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes ter como intuito a proteção da liberdade individual, no Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer fiel quanto à ideia de tripartição

subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

² Artigo 52, inciso I, da CRFB/99: Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

³ Artigo 96, inciso I, alíneas "a", da CRFB/88: Compete privativamente aos tribunais: eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

⁴ Artigo 96, inciso I, alíneas "f", da CRFB/88: Compete privativamente aos tribunais: conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

de poderes, entende-se que não deve ser interpretada com rigidez, isso pois deve haver separação das funções estatais por meio de um mecanismo de controles recíprocos, denominado freios e contrapesos. (MORAES, 2021, p. 496). Alexandre de Moraes ainda complementa:

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-s, e pelo respeito aos direitos fundamentais. A estes órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhe autonomia e independência. (MORAES, 2021, p. 495).

Faz-se imprescindível que a atuação dos poderes se balize pelo princípio da separação dos três poderes a fim de que a ordem seja mantida, fundamento do Estado Democrático de Direito, além de sua organização política, em que pese a necessidade de ajustes, haja vista a evolução da aplicação do direito. (ZERBINATI, 2022).

CAPÍTULO 2 – ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO: CRITÉRIOS PRELIMINARES

Resta imprescindível traçar um breve histórico acerca da evolução do Poder Judiciário a fim de se compreender as devidas transformações em seu perfil de atuação, culminando na ampliação e intensificação de suas atividades.

No modelo absolutista, o Poder Judiciário constituía apenas um órgão de vontade do soberano, sendo este o último ponto de legitimação de qualquer ação dos juízes, de modo que não se cogitava, à época, a independência judicial. Deste modo, a separação de poderes delineada por Montesquieu não guardava relação com a ideia de Estado Constitucional contemporâneo. Sendo assim, tanto o movimento iluminista, como as críticas ao absolutismo, se tornaram essenciais para que se esboçasse a independência do Poder Judiciário. (ABBOUD, 2020, p. 426).

Com a Revolução Francesa, novas ideias foram concretizadas nos textos constitucionais e legais, como dispõe John Gilissen:

A Revolução Francesa constitui um facto capital na história do direito dos países da Europa ocidental; só a Grã-Bretanha escapou, em larga medida, às suas repercussões no campo jurídico. As ideias políticas, filosóficas, econômicas e sociais do séc. XVIII foram concretizadas na legislação revolucionária a partir de 1789, sobrevivendo aos diferentes regimes políticos que a França conheceu aos finais do séc. XVIII e início do séc. XIX e tornando-se um fundo comum do direito dos países da Europa continental. (GILISSEN, 2003, p. 413).

Tal Revolução marcou o processo de codificação, tendo como principal referência a França, com o código napoleônico, seguido pelos demais direitos europeus. Foi nesse momento

que se institucionalizou o Estado Liberal, trazendo consigo um direito individualista, regido pelos valores da validade, ordem, impositividade e legalidade. A teoria do positivismo legalista era largamente dominante na França e em diversos países, tendo como princípio a lei como sendo a única fonte de direito, fruto da verdade absoluta, apesar de incapaz de garantir todas as necessidades da sociedade. (NEVES, 2022, p. 31).

Deste modo, a Revolução Francesa constituiu o marco necessário que deu início ao movimento constitucional do séc. XIX, que levou o Poder Judiciário a se transformar em um terceiro poder independente. Nesse sentido, explica Georges Abboud:

O contratualismo, que alçou o cidadão a parte na legitimação da construção do político, junto com a Revolução Francesa e a substituição do Monarca pela lei abstrata produzida pelo Poder Legislativo, constituem a principal tríade que minou o modelo absolutista em direção ao rule of law em que o Poder Judiciário é visto como um poder independente ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo. (ABBOUD, 2020, p. 427).

A igualdade formal e a abstenção no tocante às questões sociais difundidas no Estado Liberal, culminaram na Revolução Industrial, haja vista as condições desumanas em que a classe trabalhadora era submetida, além de ter dado azo à Revolução Russa de 1917, que tinha como pressuposto a organização dos trabalhadores objetivando a resistência à exploração. É nesse contexto que surge o Estado Social, de modo que a liberdade individual passa a conhecer certas restrições, objetivando a articulação destes junto aos direitos sociais.

Já o período posterior à Segunda Guerra Mundial foi um marco imprescindível para o direito em todo o mundo, momento em que o Poder Judiciário obteve especial destaque. Neste momento houve a inclusão de dois elementos centrais: reconhecimento da força normativa da Constituição e de seu caráter prospectivo, que condiciona materialmente a legalidade, bem como a incorporação de novas garantias, novos direitos aos cidadãos, com seus respectivos meios (instrumentos) assecuratórios. (TASSINARI, 2012, p. 29 e 30). Há outra disposição nesse mesmo sentido:

O especial destaque que o Poder Judiciário adquiriu na tradição continental desde o século XX possui razões históricas e políticas. No período pós-guerra, na segunda metade do século XX, os Estados editaram novos textos constitucionais, repletos de direitos fundamentais (Grundrecht) revestidos de força normativa, conformando uma reserva de mínimo existencial que impõe aos Poderes Públicos deveres negativos e positivos. Com efeito, o Estado, para além de respeitá-los, deveria concretizá-los mediante comportamentos positivos. Essa associação intrínseca entre Poder Público e direitos fundamentais constitui um dos pilares das democracias constitucionais contemporâneas. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 2)

Logo, somente no pós-guerra é que a Constituição adquire normatividade em sua plenitude, deixando de contemplar somente o processo de elaboração das leis, passando a consagrar os direitos fundamentais. (ABBOUD, 2020, p. 1371).

Apesar do movimento constitucionalizante, engendrado na Europa com o pós-Segunda Guerra Mundial e amplamente absorvido ao redor do mundo, cumpre ressaltar que os países da América Latina vivenciaram um entrave no que concerne às evoluções supramencionadas, tendo em vista os diversos golpes ditatoriais sofridos, tais quais: Brasil, em 1964; Argentina, em 1966; Chile, em 1973; Uruguai, em 1973; Colômbia, em 1953. (TASSINARI, 2012, p. 30).

Desta feita, apenas com o advento da CRFB/88, considerada um produto tardio do pós-Guerra, é que se instituiu um verdadeiro Estado Democrático de Direito, marcando o fortalecimento da jurisdição constitucional, caracterizado pela promessa de inclusão social, para qual o Poder Judiciário exerce papel imprescindível. A despeito do alegado, Georges Abboud dispõe:

Num cenário como esse - regido por uma Constituição de intuito transformador, contéuda de um rol vasto de direitos, reguladora do Estado e da sociedade e guardada por uma jurisdição constitucional apta a enfrentar qualquer dos demais Poderes para assegurar o cumprimento das promessas constitucionais - é, em certa medida, natural que uma gama maior de questões seja judicializada, principalmente quando se acresce ao quanto posto o processo de massificação da sociedade. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 2)

Diversas circunstâncias provocaram a ascensão do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional em todo o mundo, principalmente, com o final da guerra, a consolidação do ideal democrático e a centralidade dos direitos fundamentais, simultaneamente.

De maneira simultânea, a sociedade contemporânea passa a caracterizar um aumento da complexidade das relações sociais. Clarisse Von Oertzen de Araújo dispõe:

É notável, ao longo da História do Direito, a evolução e mudança das características de uma ordenação estatal, com a crescente esfera de atividades sociais, políticas, econômicas, religiosas e éticas, com as quais a regulação jurídica passa a se relacionar nos Estados de Direito, notadamente a partir do séc. XX. quanto mais cresce essa interação, maior a complexidade das atividades envolvidas e a imprevisibilidade dos desfechos, deflagrados em fluxos atuais e futuros de relações jurídicas. (ARAÚJO, 2017, p. 13)

Essa sociedade hiper complexa deriva dos processos tecnológicos e aprimoramento dos meios de comunicação, de modo que passa a exigir uma nova racionalidade jurídica a fim de solucionar casos que prescindem de um raciocínio que se sobrepõe à norma. Tendo isso em vista, o Estado e o Direito passam a buscar adaptações ao mundo pós-moderno, diante da necessidade de abandonar os seus "padrões teóricos dos séculos XVII, XVIII e XIX". (BODNAR, 2016, p. 1336)

Diante dessa complexidade da vida moderna, potencializada pela diversidade e pelo pluralismo, decorreu-se uma crise da lei e aumento da indeterminação do direito, ao passo que aos juízes e tribunais transferiu-se maiores competências decisórias, tendo como consequência

primária o uso de valorações próprias diante de situações concretas da vida. (BARROSO, 2015, p. 32).

Somando a expansão dessa complexidade social, junto ao declínio da utilização de estruturas não jurídicas para a resolução de conflitos, observa-se o fortalecimento do que se denomina ativismo judicial, haja vista a faculdade de atender às novas exigências sociais e pautas axiológicas. (NEVES, 2022, p. 19).

2.1. JUDICIALIZAÇÃO: ORIGEM E CONCEITOS

Antes de adentrarmos à prática denominada ativismo judicial, faz-se imprescindível delinear o fenômeno da judicialização, haja vista a confusão relativa aos termos, além de, muitas vezes, serem utilizados como sinônimos, apesar de tratar-se de fenômenos distintos e que não devem ser confundidos.

De acordo com Barroso, algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, que não pelo Poder Legislativo e Poder Executivo. É o que se denomina o fenômeno da judicialização, que, segundo o doutrinador, “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. (BARROSO, 2009, p. 12).

O autor ainda discorre as três causas que culminaram no fenômeno no Brasil, tais quais:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988 [...]. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. [...] A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. (BARROSO, 2009, p. 12-13).

Não há como negar que a judicialização seja produto das transformações ocorridas no sistema normativo após o advento da CRFB/88, isso pois a passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito marca o deslocamento do pólo de tensão do Poder Executivo para o Poder Judiciário. (MANDARINO; FREITAS, 2015, p. 351).

Em um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário vincula-se às políticas estatais através da prerrogativa do controle de constitucionalidade das políticas públicas. Em consequência disso, dá-se ensejo à judicialização da política. Desta forma, através da ineficácia da efetivação das políticas públicas, os indivíduos passam a recorrer ao judiciário em uma tentativa de garantia de acesso aos seus direitos. Em decorrência dessa circunstância, há

aumento gradual de demandas recaindo ao judiciário, causando a judicialização de diversos temas. (NEVES, 2022, p. 26).

Em síntese, a judicialização é um fenômeno social causado pela existência de amplo catálogo de direitos ao mesmo tempo que há baixa concretização desses mesmos direitos. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 2).

Sendo assim, tal fenômeno decorre mais do aumento de demandas, em razão da maior consagração de direitos constitucionais e anseios populares, do que um modelo de jurisdição fortalecido. De tal forma que por ser uma questão social, tal fenômeno não depende de desejo ou vontade do órgão juridicamente, mas de fatores exógenos à jurisdição, tais quais: inicia com o amplo reconhecimento de direitos sociais, passa pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade. (MANDARINO; FREITAS, 2015, p. 351). A autora Clarissa Tassinari discorre nesse sentido:

É possível perceber, portanto, que a judicialização é mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, dasaguam no Judiciário; do que uma postura a ser identificada como positiva ou negativa. Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido.

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – características de sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos. (TASSINARI, 2013, p. 32).

Muito embora os conceitos de ativismo judicial e judicialização estejam correlacionados, tendo em vista que versam sobre a atuação do poder judiciário, as expressões não devem ser confundidas, como veremos a seguir.

2.2. ATIVISMO JUDICIAL: ORIGEM E CONCEITO

No que diz respeito à origem do ativismo judicial, prevalece o entendimento de que a legitimação e consolidação deste fenômeno, enquanto instituto jurídico, remonta à jurisprudência norte-americana, tendo, inicialmente, uma natureza conservadora, como ensina Barroso:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no

confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). (BARROSO, 2009, p. 14).

Entretanto, utilizou-se o termo “judicial activism”, pela primeira vez, através de uma matéria na revista *Fortune*, de autoria do historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr., ao se referir à capacidade do juiz de atuar afirmativamente na promoção do bem-estar social. (NEVES, 2022, p. 22). Renan do Rêgo Silva Pacheco alega que:

O termo ativismo judicial, porém, só foi incorporado ao cenário jurídico, político e popular, após o historiador Arthur Schlesinger Jr. utilizá-lo em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*. Neste texto, o autor classificou alguns dos juízes da Suprema Corte como ativistas judiciais, pois em sua visão eram os juízes que atuavam de forma proativa na efetivação do estado de bem-estar social. Em contraponto, porém, outros juízes foram classificados como “campeões do autocomedimento”, por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. (PACHECO, 2017, p. 20)

No Brasil, somente após a promulgação da CRFB/88 é que se disseminou a expressão ativismo judicial, bem como sua temática. Isso se deve à ampliação do rol de direitos e garantias do cidadão, causando um aumento exponencial da procura pelos tribunais, em razão da execução ineficiente das políticas sociais. Ou seja, temas que deveriam ser tratados pela esfera legislativa e política, passaram a ser cobrados pela sociedade na esfera judiciária. (NEVES, 2022, p. 23). Sendo assim, o Poder Judiciário passa a desempenhar “um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados”. (BODNAR, 2016, p. 1348-1349).

Desta feita, ante o protagonismo do Poder Judiciário em face dos Poderes Legislativo e Executivo, Barroso discorre que “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.”. (BARROSO, 2009, p. 14). Ainda dispõe que:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 14).

Já o autor Elival da Silva Ramos complementa que o ativismo judicial surge como fenômeno que possui diversos entendimentos: a) como decorrência do exercício do poder de revisar atos dos outros poderes (controle de constitucionalidade); b) como sinônimo de maior interferência do judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste ponto, entraria em conflito com o conceito de judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato

decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador. Há quem diga ainda a prevalência de mais dois elementos para a configuração do ativismo judicial: existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito. (RAMOS, 2010).

Resumidamente, o ativismo passa a ser considerado um problema de interpretação ou aplicação do direito, ou seja, no âmbito da realização da atividade jurisdicional é observado certo desvio, ao passo que substitui o direito por critérios decisórios extrajurídicos. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 3). Georges Abboud conceitua o ativismo como sendo:

[...] toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo. (ABBOUD, 2020, p. 1371).

Enquanto Clarissa Tassinari apresenta que nos julgamentos em que se observa tal fenômeno ativista, estes não são pautados por elementos jurídicos e sim na vontade do julgador. Segundo ela:

Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação do Direito. Vale dizer: é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constituem a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação? Definitivamente, nos filiamos à segunda possibilidade de retratação teórica do problema, o que ficará claro no decorrer da exposição. (TASSINARI, 2013, p. 56).

Antoine Garapon também entende ser o ativismo judicial atrelado à vontade do juiz quando dispõe: “O ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social”. (GARAPON, 1999, p. 56).

Apesar do fenômeno do ativismo não se confundir com a judicialização, ambos se relacionam, uma vez que as transformações político-jurídicas que ocasionaram a judicialização, também acarretaram a expansão do ativismo. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 3). Além disso, ambos versam sobre a atuação do Poder Judiciário no tocante à extrapolação dos limites de sua competência. Entretanto, tais fenômenos não possuem as mesmas origens, como delineado acima, tampouco os mesmos conceitos. (BARROSO, 2009, p. 14).

Enquanto a judicialização é uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado no contexto brasileiro, não um exercício deliberado de vontade política, o ativismo judicial apresenta-se como uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a CRFB/88, decorrendo na expansão do seu sentido e alcance. (BARROSO, 2009, p. 14).

Abboud, Fernandes e Santos diferenciam o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial da seguinte maneira:

[...] o ativismo é um acontecimento cuja causa direta e imediata é um modo específico de decidir por parte dos juízes. Cuida-se de um fenômeno cujo início e eventual fim dependem única e exclusivamente do Judiciário, apesar de poder ser incentivado por outros atores. A judicialização, de outra parte, não nasce da postura dos juízes, mas de uma série de fatores histórico-sociais que independem da sua vontade. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 3).

Percebe-se que o ativismo judicial constitui um fenômeno jurídico complexo, embora delimite-se em uma atividade proativa do juiz, entretanto existem divergências acerca de tal fenômeno, uma vez que conflita com diversos princípios constitucionais, entre os quais encontra-se o princípio da separação dos três poderes.

2.3. ATIVISMO JUDICIAL E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Sem perder de vista a lição dos clássicos, como John Locke (séc. XVII) e Montesquieu (séc. XVIII), é preciso dizer que o séc. XX redimensionou a separação de poderes não apenas como a necessidade de as funções básicas do Estado estarem separadas entre diferentes órgãos, mas como a colaboração entre estas funções, com o intuito de promover “contenção de cada poder nas fronteiras de sua competência constitucional”. (BRITTO, 1981, p. 121).

Tais pensadores desenvolveram suas teorias entre os sécs. XVII e XVIII, de modo tais contextos históricos foram utilizados como pano de fundo, ao passo que não poderiam prever diversas questões relativas à organização do Estado que surgiram hodiernamente.

Não obstante tais fatos, é importante destacar que o princípio da separação dos poderes tornou-se um dogma constitucional desde o séc. XIX, de modo que a teoria de tripartição dos poderes elaborada por Montesquieu segue sendo protegida e priorizada por boa parte dos Estados Constitucionais espalhados pelo mundo, embora seja necessária uma relativização da teoria da separação dos poderes, a fim de que as demandas da sociedade contemporânea, possam ser atendidas. Neste contexto, dispõe Christine Oliveira Peter:

[...] no Estado constitucional diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora. (PETER, 2015, p. 71)

Apesar da tendência ao tratar as competências do Estado de forma setorizada, por meio de uma visão sistêmica e burocrática de organização estatal, é imprescindível que se observe o texto constitucional, limitando a atuação dos três poderes, sem ferir tal princípio que lhe concerne, embora seja indispensável à materialização dos direitos fundamentais, função

precípua da CRFB/88. (NASCIMENTO, 2021, p. 36). Nesse sentido, dispõe Christine Oliveira Peter:

A separação de poderes ganha, assim, nova perspectiva metódica, pois será informada pela tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais. (PETER, 2015, p. 72)

Em se tratando de ativismo judicial, normalmente surgem questões relacionadas às possíveis ofensas ao princípio da separação do poder. Isso decorre da posição mais ativista adotada pelo Poder Judiciário na atualidade, podendo vir a se confrontar com os demais poderes. (NEVES, 2022, p. 28).

Por óbvio que com as funções e responsabilidades acrescidas ao Poder Judiciário, na justiça constitucional (controle da legitimidade constitucional da legislação) e na justiça administrativa (controle do judiciário sobre a atividade administrativa do Estado), aliado às dificuldades enfrentadas pelo Legislativo e Executivo no contexto das transformações impostas pela sociedade hiper complexa, faz-se necessária certa relativização da tripartição clássica dos poderes. (NEVES, 2022, p. 28).

CAPÍTULO 3 – PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Com o advento da CRFB/88, junto ao fortalecimento da jurisdição constitucional, temas que seriam tradicionalmente tratados pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário, passaram a ser demandados pela sociedade junto ao Poder Judiciário, a fim de dar efetividade aos seus direitos sociais, frente à inércia dos órgãos competentes, sobretudo à garantia constitucional do direito à saúde. (COSTA; MOURA, 2021, p. 98).

Na seara da saúde, quando não atendidas as políticas públicas concernentes ao tema perante o Poder Público, tornou-se comum o cidadão se socorrer ao Poder Judiciário a fim de dirimir questões diversas, como o acesso aos medicamentos ou tratamentos médicos, atuando o Poder Judiciário a fim de efetivas prestações sociais comumente atinentes à administração. (NEVES, 2022, p. 48).

Sendo assim, antes de adentrarmos no âmbito de atuação do Poder Judiciário como instrumento de efetividade do direito à saúde, faz-se mister a exposição de breves apontamentos no tocante aos direitos sociais e previsões normativas relativas à saúde.

3.1. DIREITOS SOCIAIS

A CRFB/88 inova ao trazer um capítulo próprio abordando os direitos sociais (Capítulo II, do Título II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a ordem social (Título VIII), apesar de não haver uma radical separação, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. (SILVA, 2018, p. 287). Canotilho dispõe sobre tal pioneirismo no ordenamento jurídico brasileiro:

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 foi a primeira, na história constitucional brasileira, a prever um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais (Título II), em que, juntamente com os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e as regras de nacionalidade, foram também consagrados direitos sociais básicos e de caráter geral, bem como um extenso elenco de direitos dos trabalhadores, igualmente previsto no capítulo dos direitos sociais. Embora na evolução constitucional precedente já houvesse previsão de algumas normas versando sobre justiça social e mesmo de alguns direitos sociais, foi apenas em 1988 que os direitos sociais foram efetivamente positivados como autênticos direitos fundamentais, pelo menos de acordo com expressa previsão do texto constitucional. [...]. (CANOTILHO, 2018, p. 568)

O *caput* do art. 6º demonstra quais são os conteúdos atinentes à ordem social ao dizer serem direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Primeiramente, cumpre destacar que os direitos sociais integram os denominados direitos fundamentais, portanto tem como objetivo primário a promoção de melhoria às condições de vida dos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social. (MORAES, 2021, p. 261).

Entretanto, os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais que demandam uma atuação do Estado a fim de não permitir violações, aqueles têm como fundamento precípua o reconhecimento da desigualdade social, portanto exige do Estado prestações positivas para sua concretização. Para Robert Alexy, são tidos como direito às prestações materiais em sentido estrito, concretizados mediante políticas públicas. Para ele:

Direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. (ALEXY, 2008, p. 499).

Desse modo, há uma exigência em face do Estado a fim de que se preste políticas públicas, impondo-se ao Estado uma obrigação de fazer, ou seja, uma atuação positiva.

(NUNES; COUTINHO; LAZARI, 2015, p. 212). Sobre tal temática, Ingo Wolfgang Sarlet destaca:

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. (SARLET, p. 199)

Em se tratando de direito à prestação cabe, primeiramente, ao Poder Legislativo definir as metas prioritárias e a elaboração de políticas públicas, ao Executivo a proposta, a implementação e execução de tais políticas e, ao Judiciário, por sua vez, o controle da legalidade. (NUNES, 2020).

Desta feita, é imprescindível o diálogo entre os poderes públicos e a sociedade, objetivando a viabilização dos direitos sociais. Entretanto, se o Poder Legislativo for omissivo na regulamentação e definição das diretrizes, ou o Poder Executivo permanecer inerte na execução das políticas públicas, torna-se um ambiente propício para que ocorra a fiscalização e o controle judicial na efetivação dos direitos sociais, ensejando o protagonismo do Poder Judiciário na proteção de tais direitos supramencionados. (NUNES, 2020).

3.2. DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde é pressuposto indispensável para manutenção da vida, inerente a existência de todos os cidadãos, constituindo direito fundamental garantido em nossa Carta Magna, senão vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL, 1988).

Entretanto, somente a CRFB/88, em seu art. 6º⁵, reconheceu a saúde como direito social, incluindo-o no rol dos denominados direitos fundamentais da pessoa humana. Por ser o direito à saúde um desdobramento do direito à vida, não poderia deixar de ser considerado um direito fundamental do indivíduo (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021, p. 546).

Ao tratar sobre o direito à saúde, a CRFB/88 dispõe no art. 196 que:

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

⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Posto isso, verifica-se que o direito à saúde possui grande relevo no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista ser um dever constitucional que se impõe ao Poder Público e à sociedade de assegurar a todos a proteção à saúde. Além disso, resta proeminente a existência de dois princípios atinentes à temática: o princípio ao acesso universal e igualitário.

No que concerne ao princípio do acesso universal, subtende-se que os recursos e ações na área da saúde pública devem ser destinados ao ser humano enquanto gênero, não devendo se ater a um grupo específico. Já o princípio do acesso igualitário deve ser traduzido pela máxima de que pessoas na mesma situação devem receber atendimento igual, inclusive no tocante aos recursos dispendidos, bem como na realização de exames, consulta, entre outros. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021, p. 546).

À luz dos princípios supramencionados, além da saúde constituir direito fundamental social, resta indispensável a atuação positiva do Estado na implementação de políticas públicas a fim de tornar acessível o direito à saúde concernente a cada cidadão, tal qual dispõe o texto constitucional.

Nesse sentido está descrito o art. 197, da CRFB/88 que estatui ser “de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”.

Além disso, a CRFB/88 estabeleceu o modelo básico de organização e procedimento para realização do direito básico à saúde. Nos termos do art. 198, da CRFB/88, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da comunidade. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 359).

Posto isso, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi considerado o maior acontecimento na história da saúde pública no Brasil, regulamentado pela lei nº 8.080/90 e regido pelos princípios:

[...] princípios calcados em ética e solidariedade, para guiar o sistema: universalidade (todo cidadão brasileiro tem direito a usar os serviços do SUS); equidade (os serviços devem ser ofertados de acordo com a necessidade de cada cidadão/população, com justiça social); e integralidade (os serviços devem ter foco na prevenção de doenças, na promoção da saúde, na cura e na reabilitação, atendendo as necessidades de saúde da população como um todo. (SOLHA, 2014, p. 11)

Sendo assim, compete ao Sistema Único de Saúde (SUS), entre outras atribuições, tal qual dispõe o art. 200, da CRFB/88:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

No tocante à saúde e assistência pública, deve-se ressaltar a previsão constitucional da competência administrativa comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), além da competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF). Além disso, há previsão expressa de permissão aos Municípios para “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF). Ainda, prescreve também a descentralização político-administrativa do Sistema Único de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei nº 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei nº 8.080/1990). (MORAES, 2021, p. 951).

Diante o exposto, é cristalino o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado, quer seja: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Logo, é dever dos entes federados desenvolver políticas públicas sociais e econômicas, objetivando a redução do risco de doenças, a promoção, a proteção, bem como a recuperação da saúde.

3.3. ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

O direito à saúde, como direito fundamental social, depende de formulação e aplicação de políticas públicas a fim de se tornar efetivo, por este motivo, na hipótese de ineficiência na prestação de tal garantia pelos Poderes Legislativo e Executivo, passa a ser demandado frente ao Poder Judiciário. (NEVES, 2022, p. 51).

Neste cenário, há um ponto de conflito quando se infere que o Poder Judiciário encontra o seu limite de atuação, isso pois naturalmente as políticas públicas, no âmbito dos direitos

sociais, devem ser concretizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, por meio de leis, projetos, ações e diretrizes elaboradas, a fim de efetivar os direitos fundamentais. (COSTA; MOURA, 2021, p. 99).

Por outro lado, faz-se necessário reconhecer a importância do Poder Judiciário para a concretização dos preceitos constitucionais, em especial os relativos aos direitos fundamentais, haja vista lhe ser incumbido de trazer o equilíbrio ao sistema, impondo fiel observância do ordenamento jurídico. Aliado ao exposto, é importante rememorar o princípio do acesso ao judiciário, princípio este que a CRFB/88 consagrou em seu art. 5º, inc. XXXV, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”. (PEREIRA, 2015, p. 305).

Posto isso, é comumente reconhecido que apesar de não ser competência do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais, uma vez que o referido poder tem o dever de analisar as possíveis lesões a direitos, quando provocado. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 361).

Nestes termos, temos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, considerada um *leading case* em matéria de controle jurisdicional de políticas públicas, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, proferida em 29 de abril de 2004:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

No *leading case*, o Ministro Relator entende que embora as políticas públicas sociais devam ser desenvolvidas e concretizadas por meio da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, na hipótese desses poderes não cumprirem seus respectivos papéis, o Poder

Judiciário encontra respaldo para atuar na efetivação dos direitos sociais. Em sentido consonante, entende que:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Entretanto, a atuação do Poder Judiciário deve ocorrer em harmonia com os outros Poderes, de modo que um não usurpe a função do outro. Nesse sentido, Sampaio Júnior destaca que:

“[...] é cediço que os poderes Executivo e Legislativo possuem suas funções típicas delineadas em toda a Constituição e não deve o Poder Judiciário, de modo algum, sem qualquer tipo de instigação, querer resolver todos os problemas, principalmente os atinentes à legislação e à realização de políticas públicas como se fosse um salvador da pátria. Não é essa a função do Poder Judiciário e quando isso acontece estamos sim falando em arbitrariedade e isso também é inadmissível. Por outro lado, quando os outros Poderes, no exercício de suas funções típicas ou quaisquer outras, não obedecem aos comandos constitucionais, ao qual toda a atuação estatal está condicionada, deve necessariamente o Poder Judiciário, quando chamado para tal, analisar os atos e em caso de desconformidade com a Carta Magna, restabelecer os valores constitucionais, mesmo que para tanto acabe, de alguma forma, atuando em uma esfera política. (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 407).

Logo, em um caso concreto, o Poder Judiciário deve analisar as circunstâncias do caso a fim de verificar a omissão estatal. Em hipótese positiva, ou seja, quando a política pública estiver implementada, não haveria fundamento ou necessidade de que o Poder Judiciário interferisse em sua implementação. (PEREIRA, 2015, p. 305). Já em hipótese negativa, André Castro Carvalho dispõe que “na ausência de políticas que garantam efetivamente o direito à saúde, caberia a atuação do Poder Judiciário.”. (CARVALHO, 2010, p. 26).

Para Ada Pellegrini Grinover, deve haver limites à intervenção do Poder Judiciário no tocante às políticas públicas, por isso elenca critérios que justificam tal intervenção, a fim de que sejam redirecionados os rumos dessas políticas ou implementadas devidamente. Os critérios elencados como guias para que o Poder Judiciário possa intervir em políticas públicas são: a violação ao mínimo existencial, garantidor da dignidade dos indivíduos; a razoabilidade da pretensão individual ou social que se deduz em face do Poder Público, assim como a

irrazoabilidade do ato do agente público; e a reserva do possível, configurada pela disponibilidade financeira do Poder Público para efetivar direitos que demandam prestações positivas. (GRINOVER, 2010, p. 17).

No direito à saúde, Grinover traz um exemplo:

Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento ao maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público sem observância da reserva do possível. (GRINOVER, 2010, p. 25).

Posto isso, para que sejam coibidos os excessos na intervenção judicial em políticas públicas, o Poder Judiciário deve observar os limites acima indicados.

CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF FRENTE À TEMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DA COVID-19

4.1. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA COVID-19

A COVID-19 é uma doença infecciosa causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, identificada na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019. Com o aumento exponencial do contingente de infectados, bem como a presença do vírus em diversos países e regiões do mundo até atingir escala global, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou a pandemia de COVID-19.

Desta feita, a pandemia da COVID-19 gerou efeitos jurídico-administrativos, além de ter provocado alterações na dinâmica das relações sociais e políticas ao redor do globo, sobretudo na seara jurídica, uma vez que diversas medidas passaram a ser tomadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a fim de frear a disseminação do vírus e minimizar seus danos.

No Brasil, a pandemia levou à decretação do estado de calamidade pública no país, por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020, com efeitos até 31 de dezembro de 2020. A partir deste momento, os entes públicos passaram a adotar medidas extremas, dentre elas, medidas de distanciamento e isolamento social. O doutrinador Gilmar Ferreira Mendes complementa:

O complexo quadro institucional que se desenhou levou à implementação de medidas sanitárias até então pouco usuais, com impacto relevante na fruição de direitos fundamentais: obrigatoriedade do uso de máscaras, restrição à circulação de pessoas,

fechamento de comércio, de escolas, implementação de barreiras sanitárias etc. (MENDES, 2022, p. 348).

Quando há como pano de fundo momentos de crise, é de fundamental importância que se verifique o fortalecimento da União e a ampliação da cooperação entre os três Poderes, no âmbito de todos os entes federativos, sendo estes os instrumentos fundamentais e indispensáveis que devem ser utilizados em defesa do interesse público. Desta forma, no contexto pandêmico, é imprescindível a efetivação da proteção à saúde pública, além da implementação de medidas a fim de sustentar a manutenção das atividades concernentes ao Sistema Único de Saúde (SUS), observando o princípio da harmonia e independência entre os três poderes. (MORAES, 2021, p. 951).

Entretanto, mesmo antes da crise provocada pela pandemia da COVID-19, os Poderes Executivo e Legislativo já não se mostravam eficazes, principalmente no aspecto do direito à saúde, ao passo que tal direito passou a ter um crescente enfrentamento pelo Poder Judiciário. Não foi diferente na pandemia, assim evidenciando a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo no tocante à contenção da propagação do vírus.

Com a falta de liderança e atuação por parte do Poder Executivo, principalmente o federal, que demonstra vivenciar uma crise orgânica, uma vez que o Presidente da República se mantém afastado das instituições que compõem o Estado Democrático de Direito, aliado à morosidade do Poder Legislativo na edição de atos normativos capazes de conter a disseminação do vírus, o Poder Judiciário acabou assumindo o poder político de legislar e impelir medidas ao Executivo, diante da inércia no âmbito federal. Desta feita, a falta de liderança junto à expansão do vírus resultou em um Judiciário protagonista, vindo atuar em uma conduta ativista, garantindo a defesa dos direitos fundamentais. (TRAJANO; COSTA, 2021, p. 1370).

Nesse contexto, observou-se certa expansão contínua de poder do STF, haja vista o frequente chamamento aos conflitos relativos às políticas de saúde e resolução de conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo, bem como entre os entes federados. Tais decisões oficializaram-se por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Com intuito de publicizar e centralizar as diversas decisões proferidas pertinentes à COVID-19, criou-se um “Painel de Ações COVID-19”, por meio do qual é possível verificar

quantos processos relacionados à pandemia chegaram ao STF, bem como as decisões sobre o tema, facilitando o acesso às informações.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes dispõe:

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a arbitrar as medidas necessárias para a conformação da realidade econômica e social experimentada com a ordem jurídico-constitucional vigente. Segundo o “Painel de Ações da Covid-19”, o STF recebeu, até o mês de setembro de 2020, mais de 5.317 processos tratando da temática da pandemia, nos quais foram proferidas, entre decisões monocráticas e colegiadas, aproximadamente 5.846 manifestações da Corte. (MENDES, 2022, p. 348).

Sendo assim, faz-se imprescindível a análise das decisões proferidas pela referida Corte, uma vez que nenhum poder está autorizado a extrapolar as competências constitucionalmente fixadas, mesmo em períodos de crise. Logo, necessário se faz examinar o modo como o STF vem se portando diante das medidas tomadas pelos demais poderes no tocante ao combate à COVID-19, a fim de apurar se houve extrapolação das competências que lhe foram constitucionalmente atribuídas e, conseqüentemente, configuração de ativismo judicial. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 2/6).

4.1.1. ADI 6341

No início da pandemia de COVID-19, fora promulgada a Lei nº 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública em razão da doença. Nesse cenário, em 20 de março de 2020, o Presidente da República editou a Medida Provisória (MP) nº 926/2020, alterando a Lei nº 13.979/2020 em seu art. 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, para dispor sobre providências de política sanitária destinada ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

Entre as alterações previstas, a referida MP estabelece critérios para adoção de quarentena, isolamento, restrições de portos e aeroportos, e atribui competência ao Presidente da República para dispor sobre serviços públicos e atividades essenciais. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 7).

Apenas três dias após a edição da MP supramencionada, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) acionou o STF e interpôs a ADI 6.341/2020⁶, a fim de ser declarada a inconstitucionalidade das alterações previstas.

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de abril de 2020.

COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. (STF. Plenário. ADI 6341. Rel. Min. Marco Aurélio. 15/04/2020)

Sob a ótica da inconstitucionalidade formal, uma vez que as normas de cooperação entre os entes exigem Lei Complementar, como estipula o parágrafo único, art. 23, da CRFB/88, o partido autor da ADI defende não caber a edição da MP nesse contexto, por expressa vedação legal (art. 62, §1º, III, CRFB/88)⁷.

Por outro lado, compete ressaltar que, em se tratando de saúde pública, a CRFB/88 prevê expressamente em seu art. 23, incisos II e IX, a competência comum entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal para legislar sobre a matéria.

Logo, sob a ótica material, aponta-se a inconstitucionalidade da MP devido à subtração da competência administrativa comum dos Estados, Municípios e Distrito Federal para adotarem medidas de isolamento, quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos e interdição de serviços essenciais. Sendo assim, ao centralizar-se tal competência ao governo federal, haveria esvaziamento da responsabilidade constitucional dos demais entes federativos para cuidar da saúde e executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 23, II, CRFB/88), além de dirigir o sistema único (art. 198, I, CRFB/88). (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 7).

A ADI 6.341/2020 foi distribuída para o Ministro Marco Aurélio de Mello, tendo este acolhido parcialmente o pedido liminar para reconhecer a competência concorrente dos Estados, Municípios, Distrito Federal e União, sob o fundamento de que os dispositivos da MP não afastam a competência dos demais entes federativos para tomar providências administrativas e normativas. Tal decisão foi referendada, por unanimidade, pelo plenário do Tribunal. Na percepção de Alexandre de Moraes:

O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso é possível o afastamento unilateral das decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei nº 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como, por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato

⁷ Art. 62. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: III - reservada a lei complementar;

normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. (MORAES, 2021, p. 951).

Em seguida, o Presidente da República atribuiu a decisão como uma derrota, uma vez que reiteradamente alegou ter sido impossibilitado de agir no controle da pandemia da COVID-19, além de ter afirmado que “se estivesse coordenando a pandemia não teria morrido tanta gente”⁸. Em virtude de tais divergências interpretativas, passou-se a veicular nas redes sociais, de maneira enganosa, que o Supremo havia retirado os poderes do Governo Federal para atuar no enfrentamento da pandemia da COVID-19.

Depreende-se, da decisão em comento, que houve uma análise sob o mérito da medida, em controle concentrado, exercendo o STF sua função de guardião da CRFB/88, não tendo, portanto, esvaziado os poderes do Presidente da República, mas tão somente analisou se tais medidas estavam em consonância com o texto constitucional. Logo, ao reafirmar a competência concorrente dos entes federados para implementação de políticas de enfrentamento à crise sanitária dentro de suas esferas, o Tribunal apenas aplicou a CRFB/88 e regularizou um ato normativo que se opunha à lei maior. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 8).

Em consonância de entendimento, Gilmar Mendes pontua:

O Supremo Tribunal Federal, baseado no federalismo cooperativo que permeia nossa Constituição, afirmou a competência concorrente dos entes da Federação para implementar as medidas de contenção da pandemia e destacou a necessária articulação entre eles para o seu êxito. Garantiu-se aos Estados e Municípios a possibilidade de adoção de medidas restritivas, sem afastar a necessária e devida atuação da União, seja coordenando as ações dos outros entes, seja implementando políticas de contenção do vírus, especialmente em casos de interesse nacional. (MENDES; BRANCO, 2022, p. 348)

Sendo assim, quando do julgamento da ADI 6.341/2020, o Plenário do STF buscou apenas reafirmar que a competência legal sobre saúde pública é relativa a todos os entes federados, não tendo, portanto, restado qualquer brecha para interpretações dissonantes.

4.1.2. ADI 6351

Ainda nesse cenário, o Presidente da República editou a MP 928/2020, cujo art. 1º alterou a Lei 13.979/2020, inserindo o art. 6º-B na referida lei, que dispunha sobre o atendimento dos pedidos de acesso à informação ao longo do período de calamidade pública instaurado.

Tal medida suspendia os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação em órgãos que tinham estabelecido regime de quarentena, teletrabalho. Ainda determinou que os pedidos

⁸ Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/07/4940341-stf-reage-a-bolsonaro-e-diz-que-nao-proibiu-governo-de-agir-na-pandemia.html>

de acesso à informação pendentes de resposta fossem reiterados apenas ao fim do período de calamidade pública, negando a possibilidade de recurso contra negativas aos pedidos de informação. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 11).

Conseqüentemente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a ADI 6.351/2020⁹, apresentando o vício de inconstitucionalidade formal concernente à MP em questão, uma vez que não detinha os requisitos de relevância e urgência, conforme preceitua o art. 62 da CRFB/88, afrontando, portanto, a separação de poderes. Além disso, observou-se vício de inconstitucionalidade material, tendo em vista a limitação do direito à informação, à transparência e à publicidade. Tais vícios foram assim edificados:

Quanto ao vício formal, aduz que a Lei de Acesso à Informação - LAI (Lei 12.527/2011) já prevê, em seu art. 11, § 1º, II, disposição aplicável a um cenário de crise, o que rechaçaria o atropelamento do processo legislativo e a conseqüente edição de Medida Provisória sobre a matéria. Sustenta, ainda, carência da exposição de motivos em comprovar os requisitos do art. 62, *caput*, da CF. Materialmente, argumenta que, por (a) suspender os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação, (b) violar o devido processo legal ao impedir o conhecimento de recursos interpostos contra esta negativa de resposta, (c) impor ônus excessivo ao cidadão ao exigir a reiteração do pedido quando findo o estado de calamidade pública, e (d) existir meio menos gravoso já previsto em Lei (art. 11, § 1º, II, da LAI), a Medida Provisória cercearia os direitos constitucionais à informação, à transparência e à publicidade. Por fim, requer medida cautelar para suspender os efeitos do dispositivo impugnado.¹⁰

A ADI 6.351/2020 foi distribuída para o relator Ministro Alexandre de Moraes, que deferiu a medida cautelar, à qual foram apensadas outras duas ADIs 6.347 e 6.353, movidas pela Rede Sustentabilidade e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), determinando a suspensão dos efeitos do art. 6º-B da Lei 13.979/2020. Tal decisão foi referendada pelo plenário.

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, a CRFB/88 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a sociedade.

De acordo com o relator, por meio dos princípios constitucionais de publicidade e transparência, o Estado possui a obrigatoriedade de fornecer as informações solicitadas, sob

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.351. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 03 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.351. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 03 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

pena de responsabilização política, civil e criminal, ressalvadas as hipóteses constitucionais de sigilo.

Ainda, o ministro ponderou que não foram estabelecidas situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, mas o contrário, havendo transformação da regra constitucional de publicidade e transparência em exceção.

Caracterizando-se uma inversão da finalidade da proteção constitucional ao livre acesso à informação, a MP editada pelo Poder Executivo fora acertadamente declarada inconstitucional, garantindo a efetividade de direitos fundamentais em conformidade com o inciso XXXIII, art. 5º, da CRFB/88, que consagra o direito de acesso à informação, além dos arts. 2º; 37, § 3º, II; 62, *caput*; e 216, § 2º, da CRFB/88.

4.1.3. ADPF 672

Também foram direcionadas à Corte discussões quanto à omissão do Estado no enfrentamento da COVID-19. Tal situação pode ser exemplificada na ADPF 672¹¹, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19.

Posto isso, tal medida constitucional, apresentada ao STF, visa que seja determinado ao Presidente da República: (i) o cumprimento do protocolo da OMS, replicado pelo Ministério da Saúde, no sentido da adoção de medidas de isolamento social; (ii) respeito às determinações dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração; (iii) a não interferência nas atividades dos técnicos do Ministério da Saúde, mantendo-se a continuidade da política orientada pelos parâmetros da OMS; (iv) que o Poder Executivo proceda à implementação imediata dos benefícios emergenciais para desempregados, trabalhadores autônomos e informais, bem como proceda à imediata inclusão das famílias que se encontram na fila de espera do programa Bolsa-Família, concedendo-se o prazo de 48 horas para o cumprimento.¹²

Ainda, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requereu a procedência do pedido de mérito, para: (i) determinar à Presidência da República se abstenha de adotar medidas de enfrentamento à pandemia do novo coronavírus (COVID-19) que contrariem as

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-bolsonaro-desestimular-protocolo.pdf>

orientações técnicas e sanitárias das autoridades nacionais (Ministério da Saúde) e internacionais (Organização Mundial da Saúde); (ii) assegurar a manutenção da medida de isolamento social enquanto seja considerada necessária pelas autoridades sanitárias responsáveis pela avaliação das condições de saúde no país; (iii) determinar a adoção de procedimentos céleres e desburocratizados para a implementação das medidas econômicas, especialmente destinadas à preservação do trabalho e da renda mínima dos setores mais vulneráveis, como é o caso dos trabalhadores autônomos e informais, bem como da população de baixa renda.¹³

Tais pedidos foram embasados em dois argumentos principais, quais sejam: a atuação, supostamente danosa do Presidente da República em relação às medidas de saúde e atuação tardia e, supostamente, ineficiente do Governo Federal em relação às medidas econômicas. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 9).

Sendo assim, a ADPF 672 foi distribuída para o Ministro Alexandre de Moraes que concedeu parcialmente a medida cautelar a fim de reconhecer e assegurar o exercício da competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no combate à COVID-19, assegurando-lhes a adoção e manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios. Inicialmente, o Ministro esclarece que:

Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. Lamentavelmente, contudo, na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade.¹⁴

Além disso, considerou-se que, à época, existia uma ameaça iminente e incontestável no tocante ao funcionamento das políticas públicas que visam a proteção da vida, saúde e bem-estar da população. Ao passo que tal crise supramencionada exige, de todos os níveis do

¹³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-bolsonaro-desestimular-protocolo.pdf>

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do SUS.

Já no que diz respeito à competência do Poder Judiciário, o Ministro Alexandre de Moraes entende que não cabe ao judiciário substituir o juízo discricionário do Poder Executivo e determinar que o Presidente da República realize medidas administrativas específicas, uma vez que tal interferência pode ferir o princípio da separação dos poderes.

Por outro lado, tanto o caráter discricionário das medidas realizadas pelo Presidente da República, bem como de suas eventuais omissões, é passível de controle jurisdicional, uma vez que todos os agentes públicos estão vinculados ao império da lei, e a esse devem ser submetidos. Sendo assim, o Poder Judiciário deve fiscalizar e verificar se as medidas adotadas por outros poderes infringem os ordenamentos constitucionais. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 10). Nesse sentido, o ministro discorre:

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias.¹⁵

Posto isso, a medida cautelar foi parcialmente concedida para determinar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da CRFB/88 na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, além de reconhecer e assegurar o exercício da competência concorrente dos governos estaduais, distrital e suplementar dos governos municipais, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso necessário.

Mais uma vez, no caso concreto, o STF apenas preservou a competência dos entes federados, assegurados constitucionalmente, não havendo esvaziamento de poderes do chefe

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

do Poder Executivo Federal ou criação de políticas públicas, mas tão somente a Corte conferindo força normativa à CRFB/88, combatendo abusos por parte do Poder Executivo. (ABBOUD; FERNANDES; SANTOS, 2020, p. 10).

4.1.4. ADPF 756

No início do ano de 2021, a cidade de Manaus, no estado do Amazonas, apresentou grave crise de saúde pública, uma vez que, à época, a cidade alcançou a marca de 2.221 internações em razão da COVID-19, elevando-se a média móvel em 183%, além de contabilizar mais de 219.999 pessoas infectadas e mais de 5.800 mortes.

Em decorrência do cenário supracitado, houve pedido de tutela provisória incidental na ADPF 756¹⁶ pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), sob o argumento de que as medidas preventivas adotadas até o momento do pedido eram incipientes, o que corroborou para o aumento do número de infectados e de internações, haja vista a falta de insumos básicos, como oxigênio hospitalar e mão de obra qualificada.

Nesta toada, sustentaram que o Poder Público, sobretudo o Governo Federal, não estaria cumprindo com o dever de efetivar direitos e garantias fundamentais, além de falhar na garantia do direito à vida, à saúde e dignidade da pessoa humana.

A ADPF 756 teve como relator o ministro Ricardo Lewandowski que determinou ao governo federal que disponibilizasse oxigênio e outros insumos necessários ao atendimento de pacientes internados nos hospitais de Manaus, capital do Amazonas, e que apresentasse à Corte, no prazo de 48 horas, um plano detalhado, a ser atualizado a cada dois dias, com estratégias de enfrentamento da situação de emergência no estado em razão da pandemia da COVID-19.¹⁷ O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada, conforme ementa a seguir:

EMENTA: DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES E PERIGO DE DANO PELA DEMORA CONFIGURADO. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. SERÍSSIMA CRISE SANITÁRIA INSTALADA EM MANAUS. FALTA DE OXIGÊNIO E OUTROS INSUMOS MÉDICO-HOSPITALARES. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE DE PLANO COMPREENSIVO E DETALHADO. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO. I - Plausibilidade das alegações dos requerentes quanto à caótica situação sanitária instalada no sistema de saúde de Manaus, capital do Estado de Amazonas, que está a exigir uma pronta, enérgica e eficaz intervenção por parte das autoridades sanitárias dos três níveis político-administrativos da Federação, particularmente da União. II -

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de março de 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf756amazonas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458724&ori=1>

Em situações como esta sob análise, marcada por incertezas quanto às medidas mais apropriadas para o enfrentamento da pandemia, incumbe ao Supremo Tribunal Federal exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência às ações e omissões de outros Poderes da República de maneira a garantir a integral observância dos ditames constitucionais, na espécie, daqueles dizem respeito à proteção da vida e da saúde. III – Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para determinar ao Governo Federal que: (i) promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional. (STF - ADPF: 756 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 22/03/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/03/2021)

Diante da gravíssima crise de saúde pública decorrente em Manaus, passou a ser necessária uma intervenção das autoridades sanitárias dos três níveis políticos da Federação, em particular da União. Isso se deve ao “federalismo cooperativo”, ou “federalismo de integração”, no qual se observa uma interligação de competências entre os diferentes níveis governamentais, que encontra expressão na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a “proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII, CRFB/88), bem como na competência comum a todos os entes para “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II, CRFB/88).

Entretanto, tal compartilhamento de competências dos entes federados no tocante à saúde não eximia a União de exercer sua competência de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas [...]” (art. 21, XVIII, CRFB/88).

Sendo assim, levando em conta a situação de enfrentamento da pandemia, o ministro entendeu que se fazia necessária a intervenção do STF para sanar as omissões que estavam sendo cometidas pelos demais poderes da República, a fim de garantir o direito à saúde e a proteção à vida. Logo, sabendo que, como regra geral, a atuação de juízes em seara de atuação privativa do Poder Legislativo ou do Poder Executivo ameace o princípio da separação dos poderes, Ricardo Lewandowski entendeu que, em se tratando de uma situação excepcional, cabia ao Poder Judiciário determinar a adoção das medidas necessárias pela Administração Pública. (NEVES, 2022, p. 50). Ainda, complementa:

[...] o Supremo Tribunal Federal já entendeu, com esteio na supremacia da dignidade da pessoa humana, que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais” (RE 592.581/RS, de minha relatoria,

grifei), de modo que não se poderia opor à decisão judicial o argumento da reserva do possível ou o princípio da separação dos poderes. [...] Com isso não se quer dizer que os integrantes do Judiciário possam transmudar-se em verdadeiros administradores públicos, intervindo, quando provocados, ou mesmo de ofício, em todas as situações potencialmente vulneradoras de direitos fundamentais. Longe disso: ao julgador só cabe atuar naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte de autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Digo isso porque não se quer aqui assentar que o Judiciário - no caso, representado por esta Suprema Corte - possa implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete “impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada”.¹⁸

Diante disso, determinou-se que o Governo Federal promovesse todas as ações ao seu alcance para combater a crise sanitária em comento, fornecendo oxigênio e outros insumos médico-hospitalares aos estabelecimentos de saúde locais, não obstante a atuação das autoridades estaduais e municipais conforme seus respectivas competências; apresentasse um plano acerca das estratégias que estavam sendo ou já haviam sido postas em prática, devendo atualizá-lo enquanto perdurasse a situação excepcional na cidade de Manaus.

No presente caso, o STF utilizou-se do seu poder contramajoritário, promovendo resistência às ações e omissões de outros poderes, a fim de garantir o integral cumprimento dos ditames constitucionais, sobretudo aqueles que dizem respeito à proteção da vida e da saúde.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de março de 2021, p. 11. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf756amazonas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo propôs-se analisar a atuação do Poder Judiciário, na figura do excelso pretório, no tocante à efetivação do direito constitucional à saúde ao longo do período excepcional causado pela pandemia da COVID-19. Tal trabalho justifica-se, principalmente, pelo grau de relevância e atualidade do tema, haja vista a promoção de amplo debate no meio acadêmico e nas mídias digitais.

O primeiro passo do trabalho foi delinear os aspectos históricos e evolutivos da teoria da separação dos poderes, observando a indispensabilidade da fixação destas atribuições, a fim de assegurar as liberdades individuais. Em seguida, como consequência à tripartição clássica de poderes, abordou-se o sistema de freios e contrapesos, que nada mais é do que o controle do poder pelo próprio poder, evitando diversos abusos em seu exercício. Ainda, buscou-se contextualizar tal teoria no cenário jurídico brasileiro, estabelecendo a essencialidade desses poderes, independentes e harmônicos entre si, para efetivação dos direitos fundamentais, embora certa intersecção entre os poderes supramencionados tenha sido necessária.

Seguidamente, delineou-se a evolução histórica e expansão do Poder Judiciário, ocasionando o fortalecimento do que se denomina ativismo judicial. Para tanto, se fez necessária a distinção entre a judicialização, um fenômeno de caráter objetivo decorrente de fatores históricos-sociais, e o ativismo judicial, que possui caráter subjetivo, uma vez que está atrelado à atuação proativa do magistrado. Conseqüentemente, no que concerne ao posicionamento ativista adotado pelo Poder Judiciário, constatou-se frequentes questionamentos acerca da ofensa ao princípio da separação dos poderes, embora com o aumento da complexidade atinente a sociedade contemporânea, delineada pelas dificuldades enfrentadas pelo Poder Executivo e Legislativo, concluiu ser necessária certa relativização da tripartição clássica dos poderes.

A terceira parte do trabalho consistiu na análise da atuação do Poder Judiciário, destacando sua importância no sentido de concretizar diversas prestações sociais relativas ao direito fundamental à saúde. Não obstante, no âmbito da CRFB/88, tanto a previsão dos direitos sociais, bem como do direito saúde, foram delineados por meio de uma abordagem conceitual e histórica, a fim de se atingir o objetivo do presente estudo, quer seja: o ativismo judicial no direito social à saúde. Posto isso, restou expresso que embora não seja competência do Poder Judiciário a elaboração de políticas públicas, faculdade atinente aos Poderes Executivo e Legislativo, compete ao primeiro poder a análise das possíveis lesões a direitos, quando devidamente provocado. Além disso, conforme jurisprudência consolidada, admite-se a

intervenção do Poder Judiciário nas esferas de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, quando verificada omissão ou ameaça a direito fundamental.

Já a última parte do trabalho consistiu na análise de algumas decisões proferidas pelo STF (ADI 6341; ADI 6351; ADPF 672; ADPF 756), durante o período excepcional causado pela pandemia da COVID-19, verificando se as competências atribuídas pela CRFB/88 foram extrapoladas com a consequente configuração do ativismo judicial.

A partir da análise supracitada, restou evidente que, com a crise gerada pela COVID-19, houve intensa judicialização das demandas atinentes ao direito à saúde, levando o Poder Judiciário a se posicionar sobre tais questões políticas.

Nas decisões analisadas anteriormente, percebe-se que o ativismo judicial não se configurou, uma vez que o STF somente atuou nos casos em que fora provocado, exercendo, portanto, o controle de constitucionalidade autorizado pela CRFB/88, além de conferir força normativa ao texto constitucional, suprimindo a ineficiência do Poder Executivo e morosidade do Poder Legislativo na edição de atos normativos eficazes no combate ao COVID-19.

Finalmente, compreendeu-se que uma vez caracterizada a omissão do poder público, possibilita-se a atuação do Poder Judiciário com vistas à proteção do direito lesado. Deste modo, ao longo do período pandêmico, as decisões proferidas pelo STF foram acertadas, tendo este se limitado à aplicação da CRFB/88, em harmonia ao princípio da separação de poderes, atuando no limiar de sua competência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ABBOUD, G.; FERNANDES, R. Y.; SANTOS, M. B. S. A. **Atuação do STF na pandemia do COVID-19. Fine line entre aplicação da Constituição Federal e Ativismo Judicial**. Revista dos tribunais online. v. 1020/2020, p. 1-17, out. 2020. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/10^o%20Edição/artigos/2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen. Contribuições do pragmatismo ao desenvolvimento das instituições. Revista *Duc In Altum – Cadernos de Direito*, v. 9, n. 17, 2017, p. 13. Disponível em: <https://revistas.faculadadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/463/412>. Acesso em: 4 out. 2022.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 23. Ed. Santana de Parnaíba-SP: Manole, 2021.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 12 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A commonlização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do Estado**. Revista *Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 21, n. 3, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v21n3.p1332-1351>. Acesso em: 20 set. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Teoria da divisão dos poderes: antecedentes históricos e principais aspectos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.102, 2007. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67747/70355>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.351**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 03 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de março de 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf756amazonas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **Separação dos poderes na Constituição brasileira**. Revista de Direito Público, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. **Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553602377. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>. Acesso em: 23 set. 2022.

COSTA, E. de G. .; SANTOS, S. O. dos; MEDEIROS, S. M. de .; MOURA, J. B. **Ativismo judicial e judicialização da saúde: impactos da pandemia de covid-19 no judiciário brasileiro**. Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 5, n. 1, p. 93–122, 2021. Disponível: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32174>. Acesso em: 23 set 2022.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4º ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FALCÃO, Thais Motta. **Os limites do ativismo judicial frente ao estado democrático de direito e à separação dos poderes**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/55466/os-limites-do-ativismo-judicial-frente-ao-estado-democrático-de-direito-e-separao-dos-poderes>. Acesso em: 12 ago. 2022.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito (São Bernardo do Campo. Online), v. 7, n. 7, 2010, p. 23.

Disponível:<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em: 13 set. 2022

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 347-360. Disponível em:<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MELLO, P. S.; RITA, V. S.; CÂMARA, M. A. A. **A judicialização da política no Brasil: os Desafios, os Limites na Atuação do Judiciário e a Defesa Dos Princípios Constitucionais**. Revista Âmbito Jurídico. 25 julho 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-182/a-judicializacao-da-politica-no-brasil-os-desafios-os-limites-na-atuacao-do-judiciario-e-a-defesa-dos-principios-constitucionais/>. Acesso em: Acesso em: 20 set. 2022.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620506. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620506/>. Acesso em: 23 set. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Muracho, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

NASCIMENTO, Júlia Câmara. **A separação dos poderes e o ativismo judicial**. Monografia em Direito - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2021. Disponível: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15744/1/J%c3%balia%20Nascimento%20RA%2021702266.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

NEVES, Flávia Soares de Sá. **O ativismo judicial e a efetividade do direito fundamental à saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/25871>. Acesso em: 20 set. 2022.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. **Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 208-222. Disponível: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 20 ago. 2022.

NUNES, Andréia R. Schneider. **Políticas públicas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/376/edicao-1/politicas-publicas>. Acesso em: 02 set. 2022.

PACHECO, Renan do Rêgo Silva. **Implicações do ativismo judicial no Brasil: Análise prática da criação do direito pelo poder judiciário**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/24458>. Acesso em: 20 set. 2022.

PELICIOLI, A. C. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 169, p. 21-30, jan/mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92742/Pelicioli%20Angela.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 01 ago. 2022.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 290-308. Disponível: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 20 set. 2022.

PETER, Christine Oliveira. Revista Brasileira de Políticas Públicas. **Do ativismo Judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 62-87. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3412/2685>. Acesso em: 20 ago. 2022.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. 1989.

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

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?** In: FELLET, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOLHA, Raphaela Karla de Toledo. **Saúde Coletiva para Iniciantes - Políticas e Práticas Profissionais**. 1º Ed. São Paulo: Editora Iátria, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte americana**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS. 2012. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em: 20 ago. 2022.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRAJANO, M. C. .; COSTA, A. V. M. **O direito à saúde em tempos de pandemia e o ativismo judicial**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.], v. 7, n. 12, p. 1362–1374, 2021. DOI: 10.51891/rease.v7i12.3579. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/3579>. Acesso em: 20 ago. 2022.

ZERBINATI, Denise Fabiane Martins. **Judicialização da política: atividade do Supremo Tribunal Federal no cenário da pandemia de covid-19**. Conteúdo Jurídico, Brasília – DF. Disponível: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58719/judicializacao-da-politica-atividade-do-supremo-tribunal-federal-no-cenrio-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 12 ago. 2022.