

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS

Andréia de Oliveira Berçocano

Presidente Prudente/SP
2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS

Andréia de Oliveira Berçocano

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP
2019

ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

GISELE CAVERSAN BELTRAMI MARCATO

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2019.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar quero agradecer a Deus por estar comigo sempre me ajudando a ser forte quando estou fraca.

Aos meus pais, meu alicerce de todos os dias, que me encorajaram a iniciar esta faculdade e a concluí-la. Não permitindo que eu desista com o extremo cansaço.

Para minhas filhas, pela compreensão de minha ausência e por compreender mesmo tão jovens que está faculdade é por elas!

Amo todos!

RESUMO

O presente estudo visa discutir, brevemente, as atuações dos órgãos dos poderes do Estado, compreendendo a separação dos poderes, expressamente, prevista na Constituição federal de 1988, para o fim de se analisar a observância das funções típicas, de cada um dos Poderes, possíveis desvios e as respectivas consequências jurídicas. Como questiona a crise do Poder Executivo e Legislativo e se isso leva a expansão atual do Judiciário. Analisando se está expansão se caracteriza um ativismo judicial ou judicialização. A pesquisa se valeu de abrangência teórica acerca das funções típicas, bem como as atípicas, teorias limitativas e aspectos legais para abordar seu tema central a atuação do Judiciário frente as internações compulsórias de pacientes para tratamento psiquiátrico

Palavras-chave: Função. Divisão de Poderes. Internação Compulsória. Ativismo Judicial. Direito à saúde e a liberdade.

ABSTRACT

The present study aims to discuss, briefly, the actions of the organs of State powers, including the separation of powers, expressly provided for in the Federal Constitution of 1988, in order to analyze the compliance with the typical functions of each of the Powers. Possible deviations and their legal consequences. How do you question the crisis of the Executive and Legislative Power and whether this leads to the current expansion of the judiciary. Analyzing whether this expansion is characterized by judicial activism or judicialization. The research was based on the theoretical scope of the typical functions, as well as the atypical, limiting theories and legal aspects to address its central theme the role of the judiciary facing compulsory hospitalizations of patients for psychiatric treatment.

Keyword: Function. Division of powers. Compulsory hospitalization. Judicial activism. Right to health and freedom.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FUNCIONALIDADE DOS PODERES DO ESTADO	12
2.1 Separação dos Poderes	12
2.2 Funções típicas e atípicas	15
2.3 O sistema de freios e contrapesos	22
2.4 Ilusão de todo o contexto	26
3 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO	28
3.1 Crises do Poder Legislativo e Executivo	28
3.2 A expansão do Poder Judiciário	32
3.3 Ativismo judicial versus judicialização da política	35
4 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA DO INDIVÍDUO ACOMETIDO POR TRANSTORNOS MENTAIS	42
4.1 Uma ponderação: Direito à liberdade x Direito à saúde	43
4.2 A internação compulsória: panorama geral	48
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa bibliográfica enfocou a compreensão da atuação do Judiciário, frente as internações compulsórias de pacientes usuários de multidrogas ou portadores de transtornos mentais, que não aderem ao tratamento por vontade própria. Para analisar a atuação do Judiciário foi necessário buscar sua atribuição descrita na Constituição Federal de 1988.

O primeiro capítulo, trouxe a delimitação das funções detalhas na Constituição Brasileira e a aplicabilidade na gestão de um Estado Democrático de Direito. Levantando aspectos teóricos, sobre a temática da separação dos poderes, funções típicas e atípicas e o sistema de freios e contrapesos.

No segundo capítulo, foi abordado o protagonismo do Poder Judiciário, esclarecendo sua atuação no contexto brasileiro na atualidade, pontuando sua expansão e o que levou o mesmo a assumir um papel, que não foi designado pelo legislador constituinte.

As implicações, desta expansão de atuação, para o Estado Democrático de Direito. Quanto as crises do Poder Legislativo e do Executivo, foram levantadas suas características típicas e o que está levando a referida crise de atuação, bem como se a responsabilidade na expansão atual na atuação do Judiciário. Questionando, com base na doutrina e no conceito da legalidade, se esta expansão se caracteriza como uma atuação de ativismo judicial.

No último capítulo, se discorreu de forma breve, sobre a intervenção do Estado na sociedade e na saúde do indivíduo portador de transtorno mental que, necessitam de sua intervenção para tratamento médico hospitalizado, realizando-se uma ponderação no direito à saúde e o de liberdade, em seus diversos níveis do processo da internação compulsória. Por fim, este capítulo enfocou, o procedimento da internação compulsória, relacionando a regulamentação legal com a prática do Judiciário. Levantando alguns questionamentos legais aproximando-se ainda mais do objetivo central do trabalho.

O objetivo central do trabalho foi analisar como se tem realizado na prática as internações compulsórias, seu procedimento processual se tem ocorrido de forma constitucional, sem violar nenhum direito fundamental.

Analisou-se a intervenção do Estado e da expansão do Poder Judiciário na esfera privada do indivíduo. Buscou tal estudo contribuir para os profissionais que atuam, diretamente, no tratamento com os pacientes sobre ordem judicial, para que com o conhecimento jurídico possam ser instrumentos de defesa e de garantia dos direitos dos pacientes excluídos pela sociedade. Isso foi o que indagou a autora a desenvolver tal pesquisa, pois vivência na sua prática profissional uma crescente intervenção do judiciário na vida privada do indivíduo hospitalizado. A pesquisa utilizou o método dedutivo, se pautando em um raciocínio lógico dedutivo do fenômeno da Intervenção do Estado, bem como a expansão do judiciário, por meio do instituto da internação compulsória de pessoas usuárias de múltiplas drogas e portadoras de transtorno mental, para conclusão da referida conduta frente a ponderação de direitos envolvidos garantidos constitucionalmente.

2 FUNCIONALIBILIDADE DOS PODERES DO ESTADO

A pesquisa bibliográfica enfocou em compreender as funções dos órgãos do poder no Estado constituinte. Buscando a delimitação das funções detalhas na Constituição Brasileira e a aplicabilidade na gestão de um Estado Democrático de Direito. Para tal, o trabalho aborda aspectos teóricos, abrangendo a temática da Separação dos Poderes, Funções Típicas e Atípicas e o Sistema de Freios e Contrapesos.

Tema de muita importância num contexto dinâmico de mudanças socioeconômico e cultural, pois o Estado Democrático de Direito pautado na divisão de poderes acompanha essas mudanças alterando suas atribuições ou busca a segurança jurídica pautada na Constituição Federal. Para tais pontuações foram buscadas as respostas neste trabalho.

Aqui, será abordado a temática do subtópico da separação dos Poderes, sua gênese, seus primeiros pensadores, idealizadores da doutrina Constitucionalista, bem como seus princípios. No segundo subtópico, será tratada as funções típicas e atípicas dos Poderes, buscando compreender sua funcionalidade. No terceiro tópico o Sistema de Freios e Contrapesos, tratando os limites de um poder sobre o outro.

2.1 Separação dos Poderes

Em uma Constituição deve constar, princípios e regras, destinados aos titulares do poder. O princípio da separação de poderes, já encontrávamos nos pensamentos de Aristóteles, John Lock e Rousseau, mas foi realmente definida e divulgada por Montesquieu. Segundo José Afonso da Silva (2010, p. 109): “Teve objetivação positiva na Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo no Constituição dos Estados unidos de 17.9.1787”.

Historicamente, a Constituição passou por uma evolução em seu modelo a partir da Revolução Francesa, que foi um marco histórico do Estado Moderno. Através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fundou nova ideia de um novo modelo de Direito Constitucional, que a colocava em destaque, definindo seu papel em relação as demais normas no ordenamento jurídicos. Trazendo uma ideologia de democracia na constituição, um novo modelo de governança, de organização político jurídica com a separação dos poderes e nos direitos fundamentais. No artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, declarou que a sociedade que não assegurar a separação de poderes não terá Constituição. Segundo Eduardo Cambi (2009, p. 21) “(...) toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição”.

Esse novo modelo de Constituição se amoldou à uma organização política liberal e garantista, limitando o poder político estatal, firmando que os Estados liberais seriam constitucionais, por ter Constituição. Pois os Estados que negam observar a separação de poderes ou de dos direitos fundamentais, implica a não caracterização do Estado Constituinte. Assim, a Constituição é um instrumento limitativo do poder do Estado, ao regular a organização e o modo de exercício do poder político. Segundo Eduardo Cambi:

Também serve para vincular a maioria, que adota o princípio da maioria, que não está assentado no absolutismo da maioria ou na opressão das minorias. Deverá haver um respeito ao direito da minoria, pois na democracia, uma minoria pode torna-se maioria. As Constituições modernas preveem valores e opções políticas fundamentais com o escopo de se formar um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias, pois a democracia exige mais do que apenas a observância da regra majoritária. (CAMBI, 2009, p. 22).

Retirando a discricionariedade da política ordinária e repassando o ato discricionário para o grupo político que detém o poder a fim de garantir a realização dos direitos de todos.

A Constituição Brasileira de 1988, com intuito de garantir a permanência do Estado Democrático de Direito, buscando evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, desenvolve um sistema de divisão

de poderes do Estado. São poderes que executam funções estatais independentes um do outro, mas de forma harmônica entre si. Presente no artigo 2º da Constituição Federal que traz “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Segundo Alexandre de Moraes:

Montesquieu mostrava o necessário para o equilíbrio dos poderes, afirmando que, para formar-se um governo moderado, precisa-se combinar os poderes, regra-los, temperá-los, faze-los agir; dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir(...). Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acarretada a outra pela mutua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto. (MORAES, 2010, p. 137).

Essa independência e harmonia entre os Poderes, buscam garantir o respeito e a decisão correta em relação aos direitos fundamentais indiscutível na Constituição Brasileira, preservando-os como clausula pétrea na Constituição. Protegendo a Constituição Federal e evitando retrocessos dos direitos fundamentais.

A Constituição denomina esses poderes em Poder Executivo, Poder Legislativo e Judiciário (Constituição Federal, artigos 44 a 126). Esta separação de Poderes, se divide em três funções estatais, legislação, administração e jurisdição. Cabe ressaltar a instituição do Ministério Público que também deve zelar pelo equilíbrio entre os poderes e fiscalizá-los. Esta mudança na estrutura da tripartição dos Poderes, que o Legislador traz o Ministério Público para a função de defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, trata-se de um princípio da teoria dos freios e contrapesos da nossa Constituição.

O Legislador constitucional atribuiu funções distintas a todos os poderes, cada um possui uma função predominante, podemos dizer que atividade do Legislativo está voltado para o estabelecimento de normas gerais e abstratas de conduta, a atividade executiva é administrativa, a primaria e espontânea, buscando os interesses da própria administração, aplicando a Lei; atividade jurisdicional está

voltada a atuação da vontade concreta da Lei. Mas se assemelham em virtude da autonomia, independência e finalidades constitucionais. Mas sem desfocar do contexto que o Estado é uno, indivisível, a separação de poderes determina apenas a divisão de tarefas estatais, de atividades entre os órgãos autônomos. A Constituição Federal confiou apenas parcela da autoridade soberana do Estado aos órgãos, garantindo-lhes autonomia e independência.

A existência da harmonia entre as funções estatais, pelo Poder Legislativo, Executivo, Judiciário e a instituição do Ministério Público, garantirá a existência do Estado Democrático de Direito, pois estão interligados ao ponto que a destruição de um acarretará a supressão dos demais. Assegurando assim, os direitos fundamentais, a proteção da liberdade individual e contra o retorno do arbítrio de um governo onipotente, impedindo a ditadura no País.

2.2 Funções Típicas e Atípicas

Como vimos anteriormente, o Legislador constituinte determinou na Constituição Brasileira a divisão de funções, de tarefas dos órgãos que representam poderes do Estado, tendo uma função predominante previstas expressamente no texto constitucional. São chamadas de funções típica e atípicas, a função que predomina chamamos de típicas e as secundariamente é atípica. A função típica de um órgão será atípica de outro órgão, que pontuaremos a seguir.

As funções típicas do Poder Legislativo é legislar, de elaborar o ordenamento jurídico do Estado, como também de fiscalizar (artigo 70 da Constituição Federal), ambas têm o mesmo grau de importância.

Art. 70. 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 subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Se de um lado o texto constitucional confere a atribuição do Legislativo em elaborar as normas jurídicas, confere a ele também a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo.

As funções atípicas constituem em administrar e julgar. A primeira é quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalização interna; a segunda ocorrerá no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade. Assim podemos pontuar que a função atípica de natureza executiva é quando o Legislativo dispõe sobre sua organização, provendo os cargos, concedendo férias e etc. Exerce a função atípica de natureza jurisdicional quando o Legislativo através do Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

Art. 52 Constituição Federal. 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;

O Poder Executivo na luz da Constituição Federal é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado, sistema presidencialismo, regime de governo baseado na figura central do Presidente da República. Que tem como função de governar o povo e administrar os interesses públicos, essa prática de atos de chefia de Estado, de governo e de administração da coisa pública são as funções típicas do Poder Executivo. Possui a função atípica de natureza legislativa, quando legisla através da ação do Presidente da República ao adotar medida provisória com força de lei.

Art. 62 da Constituição Federal - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

O Legislador constituinte garantiu a imparcialidade e livre atuação do chefe do Poder Executivo, para manter a independência e harmonia dos Poderes da República, fixando prerrogativas e imunidades para o mesmo.

No sistema presidencialista o Poder Executivo desenvolve duas funções primordiais diversas, Chefe de Estado e de Chefe de Governo. Funções previstas no artigo 84 da Constituição Federal¹, nos seus incisos VII,VIII,XIX traz as funções de

¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I – nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V – vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI – dispor, mediante decreto, sobre:(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;(Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX – decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X – decretar e executar a intervenção federal;

XI – remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII – exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

XIV – nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV – nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI – nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII – nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII – convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX – celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI – conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII – enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Chefe de Estado, aquelas que desenvolve representatividade nas relações internacionais, corporificando a unidade interna do Estado.

Com a função de chefe de governo, cabe ao Presidente focar na administração da coisa pública, na gerência dos negócios internos, se voltar para a representação interna, exercer liderança da política nacional, asseguradas nos incisos I, II, III, IV, V, VI, IX a XXVII do artigo 84 Constituição Federal.

Com essas duas funções, determinados pelo Legislador constitucional, para apenas uma pessoa desenvolver (Presidente da República), fica demonstrado a adoção do sistema presidencialista de governo, diferenciando do sistema parlamentarista. Que adota a função de chefe de Estado para o Presidente ou Monarca e a de Chefe de Governo para o primeiro Ministro.

No presidencialismo, é adotado o sistema de eleição majoritário, que será considerado vencedor o candidato que obtiver maior número de votos. Sendo sempre a eleição do Presidente da República juntamente com o seu vice-presidente através do voto direto e secreto do povo. Para que se houve por qualquer motivo a vacância do Presidente o vice assume a presidência da República substituindo na função pelo lapso temporal faltante do mandato.

No que tange o poder do Judiciário, trata-se de um poder autônomo e independente e de suma importância para assegurar o sistema presidencialista, pautado em uma constituição majoritária, tem o papel de ser o verdadeiro guardião da Constituição, preservando os princípios e os direitos fundamentais ali assegurados.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das Leis, pois como mencionou Moraes (2006, p.504) “a chave do Poder do Judiciário se acha no conceito de independência”.

Esta independência judiciária é um direito fundamental dos cidadãos de direito à tutela judicial. Pois é necessário um órgão independente e imparcial para guardião da constituição e garantir a ordem na estrutura governamental, consagrando a limitação que a constituição faz os poderes dos órgãos de soberania. O Poder Judiciário será organizado pela Constituição em seu artigo 93 e pela Emenda Constitucional número 45/2004. Com ingresso na carreira com cargo inicial de Juiz

substituto mediante concurso público e para o segundo grau o acesso será por antiguidade e merecimento. A Constituição Federal traz os órgãos do Poder judiciário em seu artigo 92.

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

Com essa estrutura o Poder Judiciário exerce sua função de julgar, sua função jurisdicional, validando o ordenamento jurídico diante de uma situação concreta diminuindo o conflito, usando toda vez que for necessário de forma coativa. Esta é a função típica do Poder Judiciário.

Explica Arruda:

Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a Lei a uma hipótese contravertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes. (MORAES, 2009, p. 507).

O Judiciário não é diferente dos demais poderes que já vimos, desenvolve também função atípica, de natureza administrativa e legislativa. As de natureza administrativa quando concede férias aos seus membros e serventuários, licenças e etc. Art. 96 da Constituição Federal.

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

As funções atípicas de natureza legislativa, quando o Judiciário legisla sobre normas internas dos Tribunais, como regimento interno.

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

Ao Poder Judiciário foi lhe dado constitucionalmente garantias necessárias para aplicação dos princípios do Direito Constitucional (princípios da proteção judiciária, princípio da legalidade), tais garantias conferidas aos membros do Poder judiciário tem o papel de proporcionar ao órgão a independência necessária, protegendo-a das pressões do Legislativo e do Executivo. Assegurando seu livre desempenho, revelando a independência e autonomia do Judiciário, bem como o exercício da democracia e a efetiva perpetuação da separação dos Poderes e dos direitos fundamentais, evitando a supressão ou remissão destes.

Quanto ao princípio da Legalidade é o carro chefe do Estado Democrático, que mediante a força da Constituição faz o Estado se sujeitar ao império da Lei, buscar a igualdade das condições sociais dos desiguais, atingindo um outro princípio da igualdade e o da Justiça. Este princípio está positivado no artigo 5, II da Constituição.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Não deve ser analisado isoladamente, mas sim dentro de um contexto do sistema constitucional vigente, que distribui funções de competências entre os órgãos do poder, sendo o Legislativo a responsável para legislar sobre matérias genericamente indicadas. Mas podemos afirmar que todos os órgãos do poder têm responsabilidade em controlar, verificando a conformação da atividade e do ato às normas legais. Mas de todos os órgãos, o Judiciário é o mais importante e realiza esse controle na garantia do acesso ao Judiciário, mediante procedimentos ordinários, sumaríssimo e especiais.

Esses procedimentos, representam os conflitos de interesses em cada caso concreto, realizado através de um processo judicial. A função do Judiciário é dar solução, respostas a lide formada, sempre fundamentada com as ordens gerais e abstratas, que são as ordens legais, que chamamos de Leis, costumes ou simples normas gerais. Os membros do Poder Judiciário, Juízes e Tribunais deverão fundamentar suas decisões pautado no direito objetivo, a norma propriamente dita. Nunca pautado em critérios particulares, opiniões próprias, bem como não poderá deixar de fundamentar sua decisão.

A jurisdição nos tempos atuais é exclusivamente atribuição do Poder Judiciário do Estado (artigo 5, XXXV da Constituição Federal).

Segundo José Afonso:

Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das Capitânicas Hereditárias no Brasil colonial dispunham da jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: os magistrados. (AFONSO, 2010, p. 554).

A jurisdição é distinta da Legislação, esta elabora as normas gerais e abstrata já a jurisdição utiliza dessas normas para solucionar os conflitos das lides. Restringindo a ação do Judiciário apenas as partes envolvidas na lide, já o ato legislativo seu efeito é para todos.

Em relação a jurisdição e a administração temos uma dificuldade em limitar a atuação de cada um, dividindo em opiniões de processualista e constitucionalistas. Segundo José Afonso (2010, p. 555), "(...) os processualistas como Chiovenda, Juiz julga a respeito de outrem e em razão da vontade da Lei concernente a outrem. A administração decide a respeito da própria atividade".

Outros autores dizem que não há distinção entre jurisdição e administração, como José Afonso:

(...) como Cristofolini e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, chegam a conclusão de que não há realmente, distinção entre jurisdição e administração. Existem, na verdade, apenas duas funções do Estado, que são legislação e a aplicação da Lei, e está se desdobra em administração e jurisdição. (AFONDO, 2010, p. 555).

Essas discussões são relativamente importantes para compreendermos a posição do Legislador constituinte, que firma na Constituição que a jurisdição trata-se da competência dos órgãos judiciários e a administração de competência dos órgãos executivos. Assim, segundo o critério constitucionalista, ato jurisdicional é de competência dos órgãos do Poder Judiciários na busca de solucionar conflitos de interesses de uma lide.

2.3 O Sistema de Freios e Contrapesos

Como já tratamos, o conceito da divisão de poderes fundamenta que cada órgão tem sua especialidade no exercício de sua função. Necessitando a independência efetiva de cada órgão, ou seja, um independente do outro. Constitucionalmente garantido a cada órgão a independência e a harmonia entre si.

Independência no sentido que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos não dependem da confiança nem da vontade dos outros e, não precisam para tomar uma decisão consultar o outro para obter uma autorização, sendo livres para organização de seus serviços, seguindo apenas as determinações legais. Já no que tange em relação a harmonia entre os poderes, verifica-se uma necessária relação de cortesia e respeito no relacionamento entre si e nas atribuições que cada órgão tem direito.

Essa cláusula de independência e harmonia assegurada pelo Legislador constituinte, traz ao regime presidencialista uma visão de que os órgãos da separação de poderes obtenham um mínimo e um máximo dessa cláusula, para não desfigurar tal modelo, criando instrumentos de limites que impeçam a sobreposição de um órgão sobre o outro. Instrumentos de controle de um poder em relação ao outro, que ultrapassam o limite da ação meramente fiscalizadora para entrar na área de ingerência de um poder sobre o outro. Assim, a independência dos órgãos não é absoluta, haverá interferências que estabelecerá um sistema de freios e contrapesos, com objetivo de buscar o equilíbrio necessário para realizar o bem-estar da sociedade e conseqüentemente evitando o arbítrio e desmando de um Poder sobre o outro.

Criando um esquema fechado de controle entre os Poderes, o Legislativo tem a função típica de edição de normas gerais e impessoais, o Executivo passa a ter uma participação importante neste processo, quer pela incentivo da elaboração das Leis, quer pela sanção e pelo veto. Veto do projeto Lei que deverá ser encaminhado para o Executivo para aprovação tanto os de iniciativa do Legislativo quando as emendas realizadas pelo Legislativo dos projetos de iniciativa do Executivo. Mas cabe ressaltar que esse veto, poderá ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso e pelo presidente do Senado a promulgar a Lei caso o Presidente da República não faça dentro de prazo previsto em Lei. Já a iniciativa Legislativa do Executivo é controlada pelo Poder Legislativo mediante o Congresso quando tem a oportunidade de modificar o projeto por via de emenda e até rejeitá-lo.

Caso mesmo diante desse controle do Legislativo e do Executivo, ainda passe algum projeto Lei que vai ao desencontro da Constituição, o Judiciário entre em cena para fazer o Controle da inconstitucionalidade das Leis produzidas pelo

Legislativo, não faz o Judiciário intervenção direta no Legislativo, mas através dos Tribunais são autorizados a fazer a declaração de inconstitucionalidades das Leis. Assim o Poder Judiciário no exercício de sua função típica exerce o controle de correção, podendo determinar a suspensão da execução de lei inconstitucional.

Também são proibidos de intervir no Judiciário o Poder Executivo, porém é ele que nomeia os ministros dos tribunais superiores do Judiciário, sobre o controle do Senado Federal de aprovar o nome escolhido. O Poder Judiciário e o Poder Legislativo faz controle ao Poder Executivo mediante ao processo de Impeachment, como traz na Constituição de 1988 em seu artigos 51, inciso I, 52, inciso I e parágrafo único, 102, inciso I, alíneas "b" e "c".

Impeachment ² é um termo inglês que corresponde a um processo político-criminal instaurado por denúncia no Congresso para apurar a responsabilidade do Presidente da República, Governador, Prefeito, Ministros do Supremo Tribunal ou de qualquer outro funcionário de alta categoria, por grave delito ou má conduta no exercício de suas funções, cabendo ao Senado, se procedente a acusação, aplicar ao infrator a pena de destituição do cargo. Por metonímia, o termo também designa a destituição resultante desse processo. A denúncia válida pode ser a de "evidente existência de organização criminosas", seja "por crime comum, crime de responsabilidade, abuso de poder, desrespeito às normas constitucionais ou violação de direitos pétreos previstos na constituição. A punição varia de país para país. Em vários países da Europa, usa-se o termo moção de censura, pois a origem da moção é de iniciativa do parlamento, acrescido do termo político "perda de confiança", quando, então, o parlamento nacional não confia mais nos denominados e genéricos" governante ou presidente que preside o governo e respectivo primeiro-ministro, obrigando-o a renunciar junto com todo o seu gabinete".

Constituição Brasileira de 1988:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

² O significado da palavra *Impeachment* foi retirado do Dicionário Formal. Disponível em: - <https://www.dicionarioinformal.com.br/impeachment/>. Acesso em 27 de abril de 2019.

Art. 52. 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;

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

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica-se as funções de controle em quatro modalidades básicas:

Controle de cooperação: é o que se perfaz pela coparticipação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro. Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado. Controle de consentimento: é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder. Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade. Controle de fiscalização: é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro. Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação. Controle de correção: é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro. Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade. (NETO, 1989, p. 14).

Através desses controles, percebemos o entrelaçamento das funções constitucionais para os poderes, amarrando o Legislador estas funções à mecanismos de freios e contrapesos entre os órgãos da Divisão de Poderes. Que poderão

desenvolver suas funções de forma satisfatória somente sobre o prisma e submissão do princípio da harmonia, que segundo José Afonso:

(...) que não significa nem o domínio de um pelo outro, nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. (AFONSO, 2010, p. 111).

Estas funções de controle são importantes para definir o objeto jurídico que cada modalidade se propõe e como se comportará com as modalidades menos interventiva a mais intensa. Esses controles entre os poderes, são bem definidos constitucionalmente, mas deverá ser respeitada para que possa atingir uma harmonia funcional dos três poderes, essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

2.4 Ilação de todo o contexto

No Brasil, sistema de gestão constitucionalista, ditou em sua Constituição vigente a funcionabilidade dos órgãos dos Poderes Estatais, exercida pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Foram criadas pelo Legislador constituinte para desenvolverem funções estatais de forma harmônica, sem concorrência entre os poderes, com funções típica e atípica determinadas, para que cada órgão tenha sua especialidade no exercício de sua função. Estas funções constitucionalmente definidas, são específicas e independentes de cada órgão. A especialização funcional enfoca que cada órgão corresponda a uma função principal, a finalística, a típica, porém a eles se agrega a uma função secundária, a atípica que tem o objetivo de subsidiar e auxiliar a cada órgão, obtendo os meios necessários para atuarem sem sujeição aos demais.

As funções típicas e atípicas para que se desenvolva de forma harmoniosa, o Legislador constituinte desenvolveu um sistema de controle entre os poderes, para que um não venha a sobrepor ao outro. Um sistema de freios e

contrapesos, que proporciona independência entre os poderes, mas não de forma absoluta, havendo interferências, controle das funções de um órgão sobre o outro. Trata-se de um controle recíproco, que deverá funcionar de forma harmoniosa para que um não domine o outro, sem a usurpação de funções e sim uma consciente cooperação entre si.

Fica evidenciado que o legislador constituinte brasileiro, traçou um sistema de divisão de poderes com funções bem definidas para que um não sobreponha ao outro, obrigando estes através dos mecanismos de freios e contrapeso, uma atuação harmônica entre eles. Garantindo o equilíbrio necessário para realizar o bem-estar da sociedade e conseqüentemente evitando o arbítrio de um Poder sobre o outro, garantindo o Estado Democrático de Direito.

3 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

Este capítulo, busca esclarecer a atuação do Judiciário no contexto brasileiro, na atualidade, pontuando a expansão da atuação do Judiciário e o que levou o mesmo a assumir um papel que não foi designado pelo legislador constituinte. As implicações desta expansão de atuação para o Estado Democrático de Direito. No primeiro tópico, será abordada sobre as crises do Poder Legislativo e do Executivo, sendo levantados suas características típicas e o que está levando a esta referida situação. No segundo tópico, trará a expansão do Judiciário e o que causou esta expansão. O último tópico, aborda a questão o ativismo judicial e o Judicialização da atuação do Judiciário, um breve questionamento com base na doutrina do conceito e sua legalidade.

3.1 Crises do Poder Legislativo e Executivo

Como foi pontuado no capítulo anterior, os regimes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pertencem a um modelo de gestão constitucionalista, descrito na Carta Magna do Estado pelo seu legislador constituinte, que dita a funcionabilidade dos órgãos dos Poderes Estatais. Estas funções constitucionalmente definidas são específicas e independentes de cada órgão, que deverão ser desenvolvidas de forma harmônica, sem concorrência entre os poderes.

Com funções típica e atípica determinadas, para que cada órgão tenha sua especialidade no exercício de sua função e para que um poder não sobreponha ao outro, o legislador constituinte desenvolveu um sistema de controle entre os poderes.

As funções típicas do Poder Legislativo é legislar, de elaborar o ordenamento jurídico do Estado, como também de fiscalizar (artigo 70 da Constituição Federal), ambas têm o mesmo grau de importância. Se de um lado o texto constitucional confere a atribuição do Legislativo em elaborar as normas jurídicas, confere a ele também a fiscalização contábil, financeira, orçamentaria, operacional e patrimonial do Poder Executivo. Já o Poder Executivo, tem como função de governar

o povo e administrar os interesses públicos, essa prática de atos de chefia de Estado, de governo e de administração da coisa pública são as funções típicas do Poder Executivo.

Esses poderes vêm passando por uma crise operacional nas suas funções típicas em decorrência das mudanças aceleradas na sociedade brasileira na atualidade.

A sociedade brasileira vem passando por mudanças, em consequência dos reflexos tecnológicos no cotidiano das pessoas, que influencia e transforma rapidamente as ideias, os valores e a cultura das mesmas. Tais reflexos são observados com a extinção dos jornais escrito, com relacionamentos virtuais que começam a desenvolver novas formas de convivência e de vida amorosa. As compras já são possíveis pela internet, ganhando agilidade o consumidor não precisando ir mais as lojas; operações bancárias também não tem a necessidade de comparecer nas agências, sendo possível resolver pela internet banking. O telefone celular passou a nos acompanhar a todo tempo, trazendo agilidade ao acesso a pessoas, conectando ao mundo o tempo todo pela internet nos celulares.

Neste contexto de mudanças aceleradas, mudanças de paradigmas, leva a incertezas do uso das ciências, uma lentidão na compreensão da complexidade da dinâmica da sociedade.

Essa aceleração dos fatos no cotidiano da sociedade traz a necessidade decisória sobre eles imediatamente, coisa que o Legislativo não consegue acompanhar esta agilidade cedendo espaço para o Executivo. O procedimento parlamentar pela sua natural lentidão democrática, em decorrência do seu rito operacional não consegue dar respostas aos fatos imposta pela vida em uma realidade veloz e integrada online.

Este espaço do legislativo quando não é ocupado pelo Poder executivo e ocupado pelo Judiciário. Na função de interpretador da lei, assume um papel de legislador, valendo dos institutos da interpretação das normas em vigor, sobre a pressão de dar resposta ao caso concreto em dizer o direito acaba criando o direito.

No contexto atual, além da omissão em legislar o poder legislativo fica muito ocupado em fiscalizar o executivo com as CPIs (Comissão Parlamentar de

Inquérito) e o Executivo fica voltado para a função de legislar mediante as Medidas Provisórias. Assim o Executivo passa a legislar tanto quanto executa e o Poder Legislativo mais investiga do que legisla.

Na lentidão da operacionalização do legislativo, o povo que perde a representatividade da sua vontade nas aprovações das leis mediante o seu representante eleito pelo povo, visto que o povo não pode estar fisicamente em assembleia para tal ato, para isto elegem seus representantes para elegerem as normas da sociedade que disciplinaram as sua vida social. Mantendo a ordem, a paz e a democracia.

Democracia garantida na estrutura do Estado Democrático de Direito da Constituição Brasileira, se trata de um espaço para participação popular na formação das decisões públicas delegada ao legislativo, mediante as participações de toda a sociedade (movimentos sociais, entidades de classe, representantes populares de forma geral).

O legislativo não vem desenvolvendo um papel eficaz atingindo o princípio fundamental da democracia, pois não está ocorrendo à participação plena da sociedade no poder legislativo. A crise do Legislativo tem relação também com a perda do político, perda da discussão ampla e pública na assembleia sobre as questões sociais. A discussão pública é o princípio fundante do Poder Legislativo, sua substituição ou inexistência implicaria na descaracterização do mesmo.

Para Gonçalves:

A crise do sistema parlamentar é identificada para Schmitt a partir do momento em que o parlamento não se funda mais no princípio da discussão, o que ocorreu com o advento da democracia de massas, quando a discussão reduziu-se a mera formalidade, que poderia ser preenchida com qualquer coisa, inclusive e especialmente, a negociação. (GONÇALVES, 2009, p. 13).

O Legislativo perdeu sua essência, a discussão pública e transparente, quando encontrou a democracia de massas. A ideia do público e da transparência vem do liberalismo e não da democracia que são coisas distintas. O Político no Brasil foi perdendo seu princípio democrático de discussões plenas e começou a concentrar

atuações no campo de negociações e de luta de diferentes poderes econômicos em busca de poder. Porém num Estado democrático de Direito, espera-se que o Legislativo seja representativo do povo, ampliando as discussões sobre os anseios e necessidades da sociedade.

Caso o Legislativo não abra um espaço para discussões amplas e públicas, se omitindo politicamente e ficar na esfera apenas de disputas de interesses econômicos, a necessidade de resposta da sociedade continua existindo, alguém tem que dar respostas a questões públicas, ocorrendo a transferência das decisões para o Poder Executivo e o Judiciário.

Desta forma, com esta omissão e mesmo a negligência do Legislativo, os outros poderes assumem as decisões públicas produzindo decisões ausentes de legitimidade democrática abalando o Estado Democrático de Direito. Esse esvaziamento da esfera pública, da perda da discussão da política ampla e ausência da democracia de fato, coloca em risco a existência do Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição Brasileira de 1988.

Cabe chamar atenção que com a ausência da atuação do Legislativo, não pode ser considerada natural que outros poderes assumam seu papel, desvirtuando, gradativamente, o papel de cada Poder. Pois a todos os poderes tem a responsabilidade de trabalharem no sentido de garantir condições plenas para o exercício da democracia, porém é no Legislativo que a democracia se consolida. Nele é o espaço para a discussão de ideias, as leis deverão ser decorrências de um conflito de opiniões e jamais de conflito de interesses e de negociações. O parlamento terá efetividade, autenticidade na medida da discussão pública for levada a sério e ocorrer.

Diante deste cenário, temos um cidadão que não debate mais, não participa, muitas vezes até se abstém de votar nas eleições para o Legislativo e para o Executivo, na descrença dos atores políticos e conseqüentemente na democracia. Essa postura do cidadão tem que mudar, tem que lutar por uma efetiva democracia na sociedade brasileira, através de debates intensos, abertos e plurais, recuperando assim o espaço público e do resgate do político na sociedade. O Poder legislativo é dependente dessa reconstrução do espaço público e do político, fortalecendo a esfera pública e a participação popular na política, consegue o Estado Democrático de Direito

se efetivar e consolidar, afastando qualquer arbítrio de uns sobre outros, da minoria sobre a maioria, o que titulariza o poder.

3.2 A Expansão do Poder Judiciário

No Brasil, organizado por uma gestão de separação de Poderes e com papéis bem definidos, o Poder judiciário desenvolve uma função de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder Executivo e Legislativo. Exercendo um papel de guardião da Constituição, impede qualquer surgimento de uma possível sobreposição de um poder sobre outro, assegurando a vontade do Poder Constituinte, assegurando o Estado Democrático de Direito.³

Para assegurar o Estado de Direito, o Judiciário tem a competência de promover a justiça no Estado mediante a aplicação da lei, dos princípios constitucionais, direitos fundamentais, através dos instrumentos constitucionais de controle difuso ou concentrado. Ao Supremo Tribunal Federal cabe a guarda da Constituição, processando e julgando originalmente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou do ato normativo federal (Art. 102, inciso I, alínea, da CF). Desta forma, a Constituição trouxe como forma de organização política o Poder Judiciário como o aplicador da justiça, representando o Estado, pois pela legislação brasileira é proibido as pessoas realizar justiça com as próprias mãos.

Cabendo ao Judiciário o dever de julgar os conflitos, mediante provocação das partes legítimas e interessadas. Julgar um caso concreto dentro do ordenamento positivado, dando resposta a demanda de forma fundamentada, segundo o artigo 5, inciso XXXV da Constituição Federal, judiciário não pode se omitir a apreciação de uma lesão ou ameaça a direito, ainda ressalta no Código de Processo Civil em seu artigo 126, que “o juiz não pode se eximir de sentenciar, despachar,

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

I – processar e julgar, originariamente:

a) A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

alegar lacuna ou obscuridade”, o então denominado princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Assim, se não encontrar taxativamente no ordenamento jurídico resposta para a lide, deverá interpretar a lei, analisar as jurisprudências e os princípios. Esse direito de resposta de uma lide, mediante um justo processo é uma conquista da sociedade constituinte, que tutela o direito fundamental, como o devido processo legal. O juiz tem o dever de encontrar uma resposta que seja isenta de julgamentos baseados em conhecimento próprios, pessoais. O artigo 93 inciso IX da Constituição Federal traz que a motivação do juiz deve ser motivada racionalmente, sempre indicando os motivos da sua fundamentação.

A motivação é pautada na autonomia do juiz, no seu livre convencimento segundo a razão e ao processo, ficando restrito a análise das provas contidas nos autos, tendo liberdade para apreciá-las e julgá-las de acordo com o seu convencimento que não poderá ser empírico e, conseqüentemente, não poderá utilizar de seus próprios valores e sentimentos. Assim, o juiz tem que demonstrar na sua motivação a racionalidade de sua decisão, o porquê ela foi considerada a melhor, fundamentando dentro dos conteúdos normativos, não sendo excessiva a adesão a princípios constitucionais. Tendo uma autonomia limitada na sua decisão, que está sujeita a uma reanálise, para obter um controle e uma garantia da vontade do legislador e do povo, consolidada na Constituição.

A limitação a atribuição do Judiciário está em dizer o direito de acordo com as normas do ordenamento jurídico brasileiro, mediante provocação e em casos concretos. Esta limitação faz parte do plano de gestão democrática da Constituição que foram fundamentados por princípios contextualizados com um momento histórico. Tal limitação ao longo dos anos da Constituição de 1988 vem sofrendo modulações, o Judiciário vem sido bombardeados por demandas de casos concretos de âmbito político de matéria social. Saindo da observância do ordenamento e entrando mais no âmbito interpretativo da Constituição, de decisões mais subjetivas. Saindo da função muitas vezes de guardião da Constituição pela de executor, de sua função típica para uma função de atores políticos, por estes não estarem realizando suas funções de administradores de seus recursos públicos ou por não efetivarem os princípios do texto constitucional na instância infraconstitucional.

A carência da atuação do Poder Executivo e do Legislativo tem levado ao Judiciário a uma expansão de sua atuação, tendo uma atuação mais interpretativa na aplicação no Direito. Ocorrendo, principalmente, na atuação dos juízes de primeiro grau, usando de sua autonomia diante do caso concreto, que necessita dar respostas a demanda proposta, substitui a opção política do administrador por uma decisão judicial, impondo ao Estado a determinação de realização de uma prestação de serviço, muitas vezes não previstos no orçamento naquele momento ou não legislado pelos autores políticos eleitos pelo povo. O que se observa é um déficit democrático, de baixa participação política no Brasil, permitindo a realização do Estado Democrático à substituição por quem não foi eleito. Mediante imposição ao Estado e a sociedade de uma escolha não discutida e concedida via liminar. O Judiciário não tem legitimidade para tal papel por não ser leito pelo povo, acabando por muitas vezes não representando a vontade e necessidade do povo, ficando longe de alcançar a tão almejada participação democrática e por consequência a justiça social.

Esta expansão judicial em dar resposta a inércia dos atores políticos brasileiros, comprova-se no aumento das decisões judiciais mediante liminar nas ações civis públicas promovida pelo Ministério Público ou nas ações individuais, sem sempre tem efeitos práticos a decisão, pois acaba recaindo a execução da decisão proferida nas mãos de quem deveria atender, a que é omissa, pois o Judiciário não tem recursos para a execução.

Sem eficácia muitas vezes a pretensão do autor, questiona a relevância desta iniciativa e o acesso ao Direito. O Judiciário pode utilizar os caminhos autorizados pela democracia estabelecida na Constituição, não por força política nas escolhas de ações políticas a serem adotadas pelo Executivo, mas deve ficar o controle das escolhas realizadas e verificar se os fins estão de acordo com a vontade da Constituição. A intromissão em escolhas, não deve ser foco do Judiciário, só será se forem escolhas inconstitucionais.

Judiciário poderia dar resposta a sua demanda diferente da que usualmente vem dando nas ações civis públicas e nas individuais, em vez de postular a substituição das opções políticas na área dos direitos sociais, promover um controle da destinação e da aplicação dos recursos destinados para os mesmos direitos. Como ao invés de questionar, por exemplo, quais os tratamentos devem ser cobertos pelo

SUS (Sistema único de Saúde), mas sim questionar onde estão os recursos destinados para tal fim. Pois é diferente quando se assegura um direito constitucionalmente garantido que já passaram por uma escolha política, bastando apenas uma implementação, daquelas em que há necessidade de escolha, colocando como prioritária destinando recursos para tal escolha. Assim, não pode deixar nas mãos da função do Judiciário a realização das necessidades da sociedade frente às políticas sociais, por não ter legitimidade pra tal papel ditado pela Carta Magna, que define na divisão de poderes, a atuação na função de guardião e não de executor da Constituição. A crise do Executivo e principalmente do Legislativo levou uma demanda para o Judiciário grande, pois na ausência das atuações desses poderes o Judiciário enfrenta uma demanda na qual tem que dar resposta àquilo que não tem legitimidade pra tal ato. Pois, a população clama por mudanças para a efetivação por seus direitos. Por ter que dar resposta a essa demanda o Judiciário expande suas atividades sobre a esfera de decisões públicas que deveriam ser tomadas pelos representantes do povo eleitos democraticamente e não no âmbito de um Poder Contra-majoritário como é o Judiciário. Avocando para si uma atribuição que pertencem ao outros poderes.

3.3 Ativismo Judicial Versus Judicialização da Política

A história traz a primeira iniciativa de ativismo judicial nos Estados Unidos, quando a corte americana teve uma atitude proativa em relação a segregação racial e a invalidação das leis sociais, tal situação pode ser invertida com a atuação anos depois de Warren, presidente da Suprema Corte no período de 1953 a 1969 e de Burger até 1973, que produziram jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, como por exemplo questões que envolviam negros.

Segundo Amaral, ativismo judicial:

É uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado aos outros poderes. (AMARAL, 2010, p. 53).

O Judiciário passa a ter uma atuação não só de guardar a Constituição, mas uma atuação de maneira ativa na interpretação da Constituição, na intenção de concretizar os valores da Constituição, acaba aplicando esses valores em situações não expressamente contempladas no seu texto, principalmente nas matérias de ordem públicas.

Esta proatividade do Judiciário muito beneficia os cidadãos, se o judiciário falar onde os outros poderes se calam. Porém, tal atitude traz uma infração a divisão de poderes estabelecidos pelo legislador constituinte, gerando um risco de quebrar a harmonia entre os três poderes se for usada demasiadamente, passando a ter a supremacia de um sobre os outros, tendo a possibilidade de ter um Estado Jurisdicional, suprimindo o Estado de Direito. O judiciário ao lidar com um caso concreto deve analisa-lo de acordo com a norma em concreto, nunca negar a própria norma, pode se dizer que o interprete pode analisar o sentido da norma, mas não mudar o sentido da norma e criando normas, estabelecendo políticas públicas de competência do Poder Legislativo e Executivo. O modelo trazido pelo legislador constituinte de gestão dos poderes não poderão ser alterados pela interpretação do judiciário.

Como o Bonavides:

A interpretação de todas as normas constitucionais vem, portanto regida basicamente pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema. Faz-se assim suspeita ou falha a toda análise interpretativa das normas constitucionais tomadas isoladamente, a margem do amplo contexto que deriva do sistema constitucional. (BONAVIDES, 2006, p. 131, apud JÚNIOR, 2010, p. 55).

Outra questão que vem sendo cada vez mais utilizada pelo juiz intérprete é os princípios Constitucionais, que vem sendo utilizados cada vez mais nas suas fundamentações, são valores de carga axiológicos, valores a serem preservados ou alcançados. Quando tratamos dos princípios explícitos na norma fica razoável utilizá-lo na interpretação, não tendo motivos para negar sua utilização, mas quando falamos dos princípios implícitos na norma, a doutrina traz a problematização da

utilização. Pois tal interpretação da norma implícita é realizada por um ser dentro de um contexto histórico, que traz seus valores pessoais de suas vivências neste contexto. Esses valores devem ter um olhar cauteloso, deveriam ser controlados para que não ultrapassem os limites da expressão textual da norma, não expondo ao risco o Estado de Direito, diminuindo o Poder Legislativo e conseqüentemente a vontade do povo.

Segundo Ramos:

Na condição de elementos normativos do sistema, os princípios constitucionais devem ser manejados pelos órgãos judiciários como as demais normas da Constituição, respeitando-se o limite de sua expressão textual e considerando-se o limite de sua expressão textual e considerando-se as peculiaridades hermenêuticas que resultam de sua maior fluidez de sentido, as quais revertem em benefício da discricionariedade legislativa. (RAMOS, 2009, p. 144, apud JÚNIOR, 2010, p. 56).

A desenfreada utilização da interpretação dos princípios, deixando de lado as normas estabelecidas na própria constituição, mesmo que seja justificado pela nobre busca ideologia da efetivação dos direitos fundamentais, traz uma ameaça ao Estado de Direito. Pois a Constituição, não traça está atuação para o Judiciário, traz o Estado de Direito demandado pela democracia, pelo governo do povo, que governa pelo povo e para o povo. Assim, o juiz fica com o papel de cumprir a lei para garantir a Constituição, como guardião do Estado Democrático de Direito.

O ativismo judicial o juiz sai desta esfera e passa para o campo da política. Resolvendo a problemática da questão política, seja da omissão do legislador, da ausência de políticas, da má administração pública de seus recursos e da ineficácia de políticas. Resolvendo os problemas políticos pelo critério do jurídico, caindo na armadilha de fazer uma má política pela falta de competência. Como no cotidiano com as decisões de liminares que concedem internações em hospitais que não tem vaga, tratamento medicamentoso que não está no orçamento do governo. Resolvendo um problema de política pública, buscando uma solução para um caso concreto na extração de um princípio que fundamente sua decisão, tornando o intérprete (juiz) um legislador, contrariando o Estado de Direito.

Sintetizou Barroso sobre o ativismo:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2012, p. 19).

A judicialização e o ativismo judicial são bem semelhantes, obtêm características e histórias semelhantes, mas não tem as mesmas origens. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, observa-se nos países ocidentais um avanço da justiça no campo da política social, nas que devem ser realizadas pelo âmbito legislativo e executivo, dentro do modelo Democrático de Direito, baseado em divisão de poderes. O Brasil pertence a este contexto, que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem tido uma participação ativa, polêmica nas decisões envolvendo questões de caráter político e na implementação de políticas públicas.

Esta atuação nas decisões de algumas questões de grandes repercussões política ou social, que deveriam ser tratadas pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional) e pelo Poder Executivo (representado pelo Presidente da República, seus ministérios e pela administração pública em geral) mas acabam sendo tratadas pelo Judiciário, é chamada pela doutrina por judicialização. É quando o Judiciário Barroso (2012, p.3) conceitua a judicialização como “uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.” Ainda traz a primeira grande causa da judicialização:

(...) foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos

da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

A redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, aumentando a demanda por justiça na sociedade brasileira. O cidadão em busca de garantir seus direitos fundamentais recorre ao Judiciário para encontrar resposta, principalmente quando não a encontra no Poder Legislativo e no Executivo. Deposita no Judiciário sua esperança de serem atendidos seus interesses e suas necessidades.

Por outro lado, o juiz ao analisar esses casos concretos singulares que o demandam, tem que proferir uma decisão de uma situação concreta e real baseada no Direito, que poderá ser uma decisão procedente de acordo com os fundamentos jurídicos do pedido ou de improcedência. Nenhuma lesão ou ameaça a direitos, poderão ser afastados do Poder Judiciário. A decisão que gerará um resultado de efeito de obrigação para as partes, terceiros e mesmo pra o Estado. Mediante ao princípio do devido processo legal, é permitido a participação procedimental a oportunidade igual às partes.

Há doutrinadores que defendem um posicionamento ao contrário da função típica do Poder Judiciário, tecendo uma atribuição que deve ir além de suas funções, uma atuação em resposta a ineficácia da função Legislativa e da Executiva. Justificando por ser um guardião das promessas e normas constitucionais, devendo torna-las eficazes. Segundo Garapon:

O juiz torna-se o novo anjo da guarda da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia. (GARAPON, 2001, p. 74, apud MACHADO, 2011, p. 124).

Porém, existem outras posições ao contrário, que a atuação do judiciário não pode ser de executor das promessas democráticas, traz a posição do perigo de

uma doutrina que permite a intervenção nas políticas públicas, com objetivo de substituí-las.

Como o Loewenstein (1986, p.325) apud Machado (2011, p.125):

Se a outorga de direito aos tribunais frustrarem uma decisão política do governo ou parlamento, armazena um perigo de que, bem a decisão do tribunal não seja respeitada – com prejuízo para o Estado de Direito -, ou bem a decisão política do governo seja substituída por um ato judicial, ainda que revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato político de pessoas que não tem nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função. (LOEWENSTEIN, 1986, p. 325, apud MACHADO, 2011, p.125).

A judicialização da política para Viana:

A denominação judicialização da política e das relações entendidas como a delegação do soberano a um corpo especializado de peritos, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. (VIANA, 1999, p. 43, apud MACHADO, 2011, p. 126)

O termo “judicialização” na opinião de Viana justifica pelo fato de ter adotado os intérpretes o modelo de controle abstrato de constitucionalidade de acordo com o artigo 103 da Constituição Federal, através de um processo institucional a cargo do Supremo Tribunal Federal, e não na condução das escolhas de políticas públicas.

A judicialização e o ativismo são linhas marcantes na história jurídica brasileira dos últimos anos, são próximos, mas são ocorrências diferentes. A judicialização ocorre do fato decorrente do modelo constitucional que o adotou, acaba atendendo a vontade do legislador e não a vontade do judiciário de um exercício deliberado de vontade política. Como também, da análise do controle de constitucionalidade, que permitem que discussões de grande porte político e moral são trazidos sobre a forma de ações judiciais. Ao juiz cabe conhecer a pretensão que uma norma traz consigo, seja algo objetivo ou subjetivo para decidir sobre a matéria em tela. Nunca decide criando uma norma pela inércia do poder legislativo, mas interfere nas decisões de outros poderes sempre baseado nas legislações. Atua sobre a lei, porém fora de sua competência.

Já o ativismo judicial é uma atitude do judiciário que toma decisões sobre questões publicas onde não tem respaldo legal, sendo proativo na inércia do legislativo, interpreta a constituição aplicando a norma mesmo em situações não expressamente contempladas em seu texto, sempre expandindo seu alcance. Substitui o papel do legislador criando normas para o caso concreto que servirá de argumentos para outros futuros casos.

Tanto a judicialização quanto o ativismo Judicial tem que ser repensado a questão da legitimidade democrática, aquelas determinadas pelo legislador constituinte; capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre determinadas materiais e os limites normativos substanciais da função jurisdicional e os riscos para a legitimidade democrática, a politização da justiça. Ficar atento para tais questões e sempre as questionar a luz da Constituição, da intenção do legislador originário, para não colocar em risco um Estado Democrático de Direito, conquistado e garantido na Constituição Brasileira de 1988.

4 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA DO INDIVÍDUO ACOMETIDO POR TRANSTORNOS MENTAIS

O corrente capítulo discorre de forma breve sobre a intervenção do Estado na sociedade e na saúde do indivíduo portador de transtorno mental, que necessitam de intervenção estatal para tratamento médico hospitalizado, realizando uma ponderação no direito à saúde e o de liberdade em seus diversos níveis do processo da internação compulsória. No último tópico deste capítulo, será apresentado o procedimento da internação compulsória, relacionando a regulamentação legal com a prática do Judiciário. Levantando alguns questionamentos legais aproximando-se ainda mais do objetivo central do trabalho.

No decorrer da evolução da sociedade, na sua forma de organização social, do trabalho e da política foi gerando questões sociais, levando a uma desigualdade social, num contexto da supremacia dos mais fortes sobre os mais fracos economicamente. A exploração da mão de obra levando a maioria da sociedade a uma pobreza sem acesso aos recursos existentes.

O Brasil sofreu influência por tal movimento, porém não conseguiu suprir as necessidades sociais e implementar políticas que resolvessem as questões sociais e não conseguiu reduzir a desigualdade social. Com a Constituição de 1988 o Estado, pautado num Estado Democrático de Direito, consolidou através dela, um contrato que garante direitos fundamentais a todos os indivíduos e limitações aos Poderes do Estado. Pois este, é a união dos interesses do povo, representa a vontade geral para manter sempre a paz social, pois os interesses individuais são divergentes, necessitando muitas vezes da intervenção do Estado que é legítimo para dirimir os possíveis conflitos de forma direta ou dando instrumentos para que o cidadão realize interferindo somente em situações extremas.

Atua nessas situações aplicando sanções para o cumprimento do que rege a Carta Magna, regulando a vida social, intervindo na vida dos indivíduos. Em nome dessa função de preservar os interesses da sociedade como um todo e de ser o responsável por manter a paz social adota condutas radicais, gerando aqueles que deveriam proteger a insegurança, anomias e promove a injustiça em muitos casos.

O Brasil mesmo tendo uma conduta intervencionista sofre com os problemas sociais, pois possuem uma conduta inadequada na intervenção pública na vida particular. Como é verificada a ineficácia na tentativa de diminuição do uso de drogas como um problema de saúde pública e acaba gerando um aumento no consumo, aumento da violência pelo tráfico de drogas e armas. Outro exemplo de intervenção do Estado na vida privada, com a intenção de proteger a vida, proíbe a interrupção voluntária da gestação, intervindo diretamente no direito da mulher sobre o próprio corpo. Mas em vez de promover a vida, acaba provocando muitas mortes dessas mulheres que procuram procedimentos por pessoas despreparadas.

O Estado intervém na vida do paciente de transtorno mental, determinando internações para tratamento usando a força do Poder Estatal, buscando garantir a segurança da sociedade e em nome da paz social, restringe o direito do particular, seu direito à liberdade. Gerando as várias internações psiquiátricas a cronicidade da doença, sem estímulos a tratamentos ambulatoriais. A intervenção do Estado como será aprofundada nos próximos tópicos é necessária em determinados casos, que deve ser analisado caso a caso. Porém, o que se chama atenção é para que o Estado regule ações administrativas pelo Poder Executivo de efetivação de uma Política de Saúde mental já existente, que não restrinja direitos ao cidadão.

4.1 Uma Ponderação: Direito à Liberdade x Direito à Saúde

O Brasil um Estado de Direito Democrático Constitucionalista, garantiu na Constituição Federal de 1988, direitos fundamentais aos seus cidadãos, direitos assegurados como cláusula pétrea, invioláveis e indisponíveis. Traz expressamente logo no início de sua carta os direitos assegurados no seu artigo 5º, caput, e dos seus 78 incisos § 2º:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 78, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O parágrafo segundo do inciso 78 a Constituição, esclarece que os direitos assegurados em sua carta não excluem outros por princípios adotados por ela ou tratados internacionais. Como os trazidos no artigo 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.

Aqui, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, porém com rótulos diferentes, são todos essenciais para a existência do ser humano. Diante disto, a supremacia e tem aplicação imediata. Veja: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º, Constituição Federal).

Esses direitos fundamentais essenciais para a existência do ser humano deve ser observado pelos órgãos estatais e são proibidos pela própria constituição se serem suprimidos por qualquer outra norma derivada ou reformadora, como traz expressamente no artigo 60 §4º:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”. Mantendo assim intacta a carta magna e conseqüentemente os direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

Esses direitos fundamentais, citados acima, são pautados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, um dos eixos centrais da Constituição Brasileira de 1988, do Estado Democrático de Direito, tendo que ser observados pelos órgãos estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) para que sejam garantidos na maior

extensão possível em suas atuações, não sendo permitida em qualquer hipótese a ofensa a tal princípio, tendo que haver um respeito pelos órgãos estatais.

No que tange ao direito a saúde, especificamente, a Constituição Brasileira em artigo 196, traz que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Enfatiza que a saúde é um direito e todos, trazendo a ideia de universalização, igualdade e a responsabilidade do Estado em proporcionar essa assistência à saúde, seja no âmbito da prevenção, proteção e recuperação. Mediante políticas públicas que visem garantir a saúde sejam elas sociais ou econômicas.

Segundo Prado, o direito à saúde:

(...) está inserido dentre os direitos fundamentais e, com isso, configura-se como marco da passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, pois passa a impor um dever ao Estado. Assim, busca-se uma ação positiva, através de uma efetiva e eficaz prestação do direito à saúde. (PRADO, 2012, 10).

Oliveira coloca que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, principal fonte dos direitos sociais, estabelece em seu artigo XXV:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (OLIVEIRA, 2019, p. 9).

O direito a saúde é algo muito amplo, que vai além das questões biológica da doença, já que está associado ao bem maior em nível de complexidade, uma vez que é interligado a outros bens e direitos fundamentais e está associado a ideia do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Uma interligação complexa, destaca-se em que se desconsiderar uma destas vertentes configura-se a inconstitucionalidade da conduta.

Oliveira reforça este pensamento, dizendo que:

O direito a saúde é direito necessário para uma condição de vida e bem-estar social, constituindo, desta forma, a sua denominada forma de Direito Social, ultrapassando a ideia de se concretizar apenas com a oferta dos serviços de saúde, pois está interligado a dignidade da pessoa humana, sendo esta imagem que sobressai no Estado brasileiro, tendo em vista a estrutura de Estado Democrático de Direito trazida pela CRFB. (OLIVEIRA, 2019, p. 12).

Partindo do pressuposto que o direito a saúde, está interligado a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição atual. Como traz a ideia Barroso (2009. P.10) que “toda a sociedade deve viver dignamente, cabendo ao Estado constitucional de direito se manter gravitando em torno deste princípio e também da centralidade dos direitos fundamentais”, não devem ser considerados em segundo plano os direitos sociais, como se os direitos estivessem uma escala de valores, de hierarquia, além de estarem interligados com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, eixos do Estado Democrático de Direito.

O direito à liberdade consta no rol dos direitos e garantias fundamentais individuais assegurados na Constituição Federal, no seu artigo 5º no caput. Traz diversas modalidades de liberdade, a carta aborda uma pluralidade de liberdade, pela amplitude axiológica do termo e pelas diferentes relações, são classificadas por Silva:

(...)Sobre as formas de liberdade que são divididas em “cinco grandes grupos”: (1) Liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção, de circulação); (2) Liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); (3) Liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); (4) Liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício

de trabalho, ofício e profissão); (5) Liberdade de conteúdo econômico e social. (SILVA, 2008, p. 235).

De todas as modalidades citadas acima, será abordada a do primeiro grupo, a liberdade da pessoa física, do direito de ir e vir, da locomoção. Porém esse direito é relativizado pelo princípio da legalidade, pois a mesma Constituição que assegura o direito de liberdade e a que a limita no seu artigo 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Todos têm que seguir a lei para conduzir suas ações, mas sua liberdade vai até aos limites da lei, princípio da legalidade que relativiza o direito à liberdade, pois se não houver a relativização acaba, inevitavelmente, ocorrendo a supremacia do mais forte pelos mais fracos, principalmente, do Estado sobre o indivíduo.

A liberdade de locomoção não pode ser restringida ao indivíduo, referido direito é fundamental e não pode ser violado de forma inconstitucional pelo Estado ou por qualquer outra pessoa. Caso seja necessária a privação da liberdade a Constituição determina que a pessoa passe por um julgamento onde tenha a oportunidade de manifestar sua defesa, respeitando assim, o devido processo legal, princípio explícito na Constituição em seu Artigo 5º, LIV -“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Todos os direitos fundamentais possuem características de relatividade, por serem princípios constitucionalmente garantidos, sem hierarquia entre eles, mas que quando ocorre choque entre os direitos fundamentais, entre os princípios, tem que haver a decisão de qual é o mais adequado, qual deve prevalecer no caso concreto.

Por isso a característica de relatividade e não o caráter absoluto. Tal choque entre eles é comum acontecer num Estado Democrático de Direito que refletem várias ideologias diferentes e essas ideologias, por diversas vezes acabam chocando-se entre si. Como afirma Marmelstein:

As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito.

Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão. (MARMEELSTEIN, 2008, p. 365).

Surge este conflito quando temos um paciente que necessita de uma internação compulsória para tratamento de uma patologia psiquiátrica, usufrui de seu direito a saúde, porém este entra em choque com o direito a sua liberdade, visto que os tratamentos são institucionalizados e por um longo período.

Para Alexandre de Moraes:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade). (MORAIS, 2003, p. 61).

Assim, quando há o choque de dois princípios reconhecido pela Constituição, será analisado o caso concreto, as circunstâncias particulares inerentes ao caso, analisando qual tem maior relevância, mais valor em atender a necessidade no caso, prevalecendo um sobre o outro, ocorrendo uma ponderação. No caso concreto de choque entre o direito a saúde e direito à liberdade, um será restringido para proteção e preservação do outro.

Nas internações compulsórias, que o paciente fica em tratamento psiquiátrico contra a sua vontade, restringindo a sua liberdade mesmo que temporária em favor do direito à saúde, a sua vida, um bem maior, de maior valoração, pois sem a vida não se consegue usufruir dos outros direitos fundamentais, é o originário. Mas assim que a saúde for estabelecida o direito a saúde passa a ser secundário e o direito à liberdade a ter uma maior valoração, a ter prioridade. Essa colisão de direitos fundamentais nessas circunstâncias é complexa e dinâmica, necessitando de uma ponderação para chegar à solução do conflito e não violar o direito que no caso e no momento obtiver tem maior valoração.

4.2 A Internação Compulsória: Panorama Geral

A reforma psiquiátrica no Brasil trouxe uma mudança de paradigma na assistência à saúde mental no país.

Com uma proposta da desinstitucionalização hospitalar para tratamento psiquiátrico, lutou por implantar uma reestruturação da assistência na saúde mental, ganhando forças com a Declaração de Caracas (1990), uma conferência convocada pela Organização Mundial de Saúde para elaborar um documento com o título “A reestruturação da atenção psiquiátrica na América Latina: uma nova política para os serviços de Saúde Mental”.

Mas foi através da promulgação da Lei Federal 10.216 de 2001 que foi consolidado os princípios ideológicos da Reforma Psiquiátrica no Brasil, na lei foi positivado um modelo de assistência à saúde mental garantindo um amplo direito da pessoa portadora de transtorno mental, tendo como estratégia a conversão do sistema de cuidado a partir da substituição radical do Hospital por um rol de serviços abertos e comunitários. Capazes de assistir o paciente desde a crise aguda e as demandas de cuidados psicológicos até as necessidades mais amplas de caráter social. Dentro desta ideologia, a lei regulamenta as internações involuntárias, umas das grandes preocupações da Reforma que busca impedir que ela ocorra de forma desumana, para isto elaborou um sistema de controle dessas internações.

A lei regulamentou três espécies de internações psiquiátricas em seu artigo 6:

Art. 6º: A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

A internação psiquiátrica pode ser voluntária, involuntária ou compulsória. A voluntária ocorre quando o usuário toma a iniciativa da internação ou expressamente consente a mesma. A involuntária se dá sem o consentimento do paciente por estar no momento, pelo agravamento da doença, sem condições de discernir o que é melhor pra si, portanto é um ato médico que incide sobre paciente em momento crítico da doença, pode ser solicitado por terceiro ao médico. Mas o responsável técnico da unidade de internação deve comunicar até 72 horas da internação o Ministério Público assim como sua alta também. Já a internação compulsória é determinada exclusivamente por decisão do juiz competente, após requerimento em uma petição inicial movido pelo autor, com justificativa de um laudo médico circunstanciado que acompanha o paciente ou que avaliou naquele momento. Laudo que justifique o motivo da internação, que ateste que o paciente não está se beneficiando com o tratamento ambulatorial ou, por estar se recusando ao tratamento, colocando em risco a sua integridade física e a de terceiros. Neste modelo de internação, a lei concede como uma exceção ao tratamento psiquiátrico, somente nos casos de perigo iminente e quando não consegue inserir o usuário em nenhum outro serviço de tratamento assegurado pela própria lei. O usuário desta internação compulsória são as pessoas portadoras de transtornos mentais e os dependentes químicos (usuários de crack, maconha, bebida alcoólica, cocaína e etc.), todos que necessitam de tratamento psiquiátrico e que naquele momento pelo estágio agudo da doença não consegue discernir o que é melhor pra si, necessitando de uma coerção para o tratamento.

Assim, é solicitado ao juízo competente (da vara da família) um pedido de internação compulsória, instruído por um laudo médico circunstanciado que alegue a necessidade da internação. O juiz é provocado para analisar em cima de um caso concreto, analisa e fundamenta o procedimento judicial liminarmente ou de mérito a decisão de procedente ou improcedente a internação compulsória. É imprescindível que o juiz cumpra a lei, analisando no caso concreto o laudo médico antes de proferir sua decisão, a atenção ao laudo é essencial para que o juiz não viole a norma vigente e pratique o ativismo judicial.

O juiz não pode fixar tempo para a duração da internação compulsória, pois isto cabe ao médico especialista determinar o tempo da internação. Segundo a lei 13840 de junho de 2019 em seu artigo 23 § 5º “A internação involuntária: III -

perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável”.

O médico é o profissional capacitado para avaliar a evolução do quadro da doença do paciente e atestar a estabilização da doença, bem como se este está apto a receber alta e continuar o tratamento em regime ambulatorial, passando a ser acompanhado pela equipe médica e multidisciplinar extra hospitalar. Ainda neste entendimento, o legislador deixou taxativamente no artigo 8º § 2º da Lei 10.216/2001 que caberá ao especialista responsável pelo tratamento decidir sobre o término da internação.

Art. 8º: A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.

§ 2º: O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

Aqui, o legislador deixa expressamente que a internação involuntária fica a cargo do médico especialista a responsabilidade do término da mesma. Em relação a compulsória não se tem taxativamente de quem é a responsabilidade do término, mas por analogia com a internação involuntária, podemos concluir que o término também é da responsabilidade do médico, assim como para justificar a internação é necessário um laudo médico circunstanciado a alta também deve ser através de um laudo médico.

A internação involuntária ou a compulsória, deverá ser assistida por um médico diariamente e esclarecido ao paciente a necessidade da permanência da internação involuntária. Direto assegurado ao paciente na lei do Art. 2º da Lei 10.216/2001 parágrafo único no inciso V: “ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária”. O que se observa, que não são todos os juízes que compreende que a internação compulsória é uma internação involuntária, pois é contra a vontade do paciente e ocorre por força de uma determinação judicial. Assim, muitos não adotam o que a lei traz a respeito da periodicidade das internações, que é algo particular de

cada pessoa pelo desenvolvimento da recuperação da doença e que o médico e o especialista para atestar tal fato. Muitos juízes acabam no ato da sentença que profere a favor da internação compulsória determinando um período mínimo para a internação, indo além do que a lei fala.

A lei traz o período máximo de noventa dias, justamente por compreender que é um tempo hábil para a estabilização do quadro psicopatológico do paciente, pois este é o objetivo de uma internação psiquiátrica. Com esta atitude, de fixar prazo para a internação além do que a lei determina, não ouvir a orientação médica em dar alta ao paciente, que é o que tem competência técnica para dar alta de um tratamento. Com esta conduta acaba criando suas próprias normas, criando determinação além da intenção do legislador, usa de sua capacidade de discricionariedade para ir além da sua competência determinado constitucionalmente pela separação dos Poderes do Estado. Esta prática é ativismo judicial que cria norma onde não se tem.

As determinações das internações compulsórias pelos juízes nem sempre observam a regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS), por ter força de ordem judicial determina-se a internação sem verificar a questão de vagas no SUS: existência de vagas nas Unidades de Internação.

Visto que pela Política da Reforma Psiquiátrica os leitos psiquiátricos em Hospitais Especializados foram reduzidos e os leitos nos Hospitais Clínicos são restritos, gerando uma demanda reprimida de assistência nesse setor. Na região de Presidente Prudente, a ordem judicial é encaminhada ao CROSS (Central de Regulação de Ofertas de Serviço de Saúde) que verifica a vaga nas Unidades de Internação. Caso não tenha, o paciente fica aguardando em uma unidade de emergência da rede de saúde até surgir a vaga. A busca de uma intervenção do judiciário nas internações compulsórias, em muitos dos casos, são pelo ato de desespero das famílias que procuram o judiciário para conseguirem a internação, pois não conseguem vaga no SUS. Isso fica demonstrado com o aumento das internações no Hospital Psiquiátrico na região de Presidente Prudente nos últimos cinco anos. Em 2015 teve 33 (trinta e três) internações compulsórias, em 2016 com 78 (setenta e oito), em 2017 com 90 (noventa), em 2018 com 110 (cento e dez) e 2019 que ainda estamos no mês de outubro já está com 99 (noventa e nove) internações. O que era para ser uma exceção

passa a ser regra. Muda-se o foco da internação compulsória, pois como não há vaga nas Unidades Hospitalares o paciente passa pela emergência e fica em observação por médico não especializado por algumas horas e logo é liberado não estabilizando o quadro da doença, voltando a ter reincidências de crises. Um problema a ser enfrentado pelo Poder Executivo, pelo Legislativo que recai sobre o Judiciário.

A compulsória deverá ser a exceção para aos casos em que há necessidade de tratamento e o paciente se recusa a fazê-lo. Trazendo alguns entraves na desinternação deste paciente, ela ocorre somente com a autorização do juiz que a determinou, o médico que o acompanha durante a internação mediante laudo médico solicita a alta do paciente que poderá ser aceita ou não pelo juiz.

Muitos juízes rejeitam o laudo médico e recusam a desinternação do paciente, sem fundamentação legal e técnica para tal conduta. Mesmo que seja fundamentada, qualquer argumento não seria de encontro com a lei que regulamenta a internação compulsória, que a traz como último recurso para resguardar a vida do paciente, quando este não se adaptar a nenhum outro tipo de tratamento extra hospitalar. A lei 10.216/2001, em seu artigo 4º: “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra hospitalares se mostrarem insuficientes”. O legislador, estabeleceu que as políticas públicas de prevenção e tratamento extra hospitalar deverão ser a regra, a internação em qualquer modalidade é a exceção, somente deverá ser aplicada quando os recursos extra hospitalares não forem o suficientes. Também passa despercebido o parágrafo único deste artigo na mesma lei, que garante como direito ao paciente sua inserção ao seu meio de convívio social: artigo 4º, § 1º: “O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio”.

Deixa-lo mais tempo internando infringe o propósito da internação compulsória, que é forçá-lo a um tratamento em âmbito hospitalar pela gravidade do caso por tempo determinado, saindo da fase aguda da doença recebe alta para continuar o tratamento em âmbito ambulatorial inserido no seu contexto social.

O juiz solicita na decisão da compulsória, que a equipe médica que acompanha o paciente na alta, informe ao mesmo mediante relatório descritivo a aptidão do paciente para alta hospitalar.

Em todos os casos, é enviado este relatório e o paciente só tem alta quando o juiz autoriza, porém em muitos casos, mesmo o médico sendo a favor da alta o juiz impede a alta do paciente.

Chegando a negar a alta por mais de uma vez sem justificativa médica. A internação trata-se de uma justificativa médica ou não? Pela lei sim, traz no inciso V do artigo Art. 2º que: “ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária”. Percebe-se que quem determina a necessidade da permanência no tratamento da internação é o médico, pela determinação legal e pela própria competência técnica.

A compulsória não pode ser tratada como um castigo, uma penalidade ou por questões sociais do paciente, deixando-o por um tempo excessivo a necessidade ao tratamento hospitalar. Privando o paciente de seu direito à liberdade, direito fundamental garantido constitucionalmente. Uma decisão judicial que determina o prazo da internação é uma decisão abusiva, indo contra a constituição, contra a lei infraconstitucional e sem efeito terapêutico para o paciente. Este é o sujeito a ser analisado ao determinar a internação compulsória e não a sociedade e a família. O que é melhor para o paciente, resguardando sua integridade física garantindo uma assistência médica especializada, protegendo dos riscos que ele pode provocar a si mesmo. Se o olhar estiver voltado para o paciente, assim como foi a vontade do legislador da lei 10.216 de 2001 e da Lei 13.840 de 2019, será dada a alta o mais rápido possível com o aval do médico que o acompanha. Não é a duração da internação que garantirá a estabilidade da doença fora do hospital, analisando os dados estatísticos de um Hospital Psiquiátrico da região de Presidente Prudente, os pacientes permanecem um longo período no hospital, recebem alta e retornam em um breve espaço de tempo. No período de janeiro de 2015 a outubro de 2019 obteve-se várias reinternações. Em média, a internação dura 91 dias, mas existem muitos casos que ultrapassam esse período, chegando há quase um ano. Destaca-se que tal problemática, do aumento dos pedidos de internação e das reinternações demonstradas, é uma questão de política pública de saúde e de assistência. O Poder Executivo não consegue garantir a efetividade da vontade do legislador, que determina sendo de responsabilidade do Estado a assistência à saúde aos portadores de transtorno mental no Artigo 3º:

É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Faltam Unidades de Atendimento as pessoas acometidas de transtorno mental na rede de atenção à saúde pública, existem propostas condicentes com a legislação, como os CAPS (Centros de Atenção Psicossocial) são centros de atenção à saúde mental da comunidade, que visam atendimento mediante uma equipe multidisciplinar que acompanha casos de distúrbios mentais leves e moderados diariamente. Porém existem poucas unidades desses CAPS, deixando uma demanda reprimida na sociedade de pessoas sem atendimento e muitos Municípios, ainda, não tem esse tipo de atendimento especializado. O Poder Executivo dos municípios não aplica na totalidade a vontade do legislador na atenção à assistência à saúde mental, não há uma rede efetivada de atenção à saúde mental garantido na lei. O Estado não garante o mínimo existencial e isto gera uma demanda ao Judiciário nos casos singulares e concretos pelo reflexo da não efetivação da legislação pelo Poder Executivo.

O Judiciário ao invés de ter uma conduta configuradora de ativismo judicial e adentrar na esfera de deliberação administrativa do executivo, poderá requer ao Ministério Público que busque mediante ajustamento de condutas ou proposituras de ações para obrigar o poder público a enfrentar de forma efetiva a falta de atendimento das unidades de assistência à saúde mental extra hospitalar, como o CAPS bem como a regulamentação de vagas nos hospitais psiquiátricos para as internações quando necessárias. E dentro desse novo direcionamento, se a propositura da ação for obrigar o Estado a fornecer tratamento médico, a causa de pedir é outra, tendo a competência para julgar o juízo da Fazendas Publicas, Estadual, Municipal, ou mesmo da Justiça Federal.

Outro ponto a ser questionado no procedimento da internação compulsória, é a violação ao princípio do contraditório, da ampla defesa. Ao juiz proferir a decisão favorável a internação compulsória, cumpre-se a obrigação de fazer

onde o paciente de transtorno mental é parte legítima para a demanda, devendo ser citado, porém nem todas as vezes o réu (paciente) notificado pessoalmente de sua citação para se manifestar no processo, quando é citado pessoalmente, o oficial faz a notificação da citação nas dependências do Hospital, paciente assina e não tem condições de psíquica e de locomoção para contratar um defensor, passando o prazo para se manifestar, como não fez concede revelia. Porém nesses casos, como na petição inicial consta que se trata de pessoa portadora de transtorno mental, o oficial de justiça, ao tentar citar a pessoa requerida com transtorno mental, “O oficial de justiça descreverá e certificará minuciosamente a ocorrência” e “Reconhecida a impossibilidade, o juiz nomeará curador ao citando, observando, quanto à sua escolha, a preferência estabelecida em lei” (art. 245 do CPC §1º e §4º). Nesses casos, verificando a revelia deveria ser nomeado um defensor dativo ao paciente para cumprimento do princípio do contraditório e da ampla defesa. Este é o papel da defensoria pública exercer a curadoria especial, que deveria ser nomeada pelo juiz ao reconhecer a incapacidade do passivamente legitimado mesmo que seja uma incapacidade temporária, pois ficou sem defesa e isso traz nulidade ao processo desde então. Traz efeito ao processo de nulidade absoluta sobre os efeitos materiais da decisão judicial.

Cabe ressaltar, que o direito de atender a necessidade de atendimento em caráter de urgência a tratamento hospitalizado, assegurando um direito a vida, a saúde, não prescindem da observância ao direito de defesa.

5 CONCLUSÃO

No Brasil, sistema de gestão constitucionalista, ditou em sua Constituição vigente a funcionabilidade dos órgãos dos Poderes Estatais, exercida pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Foram criadas pelo legislador constituinte para desenvolverem funções estatais de forma harmônica, sem concorrência entre os poderes, com funções típica e atípica determinadas, para que cada órgão tenha sua especialidade no exercício de sua função. Estas funções constitucionalmente definidas, são específicas e independentes de cada órgão. A especialização funcional, enfoca que cada órgão corresponda a uma função principal, a finalística, a típica, porém a eles se agrega a uma função secundária, a atípica que tem o objetivo de subsidiar e auxiliar a cada órgão, obtendo os meios necessários para atuarem sem sujeição aos demais.

As funções típicas e atípicas para que se desenvolva de forma harmoniosa, o legislador constituinte desenvolveu um sistema de controle entre os poderes, para que um não venha a sobrepor ao outro. Um sistema de freios e contrapesos, que proporciona independência entre os poderes, mas não de forma absoluta, havendo interferências, controle das funções de um órgão sobre o outro. Trata-se de um controle recíproco, que deverá funcionar de forma harmoniosa para que um não domine o outro, sem a usurpação de funções e sim uma consciente cooperação entre si.

Fica evidenciado que, o legislador constituinte brasileiro, traçou um sistema de divisão de poderes com funções bem definidas para que um não sobreponha ao outro, obrigando estes através dos mecanismos de freios e contrapeso, uma atuação harmônica entre eles. Garantindo o equilíbrio necessário para realizar o bem-estar da sociedade e consequentemente evitando o arbítrio de um Poder sobre o outro, garantindo o Estado Democrático de Direito.

Mas o que se observou que o Poder Legislativo e o Executivo passam por crise no que tange a suas funções, deixando de desenvolver suas atribuições traçadas na Constituição em muitas vezes na totalidade e outras parcialmente. Ficando uma lacuna de necessidades na sociedade e o cidadão acaba

procurando o Judiciário na tentativa de saciar suas necessidades emergentes. O Judiciário em dever em dar resposta ao caso concreto, acaba expandindo sua atuação, porém ultrapassa em muitas vezes o limite de sua atuação constitucionalmente definida, chamada pela doutrina de ativismo judicial, colocando em risco o Estado Democrático de Direito e quebrando a harmonia entre os Poderes.

Fica demonstrado, essa expansão do Judiciário nas decisões favoráveis as Internação Compulsória, um recurso que a população pode utilizar para forçar alguém que não tem condições pelo grau de gravidade da doença de transtorno mental a responder por si e procurar voluntariamente a internação para tratamento. Tal demanda tem aumentado no Judiciário, pois as famílias têm encontrado muitas dificuldades em encontrar vagas e até mesmo a dificuldade em conseguir a internação involuntária. Por questões de administração do Poder Executivo existem poucos serviços que atendem essa demanda em regime extra hospitalar e quando tem são atendimentos limitados, gerando uma demanda alta para tratamento hospital pela reincidência da crise da doença do paciente. Determinação judicial faz surgir a vaga pra determinado paciente, resolvendo no caso concreto. Porém, o judiciário anda desatento com a legislação da internação compulsória, que traça toda uma proposta de preocupação em proteger o paciente e que não comentam nenhuma arbitragem com o mesmo. Mas na prática o que se observa é que o judiciário acaba violando o direito à liberdade do paciente além da lei 10.216 de 2001, criando suas próprias regras ao determinar que o paciente só sairá de alta hospitalar com sua autorização. A lei é clara, não deixa dúvidas para duplas interpretações, é critério médico a necessidade de internação quanto a sua permanência na internação involuntária. As internações compulsórias é um instrumento importante e necessário em muitos casos, porém precisa ser respeitada a pessoa portadora do transtorno mental que já sofre com a patologia para que seus direitos sejam garantidos, direitos esses garantidos em lei infraconstitucional e principalmente os garantidos constitucionalmente como cláusula pétrea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Franca: Direito Franca, 2012.

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

CAMBI, Eduardo. **Protagonismo Judiciário Responsável**. Goiás: UFG, 2012. Disponível em: <https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/215-427-1-SM.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes: O poder Congresso de sustar atos normativos do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GERÔNIMO, Guilherme. **O ativismo do judiciário em face da omissão legislativa e executiva**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2017.

JÚNIOR, Antonio Umberto de Souza. **O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial limites institucionais, democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

MONTEIRO, Zenaida Tatiana. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-efetivacao-do-direito-a-saude-no-brasil>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferências entre Poderes do Estado**. Brasília: Revista de Informação Legislativa nº 103/13, 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181961>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

OLIVEIRA, Rodrigo de. **A Judicialização da Saúde: ameaça ou solução para efetivação dos direitos sociais?** Maranhão: Joinpp, 2015.

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

REIS, Wanderlei José dos. **A dignidade da pessoa humana e as internações compulsórias determinadas pelo judiciário**. Teresina: Jus, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35275/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-as-internacoes-compulsorias-determinadas-pelo-judiciario>. Acesso em: 29 de outubro de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª Edição. São Paulo: Meditadores, 2010.