

A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Andréa Letícia Carvalho Guimarães

RESUMO: Este artigo tem por finalidade apresentar os resultados finais da pesquisa desenvolvida durante os meses de março de 2010 e fevereiro de 2011, que teve como órgão de fomento a FAPEMIG. A relevância do tema aumenta na medida em que se evidencia a efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário e a sua interferência nas políticas públicas do Estado e diante dessa situação observa-se diversas problemáticas como: quais seriam os limites e os critérios para os juízes atuarem dentro do caso concreto? Seriam legítimas essas decisões que interferem nas políticas públicas do Estado? Além do mais, os magistrados devem ter a consciência de que a realização dos direitos sociais não depende somente da vontade do Estado, pois a efetivação desses direitos está estreitamente ligada à escassez de recursos, aos custos dos direitos e à cláusula de reserva do possível. Assim, diante desse cenário, surge a necessidade de se estudar essa ação provedora do Poder Judiciário, verificando a legitimidade dessas decisões, para que ao serem proferidas, não entrem em confronto com a ordem democrática e colida com outras normas jurídicas estabelecidas no ordenamento como o princípio da separação dos poderes, da unidade do sistema jurídico. Há, também, a possibilidade de, através da pesquisa, construir parâmetros e critérios que possam nortear a atuação do Poder Judiciário no momento de decidir as questões que envolvam a efetivação dos direitos sociais.

Palavras-chave: direitos sociais; políticas públicas; Poder Judiciário; políticas públicas.

ABSTRACT: This article aims to present the final results of research research developed during the months of March 2010 and February 2011, which had agency fostering the FAPEMIG. The relevance of the subject increases as evidence that the realization of social rights by the Judiciary Power and its interference in public policy of the state and in this situation there are various questions like: which would be the limits and the criteria them judges inside to act of the case concrete? Are these legitimate decisions that affect public policy of the state? Moreover, judges should be aware that the realization of social rights depends not only on the will of the state, for the effectuation of these rights is closely linked to resource scarcity, the costs of rights and the reserve clause as possible. Thus, in this scenario, there is the need to study this action of the Judiciary, verifying the legitimacy of those decisions, so that when they are made, do not come into confrontation with the democratic order and conflict with other established rules of law in the order as the beginning of the separation being able of them, of the unit of the legal system. There is also the possibility, through research, build parameters and criteria that will guide the actions of the Judiciary Power in deciding questions involving the enforcement of social rights.

Keywords: social rights, public policies, judiciary, public policies.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais estão positivados no capítulo II, nos artigos 6º a 11º, da Constituição Federal; são aqueles que direcionam a inserção das pessoas na vida social, satisfazem as suas necessidades básicas e visam o bem-estar social da pessoa humana, por exemplo: o direito à saúde, à educação, ao bem estar social, à liberdade de expressão e de pensamento, ao trabalho, o direito de greve, além de outros.

Assim, se observa que o debate sobre os direitos sociais é de grande relevância não apenas para a ciência do Direito, mas também para a própria existência humana, pois abrange direitos necessários para a existência digna do homem, e, desse modo, prescinde de estudos acerca da sua efetividade e justificação.

Esses direitos caracterizam-se como direitos negativos, pois exibem o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; e também cria o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia dos direitos essenciais.

Para Ricardo Lobo Torres (2009), a jusfundamentabilidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial. A idéia do mínimo existencial ou do núcleo da dignidade da pessoa humana procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, menor (minimizando o problema dos custos), mais preciso (procurando superar a imprecisão dos princípios) e, o mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado. Este núcleo seria associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias.

Deste modo, a não realização dos efeitos prestacionais compreendidos nesse mínimo, constitui violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo possível syndicar judicialmente a prestação equivalente.

Diante disso, os direitos sociais dependem de uma prestação estatal para serem efetivados; subordinam-se, em regra, à realização de políticas públicas e gastos públicos por parte do Estado.

As políticas públicas podem ser consideradas como o programa de ação governamental que visa realizar objetivos determinados. Em um Estado Democrático de Direito, os objetivos devem guardar uma vinculação às prescrições constitucionais.

É notório que a realização dos objetivos públicos demanda recursos financeiros do Estado, que são escassos e, por isso precisam ser planejados. Desta forma, quando tais direitos não são efetivados (Executivo e Legislativo), diante de diversos argumentos como escassez de recursos, os custos dos direitos e a cláusula da reserva do possível, o cidadão pode pedir, por meio de uma ação judicial, ao Poder Judiciário que obrigue o Poder Público a efetivar certo direito social previsto constitucionalmente.

A efetivação do direito ocorre sob o argumento que cabe ao Poder Judiciário o controle dos atos da Administração Pública e este deve gerar efetivo desenvolvimento social do cidadão.

Além do que a nova realidade social pós Constituição de 1988 fez surgir um novo tipo de prática social voltada à defesa dos direitos sociais, constando-se um desempenho do Poder Judiciário na função integralizadora da ciência jurídica, acima de tudo nos casos em que a lei possui um grau de generalidade muito grande.

Neste início de século, observa-se também a expansão do Poder Judiciário no que se refere ao alcance de suas decisões, sobretudo, em questões políticas, morais e científicas profundamente complexas. Esse fenômeno desenvolve-se através da mudança na forma interpretativa das normas constitucionais, por meio da irradiação de seu conteúdo principiológico nas decisões judiciais, conferindo máxima efetividade aos direitos constitucionalmente previstos na Magna Carta.

Deste modo, surge a necessidade de se estudar a atuação do Poder Judiciário, verificando a legitimidade dessas decisões, e tentando estabelecer critérios, para que estas decisões, não entrem em confronto com a ordem democrática.

1. MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa foi feita através de análise da jurisprudência nacional e das doutrinas (nacional e estrangeira), atendendo também ao método dedutivo de pesquisa bibliográfica a fim de se alcançar uma execução satisfatória do plano de trabalho.

Adotou-se a pesquisa doutrinária, com o intuito de apreender as concepções teóricas a respeito do tema. A seleção do material bibliográfico utilizado ocorreu após a

leitura prévia de algumas obras, notadamente as que analisavam mais profundamente o tema e que possuíam, de forma reconhecida, maior repercussão e qualidade na seara da literatura jurídica.

O método utilizado para este tipo de pesquisa foi o dedutivo, ou seja, a partir dos conceitos e proposições trazidas pelos textos selecionados é que se deu início à discussão do tema, para que fossem alcançados resultados e conclusões satisfatórias.

Além disso, a abordagem metodológica do projeto de pesquisa pressupõe uma perspectiva interna ao sistema judiciário, particularmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, que se propõe a analisar, dentre outras importantes questões, o papel institucional desempenhado atualmente pelo tribunal tendo em vista o seu maior “ativismo” em recentes decisões sobre a temática do projeto e a autocompreensão de algumas decisões importantes dos ministros do STF, especialmente, no que se refere a efetivação dos direitos sociais (contornos do direito à saúde, do direito à educação, a questão do mínimo existencial, a judicialização dos direitos sociais, etc).

Ademais, foi estudada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175 pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que trouxe importante contribuição para avaliar as conseqüências da judicialização do direito à saúde para ordem democrática brasileira e, apresentou parâmetros importantes para direcionar a atuação jurisdicional no momento de efetivação dos direitos sociais.

E, ainda, houve participação em diversos Congressos, Seminários e grupos de estudo, o que contribuiu para aquisição de informações relevantes para a pesquisa; e, também, divulgação para a comunidade acadêmica sobre o andamento dos trabalhos realizados. As atividades realizadas foram às seguintes:

- 1) I Colóquio de Direito Contemporâneo do Triângulo Mineiro – participação com apresentação de trabalho e organizadora do evento – certificados anexos. Publicação do artigo: **“OBSERVAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO”** – Realizado dia 02 de abril de 2011 na Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis”. Anais no prelo
- 2) I Congresso da Associação Mineira de Pós-graduandos em Direito – participação com apresentação de trabalho- certificado anexo. Publicação do artigo **“A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: ANÁLISE DE SEUS PRESSUPOSTOS E CONSEQUENCIAS”**. Realizado dia 29 de abril de 2010 na Faculdade de Direito de Professor “Jacy de Assis”. Anais no prelo

- 3) Defesa de monografia – requisito para conclusão do curso de Direito com o tema: **“NEOCONSTITUCIONALISMO: ANÁLISE DE SUA INFLUÊNCIA NO PANORAMA JURÍDICO BRASILEIRO”**, realizada em 14 de junho de 2010, na Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis”.
- 4) Congresso Constituição e Processo: entre o direito e a política- participação com apresentação de trabalho- Publicação do artigo: **“JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DA STA 175 JULGADA PELO MINISTRO GILMAR MENDES NO STF”**. Realizado em 14 de setembro de 2011, na Faculdade de Direito da UFMG, em Belo Horizonte/MG.
- 5) IX Seminário da pesquisa jurídica realizado pela FADIR – participação com apresentação de trabalho – Publicação do artigo **“A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.”** Realizado em 30 de setembro de 2010, na Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis”. Anais no prelo.
- 6) Jornada Jurídica realizada pelo Diretório Acadêmico XXI de Abril- participação com apresentação de trabalho. Publicação do artigo: **“PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR A ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS”**. Realizada nos dias 21 a 25 de junho de 2010, na Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis”.
- 7) 62º Reunião Anual da SBPC – UFRN- participação com apresentação de pôster - certificados anexos. Resumo publicado: **“NEOCONSTITUCIONALISMO: BRASILEIRO”**. Realizado nos dias 25 a 30 de julho de 2010, na UFRN.
- 8) III SEMINÁRIO DA PESQUISA JURÍDICA: UFU- UNESP- UFMG e I SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL– apresentação de pôster e comunicação oral: **“NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DO CASO DA FICHA SUJA (ADPF N°144)”**. Realizado em 27 de agosto de 2010, na Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis”, UFU
- 9) I ENCONTRO REGIONAL DE INCIAÇÃO CIENTÍFICA DA PESQUISA JURÍDICA – apresentação de pôster: **“DIREITO AO MINIMO EXISTENCIAL E A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS JUDICIAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE”**. Realizado em 28 de agosto de 2010, na Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis”, UFU.

- 10) I ENCONTRO REGIONAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA PESQUISA JURÍDICA – apresentação de trabalho. Artigo completo: **“NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DO CASO DA FICHA SUJA (ADPF N°144)”**. Realizado em 28 de agosto de 2010, na Faculdade de Direito Professor “Jacy de Assis”, UFU
- 11) XIX Congresso Nacional do CONPEDI- apresentação de trabalho. Artigo completo: **“NEOCONSTITUCIONALISMO: CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DO POSITIVISMO; POSITISMO INCLUSIVO E PÓS-POSITIVISMO”**. Realizado nos dias 13 a 16 de outubro de 2010, em Florianópolis-SC, na Faculdade de Direito da UFSC.
- 12) X Encontro interno & XIV Seminário de Iniciação Científica – apresentação de trabalho: **“JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS PARA AS DECISÕES JUDICIAIS”**. Realizado no dia 19 de outubro de 2010, na Universidade Federal de Uberlândia.
- 13) Participação no grupo de estudo **“Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas do Direito”** coordenado pelo Professor Msc. Alexandre Garrido da Silva.
- 14) Participação como colaboradora no projeto: **“DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS ENTRE PODER JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA EM PERSPECTIVA COMPARADA”**, orientado pelo Professor Msc. Alexandre Garrido da Silva, financiado pelo PIBEG.

Portanto, pode-se dizer que as participações em grupos de estudos, congressos, e eventos científicos contribuíram efetivamente para a consecução desse trabalho de Iniciação Científica, além do que foi essencial para elaboração do trabalho de conclusão de curso, pois a monografia e o projeto de pesquisa reciprocamente se auxiliaram em prol da investigação científica.

2. DISCUSSÕES E RESULTADOS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, desenvolveram-se várias mudanças no sistema jurídico brasileiro que podem ser assim sintetizadas:

reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; uso de recursos mais frequentes a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio como a ponderação e teorias da argumentação jurídica; constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais para todos os ramos do ordenamento; reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e, por último, a judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. Diante dessas mudanças fez surgir um novo tipo de prática social voltada à defesa do direito à saúde.

A principal transformação refere-se ao papel desempenhado pelo texto constitucional, que não é mais um texto que serve como um esboço de orientação que deve ser simplesmente 'respeitado' pelo Estado, mas sim um arcabouço normativo que determina uma efetiva atuação estatal, irradiando suas normas por todo o ordenamento jurídico.

Neste sentido, quando o Estado não institui políticas públicas suficientes para corresponder aos anseios da sociedade, esta busca no Poder Judiciário respostas para suas necessidades. E, assim, os juízes começam a efetivar os direitos sociais, em especial, o direito à saúde, por meio da concessão de medicamentos e de tratamentos médicos, inclusive experimentais e de elevado custo financeiro.

Assim, interfere-se nas políticas públicas do Estado, o que se torna um grande problema se a judicialização do direito à saúde se tornar excessiva e sem critérios. Observa-se, desta feita, uma ausência de parâmetros normativos no momento de se definir a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, fato que pode revelar-se problemático para ordem democrática brasileira, pois ao se garantir o direito à saúde ao litigante daquele processo, estar-se-ia, ao mesmo tempo, preterindo os demais cidadãos que não ingressaram com a ação.

Nota-se que o Poder Judiciário trabalha com a micro-justiça enquanto os outros Poderes trabalham com a macro-justiça, ou seja, as decisões judiciais, em sua maioria, destinam-se para as partes, o que não ocorre nas outras esferas do Poder, que tomam decisões com efeitos para toda a sociedade.

Portanto, a fim de racionalizar este processo de judicialização da saúde, fenômeno presente na realidade brasileira, objetiva-se determinar parâmetros para que as decisões judiciais não se tornem ilegítimas e contra a ordem democrática.

Dentro dessa busca de critérios, analisou-se a recomendação n° 31 elaborada pelo Ministro Gilmar Mendes, embasada na audiência pública n° 04, que foi realizada com o escopo de fundamentar a decisão proferida pelo STF na suspensão de tutela antecipada n° 175.

Verifica-se que essa recomendação tem fundamental importância na definição de critérios para as decisões judiciais que envolvam a efetivação do direito a saúde, no que se refere à concessão de medicamentos e tratamentos médicos.

Além do que, aconselha aos Tribunais que se estruturam para conhecer dessas demandas, incluindo a matéria de direito sanitário nos editais de concurso para juiz, no curso de formação de Magistrados, e também recomenda que os juízes antes de proferirem a sentença solicitem um parecer técnico e farmacêutico, dentre outras várias orientações práticas.

No julgamento, o ministro Gilmar Mendes argumentou que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do Sistema Único de Saúde. Dessa forma, considerou que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Entretanto, o presidente destacou que essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deva ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz em caso determinado.

A partir dessas considerações, decidiu pela procedência da decisão do TRF da 5° região, devido às provas acarreadas aos autos, que a parte teria o direito aos medicamentos, pois eles seriam necessários ao tratamento, já que o tratamento fornecido pelo SUS não tinha eficácia para o organismo do paciente. Além do que, os entes federados não teriam comprovado a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública capaz de justificar a excepcionalidade da suspensão de tutela. Por conseguinte, foi determinada a concessão do medicamento, que diante do arcabouço probatório, seria o único tratamento eficaz para salvar a vida do paciente em questão.

É possível notar, outrossim, que os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, converteram-se em direitos subjetivos, comportando tutela judicial específica,

determinando ao Estado a responsabilidade pela sua efetivação. Por conseguinte, os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo devem primar em sua atuação pela concretização desses direitos.

E, assim, apresenta-se no cenário nacional a oportunidade para o exercício do ativismo judicial e da judicialização da política.

A judicialização da política define-se, conforme foi exposto, como um processo, um fato institucional que decorre do modelo constitucional adotado em determinado Estado, segundo o qual há a transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e determinar políticas públicas e rever a competência de cada Poder de Estado. Enquanto o ativismo judicial, apesar de ser correlato à judicialização, apresenta-se em uma esfera individual, sendo definido como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados, no sentido de revisar temas e questões - *prima facie* - de competência de outras instituições (BARROSO, 2008).

A decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes utilizou-se de uma postura ativista ao decidir uma questão que caberia, *prima facie*, à Administração Pública determinar, mas, diante da sua omissão, justificou-se a medida em apreço na tentativa de concretização do direito à saúde.

Neste contexto, o Poder Judiciário começa a interferir nas políticas públicas do Estado a fim de efetivar os direitos sociais. A partir de então, surgem diversas problemáticas: até que ponto a intervenção do Judiciário é legítima no que se refere à organização do Estado e da sociedade? Quais seriam os limites normativos e institucionais para os juízes atuarem dentro do caso concreto?

Além do que, os magistrados, no momento de proferirem as decisões, devem se conscientizar de que a realização dos direitos sociais não depende somente da vontade do Estado, pois está fortemente ligada a fatores de ordem material (como o desenvolvimento econômico e a conseqüente disponibilidade de recursos), assim como ao modelo de Estado que a sociedade pretende adotar (liberal social ou democrático).

Igualmente, a efetivação desses direitos encontra-se estreitamente ligada, também, à escassez de recursos, aos custos dos direitos e à cláusula de reserva do possível. Esta é a questão central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de determinado direito social no

caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos que, em muitos casos, não encontrarão respaldo na previsão de recursos disponíveis suficientes para atenderem às decisões judiciais sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas.

Contudo, este viés “judicialista” sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo.

Cabe destacar, ainda, que tal postura ativista enseja a proliferação de decisões extravagantes ou emocionais, que condenam o Estado a modificar as suas políticas públicas, concedendo medicamentos e tratamentos, algumas vezes, irrazoáveis ou de eficácia duvidosa. E, também, não há um critério certo para determinar qual entidade federativa seria a responsável. Tais questões geram gastos, imprevisibilidade e disfunção sistêmica da prestação jurisdicional.

Portanto, deve-se alertar para essa mudança de paradigma constitucional que pode contribuir para uma ingerência no sistema jurídico, concedendo amplos poderes para o Poder Judiciário, deixando todas as questões sob seu crivo, o que pode se tornar bastante arriscado para a democracia brasileira.

Assim, os juízes só devem interferir nas políticas públicas do Estado se este realmente estiver violando os fundamentos da Constituição, pois, como regra geral, deve-se respeitar as opções legislativas e os planos administrativos traçados pelo governo. Caso essas opções e planos não existam, estará justificada a intervenção, porém dentro do razoável, equacionando a teoria do mínimo existencial com a cláusula da reserva do possível, e ainda, por intermédio da construção de critérios objetivos para a interferência judicial na efetivação do direito à saúde, para que esta não acabe por violar princípios constitucionais fundamentais, como o da segurança jurídica e o da separação dos Poderes.

Nesse contexto, constata-se que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais- que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado- e que não pode ser ignorado pelas decisões judiciais. Este limite fático é expresso pelo termo “reserva do possível”, compreendida como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Isso não tem como conseqüência a ineficácia do direito a prestação estatal, mas significa que os direitos sociais não podem ser encarados como se tivessem

um conteúdo absoluto e aplicável para todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

2.1 PARÂMETROS PARA DIRECIONAR A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A efetivação desses direitos está estreitamente ligada à escassez de recursos, aos custos dos direitos e à cláusula de reserva do possível. Esta é a questão central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos que, em muitos casos, não há recursos disponíveis suficientes para atenderem às decisões judiciais sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas.

Verifica-se que os direitos sociais têm por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à criação de bens materiais, tendo uma dimensão econômica, ou seja, para a sua efetiva realização necessita-se analisar a conjuntura econômica.

O Estado dispõe de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelos direitos sociais. A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências, e que, por sua vez, pressupõem preteridos.

Neste aspecto surge a questão: não tendo o Estado condições de suprir todas as demandas, como cumpriria as decisões judiciais? O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade de aqueles que foram preteridos buscarem, por meio do Poder Judiciário, a tutela de seus direitos e, então se questiona sobre a legitimidade democrática, a competência constitucional e a formação técnica desse Poder para a realização dessa tarefa.

A partir dessa constatação, observa-se que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais- que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado- e que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais. Este limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo “reserva do possível”.

A reserva do possível é visualizada especialmente na seara das possibilidades financeiras do Poder Público. Significa que a concreção pela via jurisdicional dos direitos sociais deverá ser moderada, proporcional e razoável por parte dos recursos

disponíveis do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Poder Judiciário competiria ver a razoabilidade e a faticidade das razões apresentadas pelo Poder Público, para verificar se deve ou não exigir a efetivação do direito social.

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, desse modo, deverá haver uma ponderação, no caso concreto, entre as possibilidades financeiras do cidadão, a real necessidade da tutela do direito, e possibilidade de recursos estatais.

É importante notar que isso não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas significa que direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem um conteúdo absoluto e aplicável para todos os casos de um modo definitivo; mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto.

Portanto, a questão da interpretação e aplicação dos direitos sociais é bastante complexa, na medida em que, de um lado, os seus operadores são obrigados a emprestar-lhe máxima efetividade e, de outro, devem observar, outros princípios hermenêuticos como o da unidade da Constituição, da correção funcional, da separação dos três poderes e da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Confere-se ao Poder Judiciário a guarda pelas normas constitucionais, principalmente aos direitos fundamentais, em que o constitucionalismo contemporâneo reveste-os de máxima efetividade, devendo fazê-los efetivos na atuação estatal, qualquer que seja o Poder como também perante a sociedade, como por exemplo, nas relações contratuais entre particulares.

No entanto, para que essa proteção seja legítima deve-se estabelecer limites, devendo a tutela de tais direitos se estabeleça apenas no plano de concretização e efetivação dos valores consagrados na Magna Carta, e não no plano de criação de normas jurídicas, o que adentraria na esfera de competência do demais Poderes.

Desse modo, observa-se que a questão reside na demarcação da atuação judicial no que se refere à garantia da ordem constitucional, pois diante da abertura do sistema jurídico, sendo composto por normas, em sua maioria, que precisam ser interpretadas à luz dos casos concretos, enseja, desse modo, um processo não só de interpretação mas

também de criação de normas jurídicas. Neste ponto, reside a crítica de que o viés judicialista decorrente do neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois pode lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, adentrando na esfera de competência do Poder Legislativo, que foi eleito para esta função de elaboração de normas.

Nesse contexto, o Poder Judiciário ao proferirem suas decisões devem lembrar que quanto maior o grau de incerteza jurídica , e maior atividade interpretativa que realize, chegando a quase “ criar” uma norma , maior será seu dever de fundamentar racionalmente, dentro de critérios objetivos, a sua decisão. E, ainda, cumprem observar a proporcionalidade e razoabilidade do direito que está sendo pleiteado , verificando a real necessidade da medida e as suas consequências na sua efetivação no orçamento do Estado.

Diante dessas considerações, podem ser aferidas como causa dessa situação de criação de normas pelo Poder Judiciário no trecho da obra de André Rufino do Vale:

“A deficiente estrutura e a forte carga axiológica das normas que os asseguram têm o poder de fazer imergir o processo de sua interpretação/ aplicação numa dimensão argumentativa simultaneamente jurídica e moral, emprestando à atividade judicial um caráter inevitavelmente criativo. Nesse contexto, a aparente invasão do direito por técnicas próprias da argumentação moral e o conseqüente desequilíbrio causado na configuração institucional dos Poderes no Estado Constitucional tornam-se alvos fáceis dos críticos que enxergam em tal realidade um risco incalculável para a democracia e para a proteção dos direitos individuais” (Vale, 2009, p.3).

Por isso, o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal deve respeitar as medidas adotadas pelo legislador e pelo administrador público quando estiverem dentro da legalidade, cabendo aos juízes somente analisarem a legitimidade das suas ações em face dos critérios legais e , não sobre o aspecto do mérito, pois tal atitude seria uma interferência abusiva, diante do fato de que os demais poderes tem as suas próprias funções e prerrogativas estabelecidas pelo ordenamento jurídico e essas devem ser respeitadas.

Ademais, o excesso de judicialização pode prejudicar a atuação dos demais Poderes, impedindo que decisões sejam tomadas de acordo com vontade do povo,

através dos seus representantes, o que pode acarretar numa intensificação do desprestígio do voto e das deliberações democráticas, confiando todas as questões ao Poder Judiciário, o que pode resultar futuramente em um “ ditadura de juízes”.

Além disso, os magistrados ao decidirem devem estar atentos aos precedentes já estabelecidos, a fim de manterem a integração do sistema jurídico, a preservação da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência do sistema.

Assim sendo, as decisões judiciais devem se pautar na racionalidade, não se estruturando em juízos pessoais de valores; sendo sempre fundamentadas dentro dos critérios legais; e, ainda, respeitando a esfera de competência entre os Poderes, não extrapolando os limites estabelecidos pela Constituição, ou seja, o Judiciário deve atuar estritamente na proteção dos direitos e garantias fundamentais e, não tentar corrigir o sistema jurídico, criando e modificando leis.

3. CONCLUSÕES

Em um contexto de intensificação do processo de judicialização da política, o STF assume o importante papel de um ator institucional estratégico no sistema político brasileiro. O recente protagonismo dos tribunais no cenário político nacional determinou uma profunda alteração nos cálculos elaborados pelos diferentes atores políticos, institucionais ou não, para o arranjo, composição e consecução de seus objetivos, seja no tocante à implementação de políticas públicas, sejam em relação à modificação das regras do jogo democrático. Neste sentido, “o governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, [tem] que se preocupar em não infringir a Constituição” (CARVALHO, 2004).

Após um balanço dos argumentos favoráveis e contrários ao ativismo judicial, é possível concluir que apenas excepcionalmente cabe ao Poder Judiciário o exercício da judicialização de políticas públicas na área do direito à saúde por intermédio de uma postura ativista sempre fundamentada em parâmetros normativos capazes de alcançar a universalização e a coerência sistêmica.

Neste sentido, para que essa atuação seja legítima devem ser estabelecidos limites ou parâmetros para essa atuação ativista, que deve ficar apenas no plano de concretização e efetivação dos princípios consagrados pelo texto constitucional, e não

na criação de normas jurídicas, o que adentraria na esfera de competência do demais Poderes.

Por isso, o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal devem respeitar as medidas adotadas pelo legislador e pelo administrador público quando estiverem dentro da legalidade e da razoabilidade, cabendo aos juízes somente analisarem a legitimidade das suas ações em face dos critérios legais e, não sobre o aspecto do mérito, pois tal atitude seria uma interferência abusiva, diante do fato de que os demais poderes têm as suas próprias funções e prerrogativas estabelecidas pelo ordenamento jurídico e que devem ser respeitadas.

Além disso, os magistrados devem estar atentos aos precedentes já estabelecidos, a fim de consolidar a integridade (coerência) do sistema jurídico, a preservação da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência do sistema.

Por fim, as decisões judiciais devem se pautar na racionalidade, não se estruturando em juízos subjetivos de valores; devem sempre buscar fundamentação dentro dos critérios legais; e, ainda, respeitar a esfera de competência, não extrapolando os limites estabelecidos pela Constituição, ou seja, permanecendo estritamente ligada a sua atuação institucional na efetivação dos direitos e garantias fundamentais neste tema.

Pode-se concluir que cabe ao Poder Judiciário a guarda pelas normas constitucionais devendo fazê-las valer, em razão dos direitos fundamentais, dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos demais Poderes.

No entanto, para que essa proteção seja legítima deve-se estabelecer limites para essa atuação ativista, que deve ficar apenas no plano de concretização e efetivação dos valores consagrados na Magna Carta, e não na criação de normas jurídicas, o que adentraria na esfera de competência do demais Poderes.

Além disso, os magistrados ao decidirem devem estar atentos aos precedentes já estabelecidos, a fim de manterem a integração do sistema jurídico, a preservação da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência do sistema. Ademais, cabe observar a proporcionalidade e razoabilidade do direito que está sendo pleiteado com os recursos estatais, verificando a real necessidade da medida e as suas consequências da efetivação do direito no orçamento do Estado.

4. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V. COURTIS, C. Apuntes sobre La exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, I. W. (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-167.

ALEXY, R. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 74, jul./set. 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. México: Distribuciones Fontamara, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BADINTER, R. BREYER, S. (Eds.). **Judges in contemporary democracy**. New York: New York University Press, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 de dezembro de 2008. Disponível em <[HTTP://www.conjur.com.br/static/text/72894,1](http://www.conjur.com.br/static/text/72894,1)>. Acesso em: 29 set. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, 23, 2004, p. 115-126.

CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003.

_____. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

CORTIS, C. ABRAMOVICH, V. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

COUTINHO, D.R. VOJVODIC, A.M. (Orgs.). **Jurisprudência constitucional**: como decide o STF? São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, J. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, L. W. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 43-61.

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

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n°. 04, p.3-22,out/dez, 2006.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: **Estúdios de teoría constitucional**. México/DF: Fontamara; 2003 p. 153.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M. BRANCO, P. G.. **Curso de direito constitucional**. 4°ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta; 2003, p. 101.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, R. OLIVEIRA, M. L. OLIVEIRA, F. M. R. (Coords.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

SILVA, A. G. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, R. OLIVEIRA, M. L. OLIVEIRA, F. M. R. (Coords.) **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 93-128.

SILVA, A. G. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 12, p. 107-142, 2008.

SILVA, A. G; CAMARGO, M. M. L. ; VIEIRA, J. R. . O protagonismo do Supremo Tribunal Federal entre o conflito e o diálogo institucional. **Constituição & Democracia (Brasília)**, v. 30, p. 20-21, 2009.

SILVA, A. G.; VIEIRA, J. R. ; CAMARGO, M. M. L. . O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. **Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE**, v. 02, p. 01-10, 2009.

SILVA, A. G.; CUNHA, J. R. ; DINIZ, A. . Possibilidades e limites da criatividade judicial: a relação entre Estado de Direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos). **Revista Brasileira de Direito do Estado**, v. 06, p. 523-552, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista Brasileira de Direito do Estado**, n°. 04, p.23-51, out/dez, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALLE, V. L. et al. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.