XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS E EMPRESARIAIS

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Cristhian Magnus De Marco– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-055-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação, honrados mesmo, que apresentamos à comunidade acadêmica esta obra coletiva, composta por 26 (vinte e seis) artigos defendidos após prévia, rigorosa e disputada seleção no Grupo de Trabalho (GT) intitulado Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais durante o sempre esperado Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Já sua vigésima quarta edição, o prestigiado evento, que compõe o calendário jurídico nacional, foi constituído de 44 (quarenta e quatro) Grupos de Trabalho e desenvolveu-se entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, na Universidade Federal de Sergipe (UFS), em Aracaju (SE). Teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Consoante destacado no texto de apresentação do evento e veiculado na página web do CONPEDI, buscou-se com tal temática revelar a dimensão do desafio que as diversas linhas de investigação do Direito enfrentam nos dias atuais, considerando a complexidade do processo de globalização. Assim ocorreu, de fato.

Os artigos que compõem a presente coletânea possuem grande relevância, pois fruto do desenvolvimento da pesquisa do Direito no Brasil; demonstram rigor técnico, originalidade, além de relacionar os desafios constitucionais para o desenvolvimento da cidadania nas décadas iniciais do milênio.

Entre os temas tratados na obra ora apresentada, particularmente com foco no Direito Constitucional e no Direito Internacional, evidencia-se a preocupação dos autores com a dignidade humana nas relações de trabalho e com os direitos humanos fundamentais do trabalhador em especial. Não menos importantes foram os trabalhos que enfrentam os limites do capitalismo, a função social da empresa, a judicialização do direito à saúde, a eficácia dos serviços públicos, bem como os artigos que abordam a proteção jurídica da vida privada, o direito à informação, a mediação e o acesso à justiça.

A presente obra coletiva é de grande valor científico. Dela podem ser extraídas visões questionadoras do direito, suas problemáticas, sua importância para a concretização dos

direitos humanos fundamentais e, particularmente, seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Ótima leitura a todos!

Aracaju, julho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Carlos Augusto Alcântara Machado (UFS)

Professor Doutor Clóvis Falcão (UFS)

Professor Doutor Cristhian Magnus De Marco (UNOESC)

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIREITO À SAÚDE: ATIVISMO JUDICIAL OU UMA NOVA HERMENÊUTICA?

JUDICIAL REVIEW AND THE RIGHT TO HEALTH: JUDICIAL ACTIVISM OR A NEW HERMENEUTICS?

Marta Virginia Moreira Bezerra Patriota
Henrique Ribeiro Cardoso

Resumo

A judicialização da Política e o Ativismo Judicial são diversas vezes confundidos e apresentados como se tivessem o mesmo significado. No entanto, é necessário diferençar tais significados, embora tratem de maneira comum de interferências na atividade política dos outros Poderes. Ainda cabe uma análise das conceituações e da forma de aplicação de cada um dos conceitos, realizando um comparativo entre a aplicação do ativismo judicial nos Estados Unidos da América e Inglaterra, e a judicialização da Política no Brasil, como instrumentos da democracia em seus respectivos países. A judicialização da política no Brasil, que decorre da evolução da democracia e se legitima com a própria Constituição Federal, quando permite o controle de constitucionalidade difuso, procede para influenciar na execução das políticas, modificando a forma como os demais Poderes estabeleceram tais políticas, procurando dar uma maior eficiência ao que se encontra como princípio norteador de tal demanda. Neste artigo coube também a análise relacionada ao direito à saúde, já que é ainda a forma mais evidente da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes, e a forma mais fácil de vislumbrar a atuação das políticas públicas estatais controladas pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Judicialização da política, Ativismo judicial, Direito à saúde, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The judicial review of policies and the judicial activism are several times confused and presented as having the same meaning. However, it is necessary to differentiate these meanings, although they address common way to interference in the political activity of the other state powers. Its also to be analyzed the concepts and how to apply them, by a comparison between the application of judicial activism in the United States of America and England and the judicial review of policies in Brazil as a democratic instrument in these countries. The judicial review of policies in Brazil, which stems from the evolution of democracy and legitimized with the Federal Constitution itself, when it allows the diffuse judicial review, proceeds to influence the implementation of policies, modifying the way the other branches established such policies, looking forward to give efficiency to it as a guiding

principle in such demand. This article also fit the related analysis of the right to health, as it is still the most evident form of judicial interference on the other branches, and the easiest way to envision the role of state public policies controlled by the judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Policies judicial review, Judicial activism, Right to health, Democracy

INTRODUÇÃO

É na dimensão social que se encontra o direito à saúde, fruto do percurso histórico dos direitos humanos e da definição de cidadania plena. Esse direito pode ser considerado um dos mais importantes dentre aqueles inseridos no rol de direitos humanos e sociais, sendo, inclusive, considerado como um direito de caráter universal, diretamente ligado ao direito à vida. Esse aspecto pode ser percebido pelo seu alto nível de normatização no plano interno e internacional.

A garantia do direito à saúde está intrinsecamente integrada às políticas públicas governamentais. Dessa forma, a saúde é direito social fundamental a ser exercido pelo Estado, e não contra. Ocorre que na ausência de políticas públicas ou de eficácia no cumprimento desse dever, o cidadão se vê obrigado a recorrer ao judiciário para que essa obrigação prestacional seja efetivada.

A problemática do artigo que se apresenta repousa no fato de que a busca pelo judiciário para a efetivação do direito à saúde acaba por acarretar o que alguns autores denominam de ativismo e, outros, de judicialização da política (BARROSO, 2012; CASAGRANDE, 2008; CARVALHO, 2007; VIANNA, 1999; VERBICARO, 2008). Para esses autores, a importância da discussão consiste no fato de que ao extrapolar o seu universo *stricto sensu*, o judiciário afeta a harmonia entre os poderes constituídos.

Por um lado, essa iniciativa consiste em uma resposta a mais uma das possibilidades de o cidadão encontrar a concretização de um direito supostamente desrespeitado pelo poder público. Em contrapartida, essa atitude pode representar uma usurpação do poder decisório inerente às funções administrativa e legislativa, além de acarretar problemas às limitações do orçamento público.

O debate traçado pela doutrina a respeito do ativismo judicial e da judicialização da política ainda é superficial, e quando tratado é de forma isolada. Sendo assim, a distinção entre esses dois institutos se faz necessária, apesar de ambos serem formas de intervenção do judiciário em assunto de competência originariamente conferida aos outros poderes.

Nas obras que tratam sobre esse tema, de grande importância tanto para o direito quanto para a ciência política, não há consenso entre o alcance desses institutos, bem como a sua classificação de acordo com a origem, requisitos e conceitos. Nesse sentido, cabe explorar as divergências a respeito do tema e verificar se esses institutos afetam de forma positiva ou negativa o estado democrático de direito.

O recorte desse tema para a saúde pública decorre do fato de que o ativismo e a judicialização da política vêm ganhando destaque nesse campo, possibilitando a verificação da interferência deles no judiciário brasileiro, a partir da última carta constituinte. Fato que possibilita a análise de decisões sobre internações hospitalares, intervenções cirúrgicas, e entrega de medicamentos nos tribunais superiores.

Uma hipótese para essa problemática pode ser averiguada através da postura do Supremo na efetivação da prestação da saúde, na sua passagem de um direito coletivo para um direito individual. Ao conceder a uma pessoa isoladamente um tratamento, por exemplo, o excelso pretório substitui o poder competente quando ignora a realização de políticas públicas fundamentais para a concretização do direito à saúde em um aspecto mais amplo.

1 JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA

De forma sintética, a judicialização da política compreende-se pela substituição da vontade dos outros Poderes pelo controle do Poder Judiciário. Sendo essa prática bastante usual em países democráticos da atualidade. Apesar das críticas a essa dita intervenção do Judiciário nas atribuições dos demais Poderes é importante compreender que a judicialização política é decorrente de fatos externos às ações do referido Poder, que são precedentes para a sua atuação.

Dentre as causas que se podem apontar para que o Judiciário fosse levado a politização pode-se mencionar o surgimento do *Welfare State*, os direitos sociais com o seu aspecto genérico e indeterminado; o controle de constitucionalidade das leis, que se ampliou no controle de constitucionalidade abstrato no Brasil com a Constituição de 1988; entre outros fatos. Ademais, não se deve condenar o magistrado que toma decisões políticas, visto que tal possibilidade encontra guarida constitucional.

Esse fenômeno foi despertado a partir de uma nova arquitetura institucional que tomou conta do final do século passado, proveniente do processo de expansão do poder judicial, com a maioria dos países ocidentais adotando o tribunal constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes. Nesse sentido, a participação do judiciário nos processos decisórios foi viabilizada no ambiente político (CARVALHO, 2004).

A expressão “judicialização” e seus significados foram formulados a partir de linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do poder judiciário em diferentes países por Tate e Vallinder (1995). Para esses autores, essa expressão indicaria os efeitos da expansão do poder judiciário no processo decisório das democracias atuais. Nesse sentido,

judicializar a política é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas de demandas nas arenas políticas em dois contextos (MACIEL & KOERNER, 2002).

O primeiro deles seria resultado da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial (*judicial review*) das ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*; já o segundo, mais difuso, teria sua constituição formada pela introdução ou formação de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais do poder executivo (como tribunais e/ou juízes administrativos) e no poder legislativo (como comissões parlamentares de inquérito) (MACIEL & KOERNER, 2002).

Isso significa que a judicialização atua tanto na dimensão procedimental quanto na substantiva do exercício das funções judiciais. Para os referidos autores (2002), a judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* ou deixá-la a critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria indicaria papel político mais positivo na decisão judicial do que aquele envolvido em uma não-decisão.

Iniciam-se, assim, os debates em torno da judicialização da política. Do ponto de vista normativo, a discussão aborda a supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias levando em consideração o debate a respeito da evolução do constitucionalismo sobre o modelo tradicional de fazer-se política. Nesse aspecto, os teóricos se dividem entre os que são a favor da judicialização, como Cappelletti (1993) e Dworkin (2001), aqueles que impõem alguns limites como Garapon (1999) e Habermas (1997), e os que são contra, como Ely (1980).

Já do ponto de vista analítico, a preocupação está voltada para o ambiente político e institucional, com o que Carvalho (2004) denomina de "polias e engrenagens" do processo político em questão. De acordo com o autor (2004), portanto, os questionamentos se voltam para definir, medir e avaliar o processo de judicialização da política.

Para o desenvolvimento do ponto de vista analítico do processo de judicialização da política, haverá necessidade de verificar como foi dada a expansão do poder judicial a partir dos estudos de Vallinder e Tate (1995), que indicam a origem desse fenômeno a partir da queda do comunismo no leste europeu e do fim da União Soviética.

Além disso, é necessário analisar as condições políticas que deram espaço para o surgimento da judicialização, como por exemplo, a democracia, a separação de poderes, os direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição, e a inefetividade das instituições majoritárias, todos com base em Tate (1995), em aplicação ao desenvolvimento desse instituto no Brasil.

Paralelamente a isso, as objeções resultantes desse processo de expansão do judiciário que somente é possível em um estado democrático, mas que ao mesmo tempo o ameaça, serão trabalhadas.

A primeira objeção alerta sobre os riscos que a legitimidade democrática corre. Segundo Barroso (2012), a importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. Ou seja, observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Dessa forma, o Supremo deve ser deferente para com as deliberações do Congresso, a menos que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais.

A objeção seguinte consiste no apontamento para o risco da politização da justiça. Nesse sentido Barroso (2012) alerta para o fato de que o papel do juiz é representativo e, portanto, pode haver uma tendência para a existência de decisões pautadas em segmentos populistas ou simplesmente majoritários. Ocorre que, para o autor, a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

A terceira e última objeção vem explicitar a capacidade institucional do Judiciário e seus limites. Ao atentar para essa objeção, Barroso (2012) afirma que no arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal.

A judicialização política no Brasil tem surgido como uma forma de trazer à baila questões de importância coletiva para o decisório do Poder Judiciário, retirando essas decisões acerca desses temas das esferas do Legislativo e Executivo, apenas. Trata-se, pois de uma atribuição retirada da exclusividade dos outros Poderes e entregues ao Judiciário, atendendo às necessidades políticas, econômicas e sociais do modelo institucional brasileiro.

Com a compreensão do que é a judicialização da política, resta esclarecer que tal expressão não deve ser confundida com o chamado ativismo judicial, pois tais denominações, apesar de serem às vezes tidas como sinônimas, não são de significado idêntico. Veja-se que pelo próprio entendimento de que a judicialização da política encontra guarida na constituição de alguns países já a faz se afastar do que se entende por ativismo judicial.

Em contrassenso, o ativismo judicial é a adaptação do Direito às necessidades sociais e aos novos valores da sociedade promovida pelo judiciário. Podendo ser compreendidas em seis diferentes dimensões:

> (1) Majoritarianismo – o grau pelo qual políticas adotadas através de processos democráticos são judicialmente negadas.
> (2) Estabilidade interpretativa – o grau pelo qual recentes decisões das Cortes, doutrinas ou interpretações são alteradas.
> (3) Fidelidade interpretativa – o grau pelo qual provisões constitucionais são interpretadas contrariamente à clara intenção dos seus elaboradores ou à clara implicação da linguagem usada.
> (4) Distinção do processo substantivo/democrático – o grau pelo qual decisões judiciais fazem políticas substantivas mais do que afetam a preservação do processo político democrático.
> (5) Especificidade da política – o grau pelo qual uma decisão judicial estabelece a política ela mesma, em oposição à discrição permitida de outras agências ou indivíduos.
> (6) Avaliação de um produtor de política alternativo – o grau pelo qual uma decisão judicial ultrapassa sérias considerações do mesmo problema por outras agências governamentais (CANON, 1993, p. 237).

Ramos (2010), sintetizando o conceito de Ativismo Judicial, explica que é aquele exercício do judiciário que extrapola os limites que lhe foram impostos pelo ordenamento jurídico. Apresentando, portanto, uma visão negativa do ativismo judicial, pois, para o referido autor, tal postura desconfigura a atividade do Judiciário, prejudicando as atribuições dos outros Poderes. Sendo assim, considera que ativismo judicial são as extrapolações à atividade que é peculiar a tal Poder.

No entanto, existe mais de uma teoria que pretende determinar as atividades típicas de cada Poder, visto que não se determina por legislação alguma, nem mesmo na norma constitucional, quais seriam tais atribuições. Logo, para se considerar se uma decisão é ativista ou não depende-se ainda da teoria que se adota. O que finda no que se considera como ideologia do autor.

Deve se acrescentar a tudo que já foi dito acerca do ativismo judicial, que a decisão que extrapola as atribuições do Poder, devem ainda carregar consigo algo que se considere como atentado à democracia, enquanto valor defendido na Constituição Federal.

2 FORMAS DE AÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Judiciário nem sempre dispõe de informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos

individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço (BARROSO, 2012). O autor (2012), portanto, aponta para o fato de que:

> Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.

Isso significa que a saúde vem se tornando protagonista da judicialização da política, como já mencionado anteriormente, tendo em vista a sua incidência em casos que compõem não somente os Tribunais Superiores, como também os de instância inferior.

Mattos e Souza (2012) afirmam que quando o Judiciário atua sem levar em consideração a atuação dos outros poderes, no tocante à saúde, acaba avocando a condição de administrador, cientista e clínico, passando a prescrever medicamentos, sem a observância dos planos e previsões orçamentárias, criando assim um verdadeiro caos na Administração Pública, pois, brevemente, em decorrência da finitude dos recursos disponíveis, carecerão verbas para aplicação nos programas previamente criados e aprovados, em privilégio de uma pequena minoria que venha a obter decisão judicial favorável, acarretando real prejuízo para toda a comunidade.

Não obstante, diante do exposto, é possível verificar o prévio entendimento de que as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades sociais e econômicas. Porém, se o Judiciário assume o papel de protagonista dessas políticas públicas, acaba por privilegiar aqueles que já possuem acesso qualificado à justiça, ou por terem mais conhecimento sobre seus direitos, ou por poderem custear a ação processual. Dessa maneira, poderia se afirmar que essa provisão do Judiciário mais serviria à classe média que aos economicamente vulneráveis, considerando a possibilidade de que recursos destinados previamente para as classes mais baixas poderiam ser remetidos para o cumprimento dessas decisões judiciais.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O direito à saúde é assegurado constitucionalmente. Tal garantia encontra-se disposta na Magna Carta de 1988, mais precisamente no Título “Da Ordem Social”, no artigo 196 da Constituição Federal que determina 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.

A garantia ao direito à saúde assegurado constitucionalmente, visa alcançar, a diminuição dos riscos a que são expostos a população a contrair moléstias diversas e sofrer acidentes. Nesse diapasão, mesmo tentando evitar a exposição a tais riscos, eles serão inevitáveis em muitas situações, o que leva a necessidade de, também constitucionalmente assegurar, a recuperação da saúde daqueles que ficaram às margens do que a Constituição da República entende como sendo o bem-estar e a justiça social.

Adotamos o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2001) que define que todos os direitos sociais são fundamentais sejam eles expressos ou implicitamente positivados. Dessa forma consideramos o direito a saúde como fundamental.

De acordo com o artigo 196 da Constituição da República, "A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]", porém, é certo que seria impossível, levando em consideração a realidade brasileira, que o Estado, sozinho, promovesse ações e serviços para a promoção, proteção e também recuperação da saúde pública.

Nesse sentido, seguimos a lição de Andreas Krell (2002, p. 53) quando diz que "No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja 'o possível' na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos."

Dessa forma, o legislador constituinte, acertadamente, positivou no artigo 199, da Constituição, que: "A assistência à saúde é livre à iniciativa privada", participando de forma complementar ao que é oferecido pelo Sistema Único de Saúde, com a aparente intenção de ampliar o acesso da população à saúde.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, em meados dos anos 60, de forma mais incisiva, surgiram os convênios médicos que albergavam cooperativas médicas e empresas de medicina de grupo (ANS, 2012). Em 1988, como já foi dito, a Constituição da República atribuiu ao Estado o dever de assegurar o direito à saúde através do SUS, além de permitir que a iniciativa privada, de forma complementar, sob o controle do Estado, promovesse assistência médico-hospitalar.

Ainda sob o prisma constitucional, no artigo 5°, XXXII, encontra-se disposto que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", visto que esta proteção

representa um dos temas mais atuais do Direito, tornando-se, então um grande desafio proteger, efetivamente, os consumidores.

Nessa linha, em 1990, introduziu-se no ordenamento jurídico pátrio, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Mas por que falar em CDC? Os consumidores, até então, não encontravam respaldo legal específico para amparar as questões relacionadas aos contratos, de adesão, firmados entre estes e os convênios de saúde, socorrendo-se, assim, na legislação cível.

Segundo Ada Pellegrini Grinover na obra Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto:

> A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar (2004, p. 06).

Assim, no que tange a questão da saúde suplementar oferecida por pessoas jurídicas de direito privado, o consumidor/segurado passou a contar com o amparo do CDC, o que não foi, por si só, suficiente, necessitando a sociedade, ainda, de uma lei mais específica para regular o tema.

Apesar de desde 1988 a Constituição permitir que o setor privado atue de forma complementar ao SUS, nosso país não possuía regras específicas para nortear o funcionamento da saúde nesse âmbito, o suplementar, somente dez anos depois da promulgação da Constituição da República, com o advento da Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, regulou-se a política de assistência à saúde promovida pela iniciativa privada.

Após edição da referida "lei de planos de saúde", através da Medida Provisória sob o n°. 2.012/99 e da sua conversão na Lei n° 9.961/00 que dispõe sobre a Criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a conhecida ANS, apostou-se numa considerável diminuição de abusos existentes entre consumidor/segurado e planos de saúde, tema a ser estudo com mais afinco em momento oportuno.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça definiu que "o direito à saúde não alcança a possibilidade de o paciente escolher o medicamento que mais se encaixe no seu tratamento". Levando em consideração o caso concreto (RMS 28.338), a Ministra Relatora, Eliana Calmon, observou que o SUS oferecia uma medicação que substituía a pleiteada pelo paciente, que o fez, sem prova alguma de que o medicamento oferecido pelo Sistema Único

de Saúde não faria efeito na realização de seu tratamento, o que poderia, até, justificar o pleito.

A situação acima narrada diz respeito ao SUS, mas, por analogia, poderíamos aplicar a realidade hodierna dos planos de saúde, ou seja, ao âmbito privado. Ora, se ao Estado, detentor da máquina administrativa, cabe oferecer, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, o "mínimo existencial" (SARLET, 2008, p. 22) por que seria diferente para as pessoas jurídicas de Direito Privado? Por que exigir dos planos de saúde uma prestação de serviço muito além do que é possível ao mesmo oferecer, podendo onerar, assim, os demais segurados e o Poder Judiciário?

Em casos como os que a saúde está em jogo e a prestação de tal direito fundamental não se perfaz pelo Estado, o cidadão precisa ir até ao Poder Judiciário para fazer com que seus direitos sejam reconhecidos. Ficando à mercê do Judiciário o direito fundamental do brasileiro em ter acesso à saúde.

No entanto, encontram-se problemas no momento de praticar todos esses princípios e o cidadão se encontra desarrimado, tendo os seus direitos retirados sem poder fazer qualquer objeção, a não ser recorrer à justiça.

> Nos termos do art. 6º da Constituição de 1988, integrado no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais –, são apontados/reconhecidos como direitos sociais, oponíveis ao Estado brasileiro, por todos quantos vivem em nosso território, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 762).

Não restando dúvidas quanto à necessidade de cobrar do Estado quanto à aplicação desse direito que está acobertado constitucionalmente entre os direitos sociais e encontra seção para tratar particularmente desse direito, no título VIII, na seção II, do capítulo II.Cabe também salientar que o direito à saúde enquadra-se como bem da personalidade, como determina Pasold (2010, p.1-2):

> Ao tratar da categoria jurídica "bem da personalidade" ressalta uma condição que, a seu juízo, tipifica-o: o bem em questão é tão correspondente ao sujeito que este dele necessita valer-se para lograr-se normal desenvolvimento de vivência normal. E por lógica, caracterizado um Bem da Personalidade, reconhece-lhe imediatamente o correspondente Direito da Personalidade. Há, pois, uma conexão entre um Bem de Personalidade verificado como tal e o Direito da Personalidade respectivo.

Sendo um bem da personalidade encontramos cinco características para esse direito: inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inextinguibilidade e intransmissibilidade. Logo, a saúde é:

> Uma condição individual, referente ao indivíduo no seu todo, vivendo não apenas livre de doença, mas em plena eficiência de todas as suas atividades físicas e mentais, de tal sorte que não seja somente útil a si mesmas mas, sobretudo, aos seus semelhantes (SÁ, 1976, p. 03).

Mesmo diante de um Direito constitucionalmente protegido, como o direito à saúde, ainda existem limitações à execução deles:

> Diante desse quadro, em que pesem o idealismo e o entusiasmo dos que se batem pela causa dessa geração de direitos, a ponto de afirmarem que "a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo", a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetível de se transformarem em coisas por obra e graça das nossas palavras (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 762-763).

Por isso, a aplicação das normas constitucionais no tocante ao direito à saúde e aos direitos sociais, como um todo, carecem de tutela jurisdicional, visto que a aplicação desses direitos depende de fatores de ordem material.Tendo em vista a questão material que envolve a aplicação ao direito à saúde é necessário que se observem os limites desse direito.

Sendo assim, não obstante o direito à saúde e os direitos sociais como um todo, sejam de aplicação necessária e garantida pela Constituição Federal, encontra na própria gama de princípios constitucionais os limites à sua aplicação.

> Nesse contexto, torna-se extremamente complexa, para não dizer penosa, a interpretação/aplicação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, na medida em que, de um lado, os seus operadores, independentemente de sentimentos de ordem pessoal, são obrigados a emprestar-lhes a máxima efetividade e, de outro, devem observar, também, outros cânones hermenêuticos de igual hierarquia, como os princípios da unidade da Constituição, da correção funcional e da proporcionalidade ou da razoabilidade, a cuja luz, sucessivamente, não podem interpretar a Lei Fundamental em "fatias", desrespeitar o seu modelo de separação de Poderes e, tampouco proferir decisões segundo particulares concepções de justiça, de todo incompatíveis com a ordem de valores plasmada na Constituição. Neste, como em muitos outros domínios, enganam-se os que acreditam que é possível fazerem-se coisas com palavras (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 763).

Assim, o direito à saúde fica limitado pelos princípios de interpretação da Constituição quando colidem com direitos de outras pessoas em ter a saúde mínima prestada pelo Estado, dada a ordem material desse direito depender de situações econômicas.

Embora para a maioria das pessoas o direito à saúde pareça ser uma afirmação, que deve ser entendido como fundamental e assegurado por direitos, garantias e deveres, ainda existem controvérsias a respeito de se esses direitos são autenticamente fundamentais ou se devem ser submetidos a um regime jurídico equivalentemente subjetivo.

Além disso, discute-se eventual diferença entre os designados direitos humanos e o que se compreende por direito fundamental: "reafirma-se a possível distinção entre os direitos humanos considerados como aqueles assegurados no plano do Direito Internacional e os direitos fundamentais como sendo aqueles consagrados no plano do direito constitucional de cada Estado" (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 15).

Por essa discussão, seria entendido que os direitos humanos seriam só aqueles reconhecidos como tal na esfera internacional, e passariam a ser fundamentais os que se enquadrassem na esfera de direitos reconhecidos nacionalmente.Deve, no entanto, ser indiscutível que o direito à saúde constitui um bem essencialmente da pessoa humana e não há forma alguma que justifique a sua colocação em disponibilidade, ainda que não fosse protegida no âmbito do direito internacional.

Ainda há de se salientar a disposição da Organização Mundial de Saúde (OMS), que foi adotada pela Constituição de 1988, que propõe que a saúde o conceito de bem-estar físico, mental e social, o que deixa mais amplo o conceito de saúde, não se limitando à ausência de doenças.

> Ainda que compreendido como uma espécie de "imagem-horizonte" (portanto, também um ideal a alcançar) esse conceito salienta a necessidade de assegurar o equilíbrio entre a pessoa e o meio que a circunda, bem como a cogente consideração do mínimo existencial como garantindo uma vida saudável (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p. 40).

Dessa forma, a saúde a ser ofertada pelo Estado deve seguir a realidade social bem como a realidade pessoal do titular do direito respeitando os limites fáticos e jurídicos à plena realização do direito, sem deixar nunca de oferecer o mínimo existencial como a única possível mitigação desse direito que se corresponde tão diretamente com o direito indisponível à vida.

Não se pode conceber de forma natural que o direito à saúde tenha seu atendimento condicionado a uma análise das circunstâncias afetas à reserva do possível, passando pela questão da disponibilidade de recursos e capacidade jurídica.

Da mesma forma não se pode deixar de garantir esse direito quando se dá o mínimo existencial, tendo como requisito mínimo esse atendimento. Não se deve permitir que existam omissões quanto às medidas necessárias da parte do Estado ou de particulares, sob o pretexto de exorbitação de orçamento.

> Em outras palavras e apenas retomando aqui o que já havia sido anunciado, em matéria de tutela do mínimo existencial há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por siso, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos, quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p.41).

Ainda há que se analisar a questão da gratuidade dos serviços públicos de saúde, que podem ser acessados por qualquer pessoa, sem nenhum requisito de averiguação de renda. Mas em termos de direitos sociais, o que se pretende é dar igualdade de direitos, fazendo com que se entenda que o direito à saúde gratuita deve ser dado àquele que não puder pagar um plano de saúde. O tema "Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo" tramita em regime de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal - RE 566471- possuindo o Min. Marco Aurélio como relator. Traz, em seu próprio título, uma limitação: "portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo." Mas a saúde pública não é direito de todos? Como resposta, uma pergunta retórica: É lícito ao cidadão com condição financeira privilegiada transferir ao Estado o custo individual de seu tratamento?

João Maurício Adeodato (2010, p. 214) tratando do tema princípio da separação dos poderes aborda a questão do papel do Poder Judiciário e a relação desse papel com as diferentes perspectivas teóricas de direito. Segundo o autor a abordagem clássica de Montesquieu do princípio levaria a compreensão do papel do Poder Judiciário – com neutralidade. Isto é, o juiz seria desencarregado de responsabilidades políticas, de eventuais discussões sobre fins e valores positivados na lei do Estado. Todavia, atualmente (KRELL, 2008 p. 19), temáticas como o ativismo judicial propõem uma politização do judiciário, entende-o, "como criador do direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos e minorias menos privilegiados economicamente." (ADEODATO, 2010, p. 214)

O autor destaca três perspectivas de direito que mostram características evolutivas em relação ao papel do Poder Judiciário: as teorias da única decisão correta, as teorias da moldura e as teorias realistas (ADEODATO, 2010, p. 215). A que iremos nos valer é da teoria do realismo jurídico norte-americano e do pragmatismo de Richard Posner. A escolha por Richard Posner se dá porque este autor percebe a Análise Econômica do Direito como compatível com o pragmatismo, e possível de ser utilizada para observar o Direito. Posner traz seu ponto de vista para o Direito tomando como pressuposto que o direito "é um totem profissional, que traduz tudo que há de presunçoso, desinformado, preconceituoso e espúrio na tradição jurídica." (POSNER, 2009, p. 21)

Para o autor a Análise Econômica do Direito, apesar de por definição negar a autonomia do Direito (POSNER, 2009, p. 19) – professada pelo pensamento jurídico tradicional, formalista. Não é com o Direito incompatível. Isto é, a análise econômica observa o ser humano como alguém que baseia suas decisões [...] nos custos e benefícios vinculados as linhas alternativas de ação que permanecem em aberto" (POSNER, 2009, p. 16). Além de Posner serão utilizados nesta pesquisa os autores realistas porque estamos levando em consideração alguns de suas diretrizes para fazer análise da atividade judicante.

João Maurício Adeodato (2010, p. 220) destaca as características do realismo jurídico, quais sejam: que o conhecimento se dá na intersubjetividade, depende de um controle público da linguagem, mas envolve também fatores de poder. "Há um ceticismo e um relativismo quanto a um conhecimento preciso dos fatos e dos direitos e acentua-se o caráter arbitrário da decisão." João Maurício (2010, p. 221) aponta ainda a percepção do processo interpretativo do direito como indutivo e não como silogístico-dedutivo, isto é, a decisão não decorre de uma norma geral. "O Julgador primeiro decide e depois vai encontrar no sistema o fundamento textual de sua decisão."

"Um homem que não dá a mínima importância a um princípio ético que é caro e seguido por seus vizinhos provavelmente irá, mesmo assim, fazer tudo para evitar ser obrigado a despender dinheiro e procurará manter-se longe da prisão." (HOLMES, 1897, p. 169 – tradução livre). Para Holmes (1897) lei é o que os tribunais estão propensos a fazer de fato.

Benjamin Natan Cardozo(2004) é um realista que se preocupa em discernir o que o juiz faz quando decide uma causa, destacou quatro métodos que os juízes utilizam para chegar a uma decisão: o método da filosofia (da lógica ou precedente), método histórico, os costumes e o método da sociologia (2004, p. 14). E desenvolve no livro "A natureza do processo

judicial", livro formado pelas palestras proferidas na Universidade de Yale, a questão da adesão ao precedente e o elemento subconsciente no processo judicial.

O precedente que defende Cardozo não é no sentido de encará-lo como uma fórmula matemática – em que as formas permanecem sempre as mesmas e que o juiz deve decidir sempre da mesma maneira. A defesa do precedente a que se refere Cardozo (2004) é o cuidado que o autor tem em destacar que o juiz não pode impor a comunidade suas próprias idiossincrasias de conduta e de crença. Sem deixar de levar em consideração que o elemento subconsciente sempre está presente na tomada de posição por parte do magistrado. Isto é, o magistrado ao decidir carrega consigo instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas, perspectivas de vida, que são considerados elementos subconscientes, pois não conseguem reconhecer, nem identificar.

Cardozo (2004) entende que o método da sociologia norteia os demais métodos interpretativos e embora as formas jurídicas possam permanecer as mesmas, os seus conteúdos variam com a evolução histórica, a mudança de costumes e sobretudo, a questão do interesse social. Como saber que um interesse social prepondera sobre o outro? Como o juiz irá definir quais interesses sociais serão promovidos ou prejudicados?

Atenta o autor que o desenvolvimento simétrico das decisões judiciais podem custar caro demais. "A uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uniformidade de opressão. O interesse social atendido pela simetria ou pela certeza deve então ser comparado com o interesse social atendido pela equidade e pela justiça." (CARDOZO, 2004, p. 84)

Na linha oposta, de ética cognitivista, tomando o direito como expressão de uma lógica argumentativa, Andreas Krell (2002), autor que adota um viés analítico ligado à teoria de Robert Alexy (2001), defende um ativismo judicial moderado. Krell concorda que a concessão de um maior poder de interpretação aos juízes de um país periférico, não constitui, para ele, necessariamente o resultado de uma exagerada "politização" do Judiciário.

Essa expressão "função social" no campo do direito, advém da ideia de função social da propriedade. Andreas Krell faz uma importante constatação a respeito da função social da propriedade:

> É de se frisar que a função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista [...] ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. Portanto, ela passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a. (KRELL, 2010, p. 174)

A função social da propriedade deve ser exercida levando em consideração o "*alter* – sujeitos ativos totais" (KRELL, 2010, p. 174). Deve atender à função social, mas também à

sua finalidade econômica. Ou seja, a função social da propriedade ou dos contratos, é um produto capitalista que se desenvolve também por meio de interesses econômicos.

Em outra obra, Andreas Krell (2002) discorrendo sobre reserva do possível e sobre as diferenças entre os sistemas jurídicos brasileiro e alemão, afirma que a na Alemanha há um alto padrão de índice de desenvolvimento humano e um nível elevado de satisfação da população em relação aos serviços sociais básicos. Aduz que na Alemanha é possível se falar em reserva do possível – já que os cidadãos não podem exigir prestações positivas do Estado acima de um certo limite básico social. O exemplo trazido por Krell foi a negativa da corte Alemã em relação a obrigação do Estado de criar quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas.

Segundo o autor esse mesmo raciocínio não pode se aplicar em países periféricos como o Brasil, devido: a) à composição do orçamento público ser distorcida nos diferentes entes federados; b) à situação social dos países da União Europeia ser diferente desses países; c) ao contexto cultural diferente; d) ao fato do Estado Providência nunca ter sido implantado efetivamente n Brasil.

Para Andreas Krell, o Estado tem a função de fornecer o básico social, sustentando que no Brasil não poderia aplicar a reserva do possível nos moldes alemães em razão dos entes públicos não conferirem o mínimo existencial - Estado Social ou Providencial, no plano da realidade. O mínimo existencial que ainda não se implantou no Brasil.

No Brasil, atualmente, vivencia-se uma mudança no papel institucional a ser desempenhado pelo Judiciário, bem como no que concerne ao seu conceito cultural. Passando a atuação dos tribunais em relação ao sistema política ser exercido de duas formas: "(a) o plano das ações políticas ou *não jurisdicionais,* definidas pelo exercício informal (ou institucionalmente marginal) do poder; e (b) o das ações *jurisdicionais,* caracterizadas pelo exercício formal da autoridade judicial."

O primeiro plano corresponde à forma como os magistrados se apresentam perante o público, por suas declarações e discursos, que devem ser considerados de maneira diversa daquela no exercício da judicatura, mas que a complementam, politicamente. E o segundo plano, nas decisões judiciais por meio de suas sentenças, votos, despachos e decisões.

A partir de 1988, de forma mais veemente, o Judiciário brasileiro apresenta-se, por meio dos tribunais, com destaque ao STF, com uma atuação maior no sistema político, demonstrando um entendimento distinto no que se refere ao seu papel institucional. E com posicionamento contrário ao controle externo das atividades do Judiciário.

Em Dworkin (2001) encontra-se a consideração de que a democracia representativa é o melhor sistema existente na atualidade e que deve ser respeitado. Colocando o ativismo judicial dentro de tal contexto, o Legislativo passa a não ser mais hegemônico, embora tenham sido escolhidos pela sociedade para efetivar as políticas públicas.

A atividade política dos eleitos, diversamente da atividade dos magistrados, guiam suas atividades por princípios políticos. Os juízes, por outro lado, guiam-se por normas jurídicas, ou, de modo mais amplo, por fontes do direito, que correspondem a uma lógica diferente. As decisões com cunho político costumam se pautar em objetivos coletivos, atendendo alguma necessidade ou direito individual ou de um grupo. Enquanto as decisões judiciais não devem se pautar por políticas, mas por princípios.

Na análise de Dworkin (2001), a maneira de decidir dos magistrados os casos que lhes são apresentados tem influência no destino das comunidades sobre as quais atuam, tendo ambas escolas que tratam da forma de decisão dos juízes merecem críticas. A primeira crítica advém do ceticismo convencionalista, positivista, que defende que o Direito encontra-se em tudo; a segunda contra o ceticismo pragmático, que entende que o Direito não está em lugar algum.

Para os convencionalistas as opiniões diferentes entre os magistrados surgem por conta de uma discordância com relação aos supostos de fato, no qual se funda o direito. Tal direito que deve ser apenas declarado pelo juiz, que, por sua vez, deve absorver os reais fatos ocorridos na demanda em questão.As eventuais decisões diferentes apresentadas pelos magistrados, nesse caso, serão apenas aparentes, pois a divergência não é do direito, mas da aplicação e da linguagem.

Os pragmáticos compreendem, de forma distinta, que a interpretação do magistrado tende a encontrar um direito para o caso concreto, de acordo com a norma que ele considera ideal para a situação. Corroborando com a ideia de que não existem direitos, mas que eles surgem em situações concretas, por meio de decisões judiciais.

Em sua crítica, Dworkin (1999) condena as duas práticas, tendo em vista que, primeiramente, afirma que existem forma de ver o Direito distintas, entre os juízes, o que deduziu a partir de análises de decisões americanas e inglesas. Para ele tanto o pragmatismo quanto o convencionalismo não explicam totalmente a realidade jurídica de tais países.

Partindo dessas premissas, Dworkin (1999) discorda do convencionalismo, considerando que existem entre os juízes divergências quanto à substância do Direito; e também refuta o pragmatismo, por ser insuficiente, segundo ele, porque não é irracional, nem pode se basear em argumentos que mascarem as visões políticas dos magistrados.

O mesmo autor ainda defende que para que a democracia seja funcional é imprescindível que ela guarde princípios de maior valoração, sobre os quais as interpretações dos juízes não possam ultrapassar e devam ser regidas. Fazendo com que nesse ponto, apresente características do jusnaturalismo, quando afirma que existem respostas prontas para os problemas que se apresentam aos magistrados.

Logo, diante de tudo que já foi explicitado, pode-se afirmar que dentro das funções diferentes e especializadas do Estado organizado pelo modo contratualista não é suficiente para sanar todas as questões que se apresentam na sociedade. Pois muitos fatos, que correspondem a uma situação política, apenas, são trazidos para discussão no Poder Judiciário, em decorrência do que envolve as atividades estatais em confronto com os interesses das coletividades.

> O deslocamento das questões políticas para o espaço jurídico é, ainda, um sintoma de democratização na tomada de decisões.A tradição brasileira de jurisdição constitucional se fortaleceu após1988, na medida em que a Constituição Federal vigente teria canalizado demandas sociais reprimidas, refletindo, contudo, uma "Carta-compromisso" de transformação social do país, de maneira a judicializar algumas das importantes questões políticas no Brasil. (APPIO, 2003, p. 90)

Em uma democracia, o poder deve estar na mão do povo. No entanto, Dworkin (2000) considera que é impossível que se proporcione uma democracia com verdadeira igualdade do poder político. Visto que é natural que alguns membros da sociedade não gozem de privilégios políticos, dada a divergências das mais variadas naturezas, econômicas ou não. Sendo assim, aqueles que se enquadram como desorganizados politicamente somente podem interferir nas decisões políticas quando há uma judicialização das mesmas.

Essa questão pode ser observada como fato que ocorre tanto no Brasil como nos Estados Unidos, em que há maior influência política dos mais favorecidos economicamente, e com isso maior peso no que se refere às tomadas de decisões referentes à adoção e escolha de políticas públicas por parte dos Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, Leal constata que: "O modelo principiológico adotado pelo Welfare State, aliado ao vultoso número de funções conferidas ao Poder Judiciário, admitiu uma estrutura constitucional onde a decisão judicial passou a ter poderes nunca imaginados".

No mais, Dworkin (2000) considera ainda que o controle judicial sobre os atos do Legislativo não proporciona uma democracia ideal, sendo, no entanto, a melhor forma que apresentou em termos de viabilidade e eficiência para os norte-americanos. O estabelecimento de um controle judicial dá garantia de atendimento aos direitos individuais, para que não sejam maculados.

Não obstante, passíveis de erros também estão os magistrados, no que se refere ao resguardo dos direitos individuais. Mas, ainda assim, tratar tais direitos sob a revisão judicial tem proporcionado uma redução das injustiças, segundo os analistas da realidade norte-americana.

Por outro lado, no Brasil, os magistrados não são sujeitos a eleições, como ocorre nos Estados Unidos, o que denota que se o controle do Legislativo e do Executivo fosse realizado pelo Judiciário nesse contexto norte-americano, poderia resultar em atividades mais intensas e mais contraditórias.

A revisão das políticas públicas pelo Judiciário no Brasil ocorre sob duras críticas tanto da sociedade quanto dos demais Poderes, que consideram, de maneira genérica, que a legitimidade lhes é dada de forma absoluta por serem escolhidos por eleição. No entanto, estão cada vez mais encontrando legislações que tendem a favorecer a um controle misto de constitucionalidade e consequente revisão da política pelo Judiciário.

No Brasil o controle de constitucionalidade é exercido de duas formas. Por meio do controle de constitucionalidade concentrado, em que se atribui a um órgão do Judiciário, que criado para tal finalidade, julga se as normas que lhe são submetidas são ou não confrontantes com a Constituição. O controle de constitucionalidade difuso, por sua vez, admite que qualquer magistrado conhecendo da situação, considere a norma e sua constitucionalidade.

Normalmente, as decisões de controle concentrado, no órgão responsável no Brasil apresentam uma tendência de não interferência nas decisões do Poder Executivo, esquivando-se de sua responsabilidade de colaborar para a democracia. Mas ao serem interpeladas no Supremo Tribunal Federal são muitas vezes modificadas. E tais decisões que trazem inovações advindas do STF passaram a resultar em edição de súmulas vinculantes, que visam racionalizar situações políticas apresentadas ao Supremo.

> São os dois lados do processo da judicialização das questões políticas, o qual, com suas virtudes e defeitos tem evoluído e sido legitimada como uma instância de resistência, em alguns casos, do processo de desmantelamento da organização estatal e redução de seus serviços sociais (APPIO, 2003, p. 92).

Importantes argumentos a favor da revisão dos atos pelo Poder Judiciário são apresentados por Dworkin, para que se combata, em prol da democracia, o abandono na implementação das políticas públicas estatais. De fato, tais argumentos se aplicam ao caso norte-americano e inglês e não pode ser no todo aplicado ao caso brasileiro. Mas apresentam uma forma de vislumbrar o controle das políticas pelo Poder Judiciário de forma eficiente.

CONCLUSÕES

Com Dworkin, há de se considerar que diversos são os elementos que influenciam as decisões judiciais. Não se quer, com isso, dizer que o autor acredite que os magistrados são impassíveis de erros e que definam o Direito ideal a ser aplicado na especificação de determinada política.

As conclusões de Dworkin aplicam-se ao modelo norte-americano e são desenvolvidos com base em princípios maiores da moral. Mas no Direito brasileiro seriam cabíveis os mesmos níveis de abstração, desconsiderando o subjetivismo do julgador? Os princípios da moral são considerados pelos julgadores norte-americanos para tomar as decisões, o que necessitaria não somente da atuação do consciente do julgador, mas mais ainda do inconsciente do magistrado.

Ocorre que os magistrados brasileiros são selecionados de forma conservadora, não representando necessariamente as estruturas da sociedade brasileira, não sendo eleitos democraticamente, mas escolhidos levando-se em consideração o mérito relativo ao conhecimento jurídico.

A atuação do Judiciário, em tema de concretização das políticas públicas, guia-se por uma lógica distinta do ativismo judicial norte-americano. Em razão da obrigatória vinculação dos poderes ao mínimo existencial estabelecido em sede constitucional, como direitos fundamentais, reflexos positivados dos direitos humanos, num Estado guiado por uma Constituição Dirigente, a atuação do magistrado enquadra-se melhor compreendida como de hermenêutica constitucional.

No Brasil, não há que se falar, com propriedade, de ativismo judicial, de ruptura com o equilíbrio dos poderes. Se no modelo norte-americano, com constituição sintética, ou no inglês, com constituição costumeira, não escrita, as teorias acerca do ativismo judicial podem encontrar fundamento e ressonância, no modelo constitucional brasileiro a solução passa por outro caminho: a efetividade da Constituição, com a implementação tardia do Estado Social.

Os riscos da excessiva judicialização, a injustiça que pode gerar em relação aos que não têm acesso à Justiça, aumentando a desigualdade de tratamento, ou mesmo a desestruturação ou desprogramação na administração dos serviços ainda merecem análise mais acurada.

O Judiciário pode contribuir na evolução da democracia e seu papel político, quer seja pela modernização dos mecanismos na seleção e preparo de magistrados, quer seja por mais empenho no sistema de controle constitucional difuso das leis.

REFERÊNCIAS

ADEODATO.Adeus à separação dos poderes? In: ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, Direitos Humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2.ed. São Paulo:Saraiva, 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/aans/publicacoes/livro_regulacao_e_saude.pdf>Acesso em: 15/12/2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *In:* **Revista Sequência.** n.º 47, p. 81-97, dez. de 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15279/13883> Acesso em: 15/03/2015

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial, e legitimidade democrática. **[Syn] Thesis, Rio de Janeiro**, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

CANON, Brandley C. **Defining the dimensions of judicial activism.** Judicature, v. 66, n. 6, Dec./Jan., 1983.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO, E. R. de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Rev. Sociol. Polit, Curitiba, n. 23. Nov. 2004.

_____. Revisão judicial e judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de sociologia política**, jun. 2007, nº 28 p.161-179 [online], pág. 174 disponível em <http//:www.scielo.br> Acesso em: 10/10/2014.

CASAGRANDE, C. **Ministério Público e a judicialização da política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

DWORKIN, R.**Uma questão de princípios**. São Paulo: M. Fontes, 2001.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo:Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, J. H. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review.** Cambridge, Mass.: Harvard University, 1980.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HABERMAS, J. **Direito e democracia – entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,1997.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice. 1987.

KRELL, J. Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado".** Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. Andreas. A relação entre proteção ambiental e função social da propriedade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado Socioambiental e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Andreas. As dificuldades de teorias pré-hermenêuticas com o direito do estado social moderno. In: **Revista do Mestrado em Direito: Universidade Federal de Alagoas**: Maceió: Edufal, 2008.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 7, n. 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova, São Paulo, n. 57, 2002.

MATTOS, K. D. G. de; SOUZA, G. A. de. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: Uma Análise da Tutela Jurisdicional nas Ações de Medicamentos. **Direito Público**, v. 1, n. 37, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Ajuris, n.100, dez, 2005.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POSNER, Richard A.**Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac. M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Para além do Direito.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988.*In:* **Revista Diálogo Jurídico.** Ano I – Vol. I – N º. 1 – Abril de 2001 – Salvador. Disponível em:

http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf. Acesso em: 15/03/2015.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil:principais aspectos e problemas.*In:* **Direitos Fundamentais:** orçamento e "reserva do possível". 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; Timm, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível".** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TATE, C. N. **Why the Expansion of Judicial Power? In The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University, 1995.

_____. e VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995.

VERBICARO, L. P. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista de Direito GV**. São Paulo, 4 [2] p. 389-406, jul-dez de 2008. Disponível em <http//:www.scielo.com.br> Acesso em 15/07/2014.

VIANNA, L. W., *et al*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de Marcos G. Nontagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.