

INTRODUÇÃO

Ao longo da vigência da Constituição Federal de 1988, a questão relativa à implementação dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, assumiu papel de relevo nos cenários político e jurídico nacionais, gerando grandes embates sobretudo quanto à possibilidade de interferência do judiciário na efetivação desses direitos.

Como direito de todos e dever estatal, introduzido no rol dos direitos fundamentais, o direito à saúde inseriu no seio da sociedade a demanda por sua efetivação. Esta, no entanto, constantemente restou (e ainda resta) frustrada diante do não atendimento pelo Estado das pretensões dos cidadãos, o que, ao lado da normatividade conferida constitucionalmente a tais direitos¹, ensejou uma crescente adjudicação de demandas envolvendo prestações de saúde.

Provocado sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou, na ADPF 45², quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas. Em decisão monocrática, o Relator Ministro Celso de Mello emitiu importante precedente jurisprudencial, o qual se reproduz *ipsis litteris*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional**, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (BRASIL, ADPF 45, 2004)

Paralelamente a esse movimento jurisprudencial, emergiu, na doutrina pátria (e também nas cortes, no enfrentamento do caso concreto), o debate acerca da vinculatividade dos direitos sociais - perpassando questões como a normatividade de tais direitos -, bem como dos seus possíveis limites e das consequências dessa interferência

¹ CR/88, art. 5º, § 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

² Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto presidencial sobre o §2º do artigo 55 (posteriormente numerado para artigo 59), da futura lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2004). Segundo o Requerente, qual seja o Partido da Social Democracia Brasileiro – PSDB, o referido veto resultou em lesão a preceito fundamental inserido pela EC 29/2000, que determinou o mínimo de recursos financeiros a serem investidos em ações e serviços públicos de saúde. Entretanto, logo após o veto, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional projeto de lei (posteriormente transformado na lei nº 10.777/2003) restaurando, integralmente, a norma vetada.

no planejamento e na organização da Administração Pública, havendo uma extensa coletânea de obras que se dedicam especificamente a esses temas³.

Dentre os eixos centrais de tratamento da matéria, podemos citar (sem pretender aqui exaurir ou simplificar as teorias até então desenvolvidas): o entendimento de que direitos sociais são direitos subjetivos *prima facie* que, à luz do caso concreto, podem ou não se transmudar em direitos subjetivos definitivos; a construção teórica do mínimo existencial, como critério positivo à concessão, pelo Judiciário, da pretensão demandada e identificado, em uma leitura axiológica da Constituição, às condições mínimas de existência digna do indivíduo; e a instituição da reserva do possível, de função oposta, como argumento negativo à efetivação judicial do direito à saúde, subordinada às possibilidades orçamentárias do Estado.

Cita-se, também, a crítica de que, sem prejuízo das boas intenções dos magistrados, assim como da relevância da proteção ao direito à saúde, o ativismo judicial pode levar ao colapso do sistema que pretende garantir, tornando uma tarefa *hercúlea*, se não impossível, a organização da atividade administrativa e a alocação racional dos recursos públicos⁴.

Em que pese as contribuições até então desenvolvidas, percebe-se um certo vazio doutrinário quanto ao passo anterior a essa discussão, relativo ao debate acerca da legitimidade e fundamento desse ativismo judicial na chamada judicialização da política, *in casu*, da política de saúde.

Diante desse contexto, entende-se por latente, no cenário jurídico pátrio, o desenvolvimento de um estudo que “leve a sério” a questão, analisando-a reflexivamente em sua complexidade, a qual certamente não se limita (ou se exaure) na definição de meros critérios e parâmetros ao seu desenvolvimento ou, ainda, na discussão de ponderação de princípios subjacente às lides envolvendo *escolhas trágicas* de saúde.

Pretende-se, nesse sentido, ir além da visão tradicional da doutrina, centrada nas controvérsias supracitadas, buscando entender a questão de forma dialógica, em que o ativismo judicial seja relido à luz do princípio democrático, permitindo-nos refletir sobre

³ Apenas a título de exemplo, podemos citar importantes autores que desenvolvem o tema, como Daniel Sarmiento, Luís Roberto Barroso, Saulo Lindofer Pivetta, Karine da Silva Cordeiro, dentre outros.

⁴ Isso porque os esforços administrativos, que deveriam estar orientados para o fomento de políticas públicas de saúde, são desviados para o atendimento de decisões judiciais em demandas individuais, comprometendo o planejamento e a eficiência administrativa no atendimento da coletividade. Luís Roberto Barroso (2013, p. 179) explica que, embora cada uma das decisões judiciais atenda às necessidades imediatas do jurisdicionado, globalmente impede a otimização das possibilidades estatais de promover adequadamente a saúde pública, situação que encontra agravante no desigual acesso à justiça no Brasil.

a própria existência (ou não) de legitimidade pelo Judiciário para intervir na conformação de políticas públicas de saúde no Estado brasileiro.

Para tanto, precisaremos perpassar (e enfrentar criticamente) a cultura jurídica e política predominante no país, denominada neste trabalho (e também por Conrado Hübner Mendes) de “retórica do guardião entrincheirado”, em que às cortes são atribuídas as expectativas de salvaguarda dos direitos fundamentais e da democracia. A partir deste entendimento, o Judiciário passa a ser detentor de um *status* semelhante a de um supra Poder, dissociado e imiscível (impenetrável) aos devaneios da política - os quais atingiriam apenas os Poderes Políticos em um “*Estado Poiético*”⁵, despreocupado com a promoção do bem comum e voltado para o exercício do poder.

Diante do contexto supra delineado, questiona-se: em uma democracia, seria o ativismo judicial, sob o manto da supremacia dos juízes (ou ainda da Constituição), a alternativa à efetivação do direito à saúde? Ou, em outros termos, estaria o Poder Judiciário dotado de legitimidade para conformar políticas públicas de saúde? Se não, como superar a cultura da retórica do guardião entrincheirado, em que são atribuídas às cortes a responsabilidade de salvar o direito à saúde e a democracia, de forma geral, dos perigos da política?

1. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA

Em que pese não ter sido a primeira Carta Constitucional a prever um regime jurídico diferenciado aos direitos sociais⁶, certo é que, no cenário jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi pioneira em contemplá-los entre os direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico.

Diante dessa inserção e respaldadas no manto da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde⁷, as cortes nacionais passaram a proferir inúmeras decisões determinando à Administração Pública a concessão de prestações de saúde, em uma verdadeira mudança de paradigma de atuação, passando a pautar-se pelo ativismo judicial.

⁵ Para maior aprofundamento da distinção entre “Estado Ético” e “Estado Poiético” ver: SALGADO (1998).

⁶ Previsões já constantes, por exemplo, na Constituição de Weimar (1919) e na Constituição do México (1917).

⁷ CR/88, art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido,

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008. p. 6)

O Poder Judiciário passou, assim, a direcionar suas condutas à aplicação da Constituição em suas “máximas potencialidades”, adotando uma postura de maior participação na concretização dos preceitos constitucionais e intervindo na esfera de atuação dos demais poderes, ainda que, conforme entendimento adotado pelo STF, de modo excepcional.

Ressalta-se que tal mudança de paradigma não se processou de forma abrupta ou do dia para a noite, mas se desenvolveu gradativamente ao longo da vigência da Constituição de 1988, acompanhando e, simultaneamente, explicitando a mentalidade política operadora da interação institucional brasileira, dominada por uma “retórica do guardião entrincheirado”⁸. Essa, por sua vez, pode ser entendida como a “presunção de infalibilidade judicial”, em que são atribuídas às cortes, ao menos no discurso, uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia⁹. Sob tal entendimento, há uma presunção de que

(...) o indivíduo, no ambiente majoritário, tende a decidir irracionalmente e, para protegê-lo, retira dele essa competência. Desconfia da capacidade do cidadão passar por um procedimento majoritário. Para decidir sobre o conteúdo de tais direitos, juízes estariam em melhor condição do que indivíduos autônomos num foro eleitoral-majoritário. (MENDES, 2011, p. 18)

Ao juiz, dessa forma, passou a ser atribuída a expectativa messiânica de garantir a todos o acesso universal a prestações de saúde, sejam elas até mesmo medicamentos ou tratamentos médicos de eficácia sequer comprovada, não aprovados pelo órgão de

⁸ Expressão utilizada por Conrado Hübner Mendes (2011).

⁹ Conrado Hübner Mendes, desenvolvendo os pensamentos de Waldron, explicita que a teoria do direito nos habituou a comparar uma “figura idealizada do juiz” (Hércules) com uma “figura desprezível e cínica do legislador”, afastando-nos de tratar o primeiro com a mesma desconfiança tradicionalmente dispensada ao segundo. (MENDES, 2011, p. 58) Transcreve-se, a fim de elucidar a citada explicação, o trecho de Waldron: “There is nothing about legislatures or legislation in modern philosophical jurisprudence remotely comparable to the discussion of judicial decision-making. No one seems to have seen the need for a theory or ideal-type that would do for legislation what Ronald Dworkin’s model of judge, ‘Hercules’, purports to do for adjudicatory reasoning. (...) Not only do we not have the normative or aspirational models of legislation that we need, but our jurisprudence is pervaded by imagery that presents ordinary legislative activity as deal-making, horse-trading, log-rolling, interestpandering, and pork-barreling – as anything indeed, except principled political decision-making. And there’s reason for this. We paint legislation up in these lurid shades in order to lend credibility to the ideal of judicial review (...), and to silence what would otherwise be our embarrassment about the democratic or ‘counter-majoritarian’ difficulties that judicial review is sometimes thought to involve. And so we develop and idealized picture of judging and frame it together with a disreputable picture of legislating” (WALDRON, 1999, p. 1-2).

controle sanitário federal, ANVISA, ou, ainda, não contemplados pela lista do Sistema Único de Saúde - SUS. Tal expectativa foi acompanhada pela própria arrogação do Judiciário na função de salvador da nação, “tomando para si” competências que não lhe são próprias.

A fim de demonstrar a crítica que ora se desenvolve, de modo a dotá-la de maior força argumentativa, inclusive fática, vejamos alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG –, em que, sob o “escudo” da “supremacia da Constituição” e de argumentos como o mínimo existencial, os magistrados mascaram um decisionismo no mínimo descriterioso e descompromissado com o princípio democrático e da separação dos poderes, em uma visão em que o juiz, como guardião da Constituição, tudo pode:

AÇÃO ORDINÁRIA - REEXAME NECESSÁRIO - PACIENTE PORTADORA DE NEURALGIA ESSENCIAL DO NERVO TRIGEMIO - NECESSIDADE DE USO DE MEDICAMENTOS - DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE - GRAVIDADE DA DOENÇA E URGÊNCIA DO PEDIDO ATESTADAS EM LAUDO MÉDICO IDÔNEO - DIREITO À SAÚDE - CUSTEIO PELO PODER PÚBLICO - LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS - IRRELEVÂNCIA - FORNECIMENTO CONDICIONADO À APRESENTAÇÃO TRIMESTRAL DE RECEITUÁRIO - NECESSIDADE - FIXAÇÃO DE MULTA EM FACE DO ENTE PÚBLICO - POSSIBILIDADE - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - INOBSERVÂNCIA - REDUÇÃO - CABIMENTO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO. 1. Tratando-se de paciente portadora de Neuralgia Essencial do Nervo Trigêmio, conforme atestado em relatório médico, subscrito por profissional especialista, exsurge o direito ao recebimento gratuito dos medicamentos que lhe foram prescritos, porquanto não possui condições de suportar seus custos. **2. Ainda que os fármacos pleiteados não façam parte daqueles dispensados pelo ente público, a Constituição Federal garantiu o direito de acesso à saúde.** 3. **A invocação do princípio da reserva do possível e limitação financeira do ente público e o suposto prejuízo aos municípios, por si só, não pode justificar o desatendimento à ordem constitucional de facilitação do acesso aos serviços de saúde.** 4. É razoável condicionar o fornecimento do medicamento à apresentação de receita médica atualizada trimestralmente, vez que impede a dispensa indiscriminada dos fármacos, bem como a respectiva utilização de maneira inadequada, possibilitando o fornecimento racional. (TJMG - Reexame Necessário-Cv 1.0395.13.001713-4/001, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/07/2015, publicação da súmula em 17/07/2015)

Reexame necessário e recursos voluntários - Ação ordinária - Saúde - Direito social - Medicamentos- Deferimento da tutela antecipada - Posterior confirmação em sentença - Sentença parcialmente reformada - Recursos prejudicados. 1. A Constituição da República reforça que a saúde é um direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 2. O direito à saúde compreende também o direito à prevenção de doenças, de tal sorte que o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo saudável, como por evitar que ele se torne doente. **3. No quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos não inclusão do medicamento necessitado em lista oficial, de limitações orçamentárias ou de aplicação da teoria da reserva**

do possível. (TJMG - Apelação Cível 1.0625.08.084592-2/002, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/07/2015, publicação da súmula em 27/07/2015)

Pois bem, é diante desse ativismo judicial “displicente” em lides envolvendo pretensões de saúde, em que boa parte das decisões judiciais evidenciam uma despreocupação das cortes com os alicerces do Estado brasileiro – que elegeu, simultaneamente, o constitucionalismo e a democracia como seus ideais políticos – que a reflexão proposta encontra a sua pertinência e relevância.

Isso porque a postura ativista do Judiciário na efetivação do direito à saúde deve ser (re)vista e (re)lida em perspectiva dialógica (e não excludente) com o princípio democrático, buscando, a partir desta análise, refletir acerca da própria existência (ou não) de legitimidade nessa atuação. A discussão, como já exposto, vai além de uma mera definição de critérios materiais à atuação judicial, mas visa a questioná-la em si mesma, uma vez que as cortes não são alheias à democracia, mas sim partes integrantes da mesma que constituem e lapidam a sua significação ao longo do tempo.

Democracia, conforme reflete Conrado Hübner Mendes (2011, p 33),

se decompõe, entre outras coisas, em demandas por igualdade, respeito a direitos, participação e certos arranjos institucionais estruturados por uma constituição. Já é lugar comum afirmar que, no século XX, a democracia passou a liderar a competição pelos índices de legitimidade da política e atingiu, praticamente, consenso quanto ao seu valor abstrato. Esse consenso em abstrato, contudo, segundo esse mesmo lugar comum, foi conquistado ao preço de grande desacordo sobre as formas concretas de se implementar esse ideal.

Assim, ao tomar para si a responsabilidade de, heróica e solitariamente, salvar a democracia contra a vontade dos outros poderes, “a corte arrisca-se a criar um feitiço contra si mesma que tende a culminar ou numa prática decisória tímida e acanhada, ou numa reação mais agressiva (e menos deliberativa) do outro poder” (MENDES, 2011, p 226).

De uma forma ou de outra, certamente temos um empobrecimento da experiência democrática, o que agrava, ainda mais, a cediça crise das instituições da democracia representativa vivenciada nos dias atuais, em que é evidente a descrença dos governados em relação aos seus governantes. *“The belief in judicial supremacy imposes a burden that a Court cannot carry. It sets up expectations that invite disappointment if not disaster”* (FISHER, 1988).

2. INSERINDO O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO DEBATE

Traçados os contornos iniciais pertinentes ao tema, resta-nos enfrentar criticamente a cultura excessivamente ativista e paternalista do Judiciário, buscando, na teoria dos diálogos institucionais, em especial na teoria desenvolvida por Conrado Hübner Mendes, uma possível alternativa à efetivação do direito à saúde que “leve à sério” esse direito, retirando-lhe da condição de mero objeto de barganha e disputa política entre os Poderes do Estado.

De forma geral, ressalvados os contornos e especificidades próprios de suas diversas vertentes, as teorias dos diálogos institucionais se voltam ao estudo da natureza das interações entre as cortes e os poderes políticos do Estado, notadamente quanto à interpretação de direitos fundamentais.

Nesse sentido, propõem essas teorias que não deve haver, em uma democracia, competição ou conflito pela última palavra em matéria de direitos fundamentais, mas um diálogo permanente e cooperativo entre as instituições que, por meio de suas singulares *expertises*, são parceiras na busca pelo melhor significado constitucional. Segundo esse entendimento, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre os poderes estatais em matéria de direitos fundamentais, mas uma interação constante e sinérgica em busca da “melhor resposta”, transcendente à disputa pelo monopólio da “última palavra”. Haveria, assim, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudaria a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas.

Christine Bateup (2006, p. 4), explica que:

“Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors”.

Ressalte-se que, apesar de compartilharem o eixo central de suas digressões, as teorias dos diálogos institucionais apresentam especificidades próprias, podendo ser agrupadas conforme a preponderância do seu viés normativo (prescritivo) ou positivo. As primeiras, normativas, são reunidas nas teorias do método judicial – a exemplo da teoria do aconselhamento judicial, da teoria das regras centradas no processo e do minimalismo judicial – caracterizando-se pela prescrição, aos juízes, de determinadas técnicas de tomada de decisão como forma de estimular e encorajar um debate constitucional mais amplo com os poderes políticos e, até mesmo, dentro destes, provocando-os a inserir o debate e respeito aos direitos fundamentais em sua atividade (BATEUP, 2006, p. 20).

As teorias positivas, por sua vez, são associadas às teorias estruturais do diálogo, dentre as quais cita-se a teoria da construção coordenada, as teorias do princípio judicial, as teorias do equilíbrio e as teorias da parceria¹⁰. Essas baseiam-se no reconhecimento de que existem, no âmbito dos sistemas constitucionais, mecanismos políticos ou institucionais que permitem aos atores políticos responder às decisões judiciais em caso de desacordo. Por essa visão, o diálogo constitucional surge quando esses mecanismos são acionados de forma interconectada, possibilitando um processo dinâmico de trocas recíprocas (*to-and-fro*) entre os juízes e demais atores constitucionais (BATEUP, 2006, p.35).

Para fins do trabalho ora proposto, voltaremos nossos olhos para a teoria proposta por Conrado Hübner Mendes, de viés positivo, a qual busca compreender a democracia a partir da interação deliberativa das instituições.

A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que podemos esperar de melhor de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz vibração ao regime. Implanta uma pressão por consistência. Fundamentalmente, insere a tensão entre forma e substância no centro desse arranjo. (MENDES, 2011, p 212)

Na perspectiva desenvolvida pelo autor, a democracia demanda a conjugação dos objetivos de autogoverno e da resposta certa, de *input* e *output*, do procedimento e da maior probabilidade de que ele produza respostas acertadas. Nesse viés, deve estar pautada na interdependência entre forma e substância e na valorização da interação entre corte e parlamento¹¹. Tal interação, no entanto, não deve se processar de forma a valorizar uma instituição em detrimento de outra, sob pena de, ao tentarmos superar o excessivo apego à supremacia dos juízes, incorrerem no mesmo equívoco, porém de face contrária, supervalorizando a atuação legislativa.

Nesse ponto, inclusive, o autor relaciona o papel do Judiciário e, em contraposição, o do Parlamento em um estado democrático. Para tanto, busca nos ensinamentos de Ronald Dworkin (2002) e Jeremy Waldron (1999), o debate necessário à superação da “retórica do guardião entrincheirado”, confrontando a concepção de “juiz Hércules”¹² do primeiro ao ideal de parlamento representativo do segundo para propor ir

¹⁰ Para um maior aprofundamento no assunto ver BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 71 Brook. L. Rev. (2006).

¹¹ Nas palavras de Conrado: “O desenho de instituições precisa carregar alguma pretensão epistêmica, ou seja, a aposta de que um modo de decidir (*input*) fabricará, ou pelo menos terá maior probabilidade de gerar, os melhores resultados (*output*). Dito de outro modo, o procedimento não pode se limitar a promover o auto-governo, mas deve também ser capaz de gerar boas decisões.” (MENDES, 2011, p.169)

¹² A construção dworkiana do “Juiz Hércules” reporta à idealização da figura do juiz, capaz de deliberações exemplares no “fórum do princípio”. Esclarece Dworkin sobre o tema: “eu inventei um jurista de

além deste binário fundado na escolha do detentor da última palavra ou de quem deteria o direito de errar por último.

Acentua, então, que para DWORKIN (2002), a democracia, na sua versão mais genuína e desejável, não seria apenas um regime em que indivíduos se juntam para tomar decisões coletivas, processar seus interesses individuais e convertê-los em política pública por intermédio da regra de maioria. Deve, na verdade, conquistar a filiação moral de seus membros na comunidade política por meio de requisitos substantivos, traduzidos pela síntese da “igual consideração e respeito”. O dever moral de obediência ao direito e ao governo, assim, decorreria desse tratamento igualitário (tratar a todos com igual consideração e respeito). Democracia, assim, para que mereça o lugar de epítome da justiça política, não pode se restringir à satisfação do bem-estar geral (questões de *policy*), mas deve respeitar direitos individuais (questões de princípio).

WALDRON (1999), por sua vez, considera que a atribuir a juízes a decisão sobre questões moralmente controversas, retirando dos cidadãos a possibilidade de emitir seu juízo moral num procedimento majoritário, desrespeitaria o que a democracia teria de mais valioso: a inexistência de hierarquia entre os cidadãos, que decidem em igualdade de condições seus problemas coletivos. Como não há acordo possível sobre o conteúdo, há que se fazer um acordo procedimental para decidir tal conteúdo: sua proposta é a maximização do direito de participação, o direito dos direitos, que permite a todos se realizarem igualmente como sujeitos autônomos em votação pública.

Segundo o autor americano, quando a teoria política se propõe a construir um arranjo institucional, a pergunta decisiva a se fazer é “quem deve decidir?”, jamais “o que decidir?”. Dado que as instituições são falíveis e que sempre haverá desacordo sobre a correção ou a verdade de suas decisões, a promessa substantivista de que dada instituição é legítima porque respeita direitos não pode ser cumprida.” (MENDES, 2011. p. 13)

There is nothing about legislatures or legislation in modern philosophical jurisprudence remotely comparable to the discussion of judicial decision-making. No one seems to have seen the need for a theory or ideal-type that would do for legislation what Ronald Dworkin’s model of judge, ‘Hercules’, purports to do for adjudicatory reasoning. (...) Not only do we not have the normative or aspirational models of legislation that we need, but our jurisprudence is pervaded by imagery that presents ordinary legislative activity as deal-making, horse-trading, log-rolling, interestpandering, and pork-

capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. (DWORKIN, 2002, p. 165)

barreling – as anything indeed, except principled political decision-making. And there’s reason for this. We paint legislation up in these lurid shades in order to lend credibility to the ideal of judicial review (...), and to silence what would otherwise be our embarrassment about the democratic or ‘counter-majoritarian’ difficulties that judicial review is sometimes thought to involve. And so we develop an idealized picture of judging and frame it together with a disreputable picture of legislating (WALDRON, 1999, p. 1-2).

É a partir desse confronto de teorias - do juiz Hércules *versus* o ideal de parlamento representativo, da supremacia dos juízes *versus* a supremacia do legislador - que Conrado Mendes desenvolve a crítica ao binário reducionista e enrijecedor de um modelo de separação dos poderes voltado à definição *a priori* de uma instituição detentora “da última palavra” em direitos fundamentais - sejam as cortes ou o parlamento - uma vez que qualquer dos modelos redundaria em uma supervalorização de uma instituição em detrimento da outra, sendo ambas as possibilidades prejudiciais.

Isso porque, se de um lado, a supremacia judicial redundaria no legalismo hermético, no imperialismo retórico, na soberba do guardião entrincheirado e monopolista; do outro, uma supremacia do parlamento aponta para a deferência ou o comodismo legislativo.

Propõe MENDES, diante disso, a necessidade de se desenhar uma cooperação institucional voltada à promoção dos direitos fundamentais, em que seja superada a visão convencional do judiciário como “última trincheira” na proteção dos direitos, assim como a posição diametralmente oposta de um legislador “acanhado e deferente”. Nesse sentido,

(...) o dilema real e mais importante da teoria democrática, em relação a esse aspecto, não é a escolha de uma ou outra instituição como a última autoridade legítima. Em vez disso, o desafio é desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direitos fundamentais ou, em outras palavras, de levar o potencial epistêmico da deliberação interinstitucional a sério, sem desconsiderar a necessidade do estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias. (MENDES, 2011, p. 23)

Sob essa perspectiva de diálogo interinstitucional, argumenta que seria infrutífero qualquer esforço teórico direcionado à consecução de uma receita pronta e abstrata de interação entre as instituições. O desafio, na verdade, seria demonstrar que

(...) apesar de a expertise ser variável importante no desenho institucional, no que diz respeito a direitos, o argumento epistêmico pela supremacia de qualquer instituição é indesejável. A minimização do erro não decorre tanto de uma instituição ou de outra, mas de sua interação deliberativa e da busca pelas melhores razões públicas, tanto por parlamentos quanto por cortes. Assim, pode-se potencializar a capacidade epistêmica da democracia sem negar a falibilidade das instituições. (MENDES, 2011, p. 173-4)

Dessa forma, “saber quem deve prevalecer é uma questão contingente. Não há resposta de princípio, geral e abstrata. O valor de um processo contínuo de formação da vontade política precisa ser percebido, e não deve ser ofuscado por aquela discussão”

(MENDES, 2011, p. 212). A corte, caso detenha o poder da última palavra (ainda que provisória), não é insusceptível a falhas, tampouco alheia e imiscível às circunstâncias da política, e não pode (e nem deve) ser vista como tal. Deve antes ser entendida como um “um mecanismo que tenta evitar o esfriamento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença e a omissão de certas razões tidas como fundamentais na legitimação da política” (MENDES, 2011, p. 212). Ela busca alimentar uma cultura pública de maior densidade deliberativa, sendo legítima na medida que (e apenas enquanto que) cumprir essa função.

CONCLUSÃO

A cultura política predominante no cenário nacional, fundada na “retórica do guardião entrincheirado”, motivou, ao longo dos vinte e cinco anos de vigência da Constituição de 1988, o desenvolvimento de uma postura judicial ativista no tratamento do direito à saúde. Sob o pretexto da proteção desse direito contra as ofensas e omissões dos demais poderes - aos quais são atribuídos, de antemão, a presunção de desconfiança - o Judiciário erigiu-se como o messias dos direitos fundamentais, único responsável por sua salvaguarda e capaz de realizar a sua efetivação.

Arrogadas em tal função, ainda que, muitas vezes, escondidas atrás do véu da “supremacia da Constituição”, proliferaram-se, nas cortes, inúmeras decisões conformativas de políticas públicas, determinando à Administração Pública o custeio de pretensões de saúde das mais diversas naturezas. Muitas dessas pretensões, inclusive, sequer contempladas nas listas oficiais da ANVISA ou do SUS, o que demonstra, no mínimo, um excesso de ambição do Judiciário ou uma despreocupação com princípios tão importantes quanto os direitos fundamentais na organização do Estado brasileiro: a democracia e a separação dos poderes.

Conforme já exposto ao longo desse trabalho, a legitimidade de uma decisão numa democracia constitucional, à luz de Conrado Mendes, será mensurada tanto por seu conteúdo quanto pelo seu procedimento, de modo que, quanto maior for o grau de desacordo em determinada questão – como geralmente acontece em lides envolvendo o direito à saúde –, maior será a imposição da dimensão procedimental, uma vez que o reconhecimento de um procedimento justo estimula a aquiescência em face de resultados não consensuais.

Ora, será por meio da presunção de infalibilidade do juiz e da incapacidade dos indivíduos de se autogovernarem que estaremos caminhando para a construção de uma democracia? Ou, em outros termos, por meio do paternalismo político, em que há a supressão da autonomia e a presunção de que há indivíduos menos competentes que outros para participarem das decisões coletivas?

A resposta, como é possível antever, inclina-se para a negativa dessas premissas. Isso porque, ao depositar todas as expectativas de uma democracia no Judiciário, retira-se do povo a oportunidade de errar, de aprender com o erro e de corrigi-lo sem a interferência de um agente externo. Ao mesmo tempo, empobrece-se a própria experiência democrática, uma vez que, ao superestimar o papel e a responsabilidade de uma instituição, atrofia-se os dos outros poderes. Estes, então, são eximidos de promover os valores constitucionais, competindo-lhes apenas a formulação de decisões políticas ordinárias.

Esclareça-se, no entanto, que não estamos aqui sustentando uma identificação pura e simples de democracia ao auto-governo do povo, eis que esta vai além da escolha dos representantes políticos de uma nação (FERNANDES, 2013, p. 291). Demanda, na verdade, um modelo de interação constitucional e político que promova um espaço público apto a desenvolver e institucionalizar a vontade coletiva e que garanta, simultaneamente, a proteção dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, assegurando aos cidadãos os direitos básicos necessários a sua participação na esfera pública de tomada de decisões¹³.

Nesse sentido, o desenho de interação interinstitucional precisa carregar alguma pretensão epistêmica, ou seja, “a aposta de que um modo de decidir (*input*) fabricará, ou pelo menos terá maior probabilidade de gerar, os melhores resultados (*output*). Dito de outro modo, o procedimento não pode se limitar a promover o auto-governo, mas deve também ser capaz de gerar boas decisões” (MENDES, 2011. p. 169).

Tendo isso em vista, o modelo de ativismo judicial desenvolvido até então em lides de saúde aponta para um distanciamento das cortes nacionais do modelo democrático proposto, o qual se legitima e desenvolve tanto procedimentalmente, quanto substancialmente.

Nesses termos, quanto ao *input*, o ativismo judicial, mascarado sobre a cultura do guardião entrincheirado, não seria democraticamente desejável, na medida em que

¹³ Tais direitos não se limitam aos direitos individuais, mas também aqueles relacionados às condições materiais básicas ao real exercício da cidadania.

desestimula o debate, retirando do povo, titular do poder constituinte, a responsabilidade por suas escolhas e, dos poderes políticos, a necessidade de desenvolver uma argumentação constitucional séria de suas decisões.

Por outro lado, quanto ao *output*, boa parte das decisões judiciais demonstram um “desleixo” das cortes quanto ao desenvolvimento do melhor argumento, as quais, escondendo-se em fundamentos pomposos e meramente aparentes - que não enfrentam o *hard case* envolvido na lide -, esquivam-se do “peso” moral de analisar uma demanda intrinsecamente relacionada à vida de alguém. Ademais, demonstram uma despreocupação com a política pública *strictu sensu* já desenvolvida pelos Poderes Executivo e Legislativo, o que, em um macro contexto, compromete a sua operacionalização e racionalização, agravando o problema que pretendem resolver.

Assim, “a Constituição não é uma receita para o suicídio. Logo, do mesmo modo que não podem ser sacrificados no altar do Estado, os direitos fundamentais não podem servir de altar para a destruição nacional” (CORDEIRO, 2012).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P.159-187

_____. *JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA*. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 30 jul. 2014.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 71 *Brook. L. Rev.* 2006.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: University Press, 1988.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: Regime Jurídico, Políticas Públicas e Controle Judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$ 800 mil*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 30 jul. 2014.

SILVA, V.A. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). *DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 587-599

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: University Press, 1999.