

A judicialização das políticas públicas e releitura da separação dos poderes: diálogos entre procedimentalismo e substancialismo.

Michéle Chalbaud Biscaia Hartmann¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Considerações sobre a visão procedimentalista. 2. A perspectiva substancialista. 3. Diálogos entre o procedimentalismo e o substancialismo: releitura da separação dos poderes e o papel do Judiciário. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO: Com a constitucionalização dos direitos sociais na Constituição de 88, o Estado passou a ser devedor de direitos prestacionais, exigindo-se, via de regra, a criação de políticas públicas para a sua efetivação. Contudo, atualmente, observa-se uma falta de efetividade em tais direitos, que apesar de previstos no texto constitucional não têm ampla concretização pelo poder público, pelo problema com a escassez dos recursos. Neste panorama, urge o problema da judicialização dos direitos sociais, pois os cidadãos vilipendiados em seus direitos acabam socorrendo-se à via judicial para garanti-los, como destacado neste ensaio. Assim, socorrendo-se dos debates filosóficos do direito sobre a democracia e as formas de se interpretar a Constituição, trazidas pelo procedimentalismo e o substancialismo, pretende-se apontar a necessidade de releitura do princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, do papel do poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: procedimentalismo, substancialismo, judicialização, direitos sociais.

INTRODUÇÃO

A legitimidade dos órgãos jurisdicionais para rever as normas produzidas pelos órgãos legislativos, bem como a possibilidade de controle dos atos administrativos tem sido objeto de muitas polêmicas ao longo dos anos, desde que se instaurou a jurisdição constitucional, pois, com a promulgação da Constituição de 88, no Brasil e com a instituição do Estado Democrático e Social de Direito, houve a constitucionalização de uma série de direitos fundamentais, dentre eles e em especial, os direitos sociais, colocando o Estado como

¹ Advogada, Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná e Mestranda em Democracia e Direitos Fundamentais pela Unibrasil – Faculdades Integradas do Brasil. (mcbhartmann@hotmail.com)

intermediário das relações sociais e econômicas, devedor de direitos prestacionais.

Porquanto, diante dessa nova perspectiva do Estado Democrático de Direito, preocupado com a proteção de direitos sociais, é que as controvérsias relacionadas com a implementação judicial do direito à saúde começaram a surgir, correspondendo à possibilidade de admissão ou não do recurso, individual ou coletivo, à via judicial para concretização de tal direito, pois ao se admitir tal hipótese, questiona-se a natureza da atividade judicial, se meramente jurídica ou também política.

De outra perspectiva, é flagrante que as esferas administrativa e legislativa não dão conta de efetivar plenamente os direitos sociais, deixando de concretizar os objetivos constitucionais, havendo uma verdadeira crise de efetividade, quer seja pela morosidade ou mesmo omissão na edição das leis, quer seja pela limitação orçamentária ou pela eleição de outras prioridades pela administração, o que não pode ser aceito.

Assim, se faz necessário apresentar uma nova visão da separação dos poderes, que atribui ao Judiciário à função de reequilibrar e harmonizar os Poderes dentro do ordenamento jurídico para a concretização dos direitos fundamentais, tornando-o mais eficiente, além de se superar a questão da ampla liberdade dos poderes políticos para com a concretização de tais direitos.

Nessa linha, é que se abordará neste ensaio, as duas principais linhas teóricas filosóficas relacionadas com a democracia e com as formas de se interpretar a Constituição, quais sejam, o procedimentalismo e o substancialismo, inspirados basicamente em Habermas e John Ely, bem como em Cappelletti e Dworkin, para trabalhar a questão central consistente no papel da jurisdição constitucional frente aos demais poderes políticos, pretendendo-se verificar qual a mais adequada com a realidade do sistema brasileiro.

Pois, como destaca Lênio Luiz Streck, essas duas teorias estão relacionadas com o papel da Constituição em nosso ordenamento jurídico, sendo assim responsáveis por modificar toda uma modalidade de entendimento do

contexto da Constituição, o que é essencial para desvendar o papel da jurisdição constitucional, a sua força normativa e o grau do dirigismo².

1. Considerações sobre a visão procedimentalista.

Observa-se, de maneira geral, que as críticas procedimentalistas se baseiam, no pensamento democrático de que os órgãos legislativo e executivo possuem legitimidade conferida pelo povo, através do sufrágio, o que não ocorre com o judiciário. Assim, afirmar a supremacia do Judiciário é como opor-se aos princípios democráticos, impedindo que a vontade popular seja observada³.

Com efeito, considerando que a Constituição pátria adotou o pensamento jurídico-político do liberalismo, consagrando a separação dos poderes, a garantia das liberdades individuais, submete o governo às leis, motivo pelo qual, não pode o Judiciário inovar no ordenamento jurídico. Sua atuação está restrita pois, a interpretação deve a captar os sentidos dos dispositivos constitucionais⁴.

Ademais, como destaca André Ramos Tavares, na visão procedimental a Constituição é desprovida de valores, não possui conteúdo ideológico, preocupação com o ser humano, com o social ou com o econômico. Preocupa-se apenas em estabelecer os procedimentos formais para a composição de interesses. “O que esta corrente está a defender é que o conteúdo da Constituição seja quase que exclusivamente a previsão de procedimentos que estabelecem meios para se alcançar decisões coletivas⁵”.

Porquanto, como premissas básica tem-se: certa neutralidade do julgador e do ordenamento jurídico frente às necessidades sociais, pois não deve ser considerada nenhuma ordem de valores. Além, da exigência democrática de que o judiciário não pode atuar fazendo escolhas valorativas, pois poderia representar

2 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 13

3 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 01

4 Nesse sentido: BESERRA, Fabiano Holz. Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o poder legislativo. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 28-31

5 TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n.9, jan./jun. 2007, p. 339.

uma afronta à separação dos poderes, suprimindo-se o âmbito de decisão do legislativo, verdadeiro órgão legitimado pela vontade do povo.

Um dos maiores expoentes desta corrente é o filósofo alemão Jürgen Habermas⁶. Destaca o papel do procedimentalismo na proteção das condições do procedimento democrático, uma vez que “a decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito⁷”.

A questão do exercício da jurisdição constitucional está concatenada, nesse ínterim, com a necessidade de se preservar a separação de poderes, no sentido de se observar a legitimidade e competência de cada órgão e instituição para o exercício de suas funções, sendo justamente esse o objeto de uma de suas maiores críticas: a relação da jurisdição constitucional com a distribuição de competências entre o legislador democrático e a justiça.

Apesar de, em última análise, a concretização de direito constitucional pela via do controle judicial ter o condão de trazer clareza ao direito e dotar o ordenamento jurídico de coerência, verifica-se que “a interpretação correta deve ser encontrada, isto é, elaborada numa argumentação racional⁸”. Não havendo que se falar em “encontro criativo” pelo interprete e tampouco em ampla competência do judiciário, pois isso ameaçaria a estrutura da divisão dos poderes, já que, no modelo liberal, haveria uma íntima ligação da justiça e da administração à lei, como garantia contra poderes absolutistas⁹.

⁶ Firma-se a ideia de Habermas como precursor do procedimentalismo, na linha do que segue Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 154-155). Embora não se desconheça a linha seguida por aqueles que relativizam de certo modo tal perspectiva habermasiana. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.; GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001; dentre outros).

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297

⁸ Ibidem, p. 303

⁹ Ibidem, p. 305

É que, a inserção de valores morais na tônica constitucional, ocorrida a partir do Estado Social, exige uma interpretação construtivista, o que implica em um “crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço da decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura das normas do Estado clássico de Direito, às custas da autonomia dos cidadãos¹⁰”.

Assim, os direitos não podem mais ser vistos sob a mera ótica do Estado Liberal, de proteção negativa e garantia das liberdades individuais, pois com a inserção de valores morais e, por conseguinte, com a proteção dos direitos fundamentais, o Estado passa a ser devedor de garantias positivas, mudança essa que se reflete na jurisdição constitucional, com a transposição de conteúdo de direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico de normas de princípios, formadoras de estruturas¹¹. E, esses conceitos-chaves surgidos das decisões são princípios procedimentais.

Todavia, imperiosa a correta compreensão do construtivismo. É que, para Habermas, os direitos/normas não podem ser assimilados como valores. As normas sendo válidas obrigam todos os seus destinatários, em igual medida, ao passo que os valores são preferências compartilhadas entre os sujeitos, são preferências desejadas por uma coletividade. As normas podem ser válidas ou inválidas, já os valores determinam relações de preferências de modo que um bem pode ser mais ou menos atrativo. Portanto, não podem ser aplicados do mesmo modo, à luz das normas pode-se determinar o que deve ser feito e à luz dos valores, o que é recomendável¹². Logo, não se deve admitir a realização de valores constitucionais pelo Tribunal Constitucional, pois assim agindo se transformaria numa instância autoritária, já que os valores não têm uma forte carga de justificação.

Ademais, “na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua própria decisão, cresce o perigo

¹⁰ Ibidem, p. 306

¹¹ Ibidem, p. 308

¹² Ibidem, p. 316-317

dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos¹³”.

Diante destas perspectivas, conclui que a Constituição não pode ser mais entendida como uma ordem que regula a relação entre o Estado e os cidadãos, como ocorria no Estado Liberal, mas também ela não pode ser vista como uma ordem jurídica global que impõe uma forma de vida sobre a sociedade. Agora, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, “a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa mais corretas por serem eqüitativas)¹⁴”.

E nessa compreensão democrática, a função da jurisdição constitucional é justamente proteger os direitos relacionados com a autonomia privada e pública dos cidadãos, de modo que a compreensão da separação dos poderes clássica não corresponde mais a essa exigência. Por essa razão, é que a jurisdição constitucional, na visão de habermasiana, deve “examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição¹⁵”.

Concluindo que, “uma compreensão procedimentalista conseqüente da constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apóiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais¹⁶”. E, assim, é possível entender que a razão é que viabiliza a política deliberativa.

O legislador ao estabelecer suas políticas, interpreta e estrutura os direitos, ao passo que, o judiciário só pode trabalhar com as razões que lhes são dadas na lei, para chegar a decisões coerentes com o caso concreto. Nesse

¹³ Ibidem, p. 322

¹⁴ Ibidem, p. 326

¹⁵ Ibidem, p. 326

¹⁶ Ibidem, p. 354

sentido, o procedimentalismo protege as condições do procedimento democrático, pois permite analisar os diferentes tipos de conflitos, permitindo que os cidadãos possam participar dos discursos políticos, buscando seus interesses e contribuindo para a consecução da igualdade¹⁷.

Infere-se, no cerne do procedimentalismo está a combinação entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada, as quais fazem parte da gênese do direito. Assim, o substrato dos direitos está nos “fluxos comunicacionais” e nas “influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos¹⁸”.

Nessa perspectiva, a esfera pública é tida como um estágio anterior ao legislativo e inclui o centro político, influenciando os argumentos normativos. Através das eleições e de meios de participação, a opinião pública se transforma em poder comunicativo, no sentido de autorização ao legislador e de legitimação sobre a administração reguladora¹⁹. Logo, a sociedade civil e a esfera pública são referências para o processo democrático e de suma importância para a realização do sistema de direitos, demonstrando-se que o escopo do procedimentalismo é a preservação da solidariedade social.

Consoante a concepção americana de John Hart Ely do procedimentalismo, reafirma-se que a questão do procedimento e da organização do Estado democrático não estão relacionadas com a implementação dos valores fundamentais, de modo que a substância da constituição está na preservação da sua forma, como na garantia da igualdade e do devido processo legal²⁰.

Não por outro motivo, “a Constituição norte-americana estaria voltada para a determinação de processos e estruturas governamentais (constituição estrutural-procedimental), não compactuando com a proteção de valores substantivos pré-determinados (em seu texto). Suas palavras são precisas: A

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.183

¹⁸ Ibidem, p. 186

¹⁹ Idem.

²⁰ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University, 1980. p. 100

Constituição americana é um processo de governo e não uma ideologia governante²¹”.

Trazendo essa discussão procedimentalista para o cenário nacional, no específico da judicialização das questões envolvendo a implementação dos direitos sociais, estas só poderiam ser decididas nos limites que fossem previamente estabelecidos pelas normas jurídicas, visando afastar-se do voluntarismo, não podendo o Poder Judiciário inovar e sequer substituir uma decisão política legislativa ou administrativa, que representaria a maioria democraticamente.

Em última análise, em decorrência da força normativa da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos sociais está condicionada a adoção e implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo ou Legislativo, não podendo o sistema jurídico substituir-se ao sistema político, na escolha das políticas públicas. O Judiciário jamais poderá determinar qual a melhor ou mais adequada maneira de atingir um grau ótimo de concretização dos direitos sociais, ou decidir com base em escolhas já efetuadas pelo Executivo ou Legislativo, tampouco poderá escolher, planejar políticas públicas por eles, apenas poderá determinar que o poder público em razoável espaço de tempo crie uma determinada política pública e a implemente²².

Dessa perspectiva de análise, os poderes públicos gozam de extrema liberdade de conformação das políticas públicas que visam concretizar da melhor maneira os direitos sociais, de maneira que o Judiciário não poderá se manifestar a cerca da correção dessas escolhas ou não. Pode apenas se valer de argumentos jurídicos para analisar se as políticas públicas adotadas efetivam os direitos com uma máxima eficiência ou não e, a partir daí, estabelecer metas à razoável prazo para os demais poderes. Verificando-se aí, importante diferenciação entre o Judiciário criar políticas públicas e realizar o controle de sua execução (do ato

²¹ TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n.9, jan./jun. 2007, p. 342

²² JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 97-100.

administrativo). O que, todavia, não enfrenta o problema da omissão dos poderes públicos.

Avesso à possibilidade do judiciário criar políticas públicas em matéria de direitos sociais são os apontamentos de Eduardo Appio, pois os argumentos jurídicos não podem ser aceitos para justificar opções políticas. O que, se fosse possível, romperia com os ideais democráticos. Contudo, no caso do controle da execução das políticas públicas, abre-se à possibilidade do judiciário assumir a função política de controle dos demais poderes políticos, como forma de ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam os cidadãos²³.

Deste modo, o Judiciário ao atuar no controle/execução das políticas públicas (e não na sua criação), assume uma função política de controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, tanto no âmbito normativo quanto no administrativo, ampliando-se o debate democrático sobre as decisões que afetam os cidadãos²⁴. O que é totalmente diferente de aceitar a “governabilidade” do Judiciário, pois não detém a atribuição de eleger entre as políticas públicas a que achar mais adequada, ou seja, não possui legitimidade política. Apenas pode controlar a execução das políticas públicas preconizadas pela Constituição Federal ou estabelecidas em lei²⁵. Nesta perspectiva, o Judiciário jamais poderá formular as políticas públicas, apenas poderá controlar a execução de tais planos dos demais poderes, nos limites das políticas públicas estabelecidas na própria Constituição ou na legislação, restringindo-se ao conteúdo e ao momento da implementação. Não poderá decidir livremente sobre quais políticas públicas devam ser concretizadas pelo governo, pois seria uma afronta à democracia, pelo fato de o Judiciário não possuir legitimidade política, como os demais poderes, para fazer tais escolhas.

Ademais, é pela possibilidade de o Judiciário cumprir a função constitucional de revisar os atos administrativos que se admite seu controle sobre a execução das políticas públicas, já que essa execução ocorre por meio da

²³ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 56-57

²⁴ Ibidem, p. 66.

²⁵ Ibidem, p. 70.

implementação de programas sociais e econômicos, implicando em ônus para os particulares ou benefícios apenas para uma parcela dos cidadãos, em vista da escassez dos recursos públicos. Assim, para fazer o controle da execução, ou seja, o controle dos atos administrativos praticados, o Judiciário terá de decidir por limitar as obrigações criadas ou estender os benefícios a todos os cidadãos necessitados, podendo-se inclusive admitir a tutela individual dos direitos ante a ação ou omissão do Estado, pois aqui o juiz não estará formulando políticas públicas, apenas estará controlando a discricionariedade do ato administrativo²⁶.

Enfim, como argumento contrário à substituição do legislador e do administrador público pelo juiz, no que tange à formulação das políticas públicas, aponta-se a ausência de legitimidade política, pois o Legislativo e o Executivo são poderes eleitos mediante sufrágio universal, para escolher as políticas sociais e econômicas a serem implementadas em favor da sociedade, ao passo que o Judiciário não possui condições técnicas para averiguar as reais prioridades sociais. Além disso, a atividade-fim do Judiciário é a revisão dos atos administrativos praticados pelos demais poderes, e não sua substituição, logo a discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda, caso houvesse essa substituição, ela acarretaria um desgaste do Judiciário, enquanto poder político, pois teria de suportar todas as críticas decorrentes de suas escolhas eventualmente indevidas, as quais estariam fora do controle de quaisquer outros poderes. Finalmente, a governabilidade judicial autorizaria um maior controle político do Judiciário, tornando-se possível a interferência direta nas funções judiciais²⁷.

Quanto à possibilidade de controle na execução das políticas públicas pelo Judiciário como forma de controle dos atos administrativos, é assente a sua viabilidade; mas como essa revisão às vezes atinge o princípio democrático, deve ser aceita com uma limitação, sendo necessário estar baseada nos seguintes pressupostos: “1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder

²⁶ Ibidem, p. 110.

²⁷ Ibidem, p. 151-152.

Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia²⁸”.

2. A perspectiva substancialista.

Em sentido diverso, a visão substancialista defende, como função da Constituição, a adoção de valores e princípios relevantes para a sociedade, deslocando-se do âmbito decisório popular, isto é, não estariam mais sujeitas à deliberação popular²⁹. Outrossim, considerando que as normas constitucionais encerram valores substantivos, o Judiciário não poderia estar passivo diante das necessidades sociais.

Concebendo-se a Constituição, nesta vertente, como um conjunto de valores, acaba-se atribuindo maiores poderes aos julgadores, pois serão eles os responsáveis por delimitar o conteúdo e o significado do direito e dos princípios constantes no texto, de acordo com a realidade e as exigências sociais, em determinado tempo e espaço. Destacando-se, neste diapasão, a necessidade de diferenciação entre o texto normativo (geral e vago) previamente elaborado pelo Poder Legislativo e a norma jurídica a aplicada ao caso concreto³⁰, pois o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais decorrem da discrepância entre o direito (texto normativo) e a realidade (norma aplicável ao caso concreto).

Conclui-se daí que a jurisdição constitucional (sob a perspectiva substancial) é tida como um instrumento de construção da própria Constituição, na medida em que permite a adaptação do texto normativo no tempo e no espaço, diante das novas realidades sociais e das sociedades contemporâneas complexas,

²⁸ Ibidem, p. 168.

²⁹ TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n.9, jan./jun. 2007, p.342

³⁰ Vide a diferenciação traçada por João Maurício Adeodato. (ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury. (org.) **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76)

o que pode ser constatado, em especial, diante dos casos concretos, em que efetivamente se criam as normas jurídicas e se dá efetividade aos direitos.

Verifica-se, portanto, uma mudança radical de perspectiva, pois a corrente substancialista propõe uma mudança de paradigma de Direito através de um processo hermenêutico, orientado por princípios, produzindo decisões dotadas de valores. Conseqüentemente, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que destaca a vontade geral contida no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, adotando uma postura ativista ou intervencionista, visando concretizar os direitos fundamentais.

Como um dos principais expoentes dessa corrente, encontra-se os estudos sobre os “Juizes legisladores?”, de Mauro Cappelletti, voltado para a identificação da atividade do juiz como mera interpretação e aplicação do direito ou sua possível atividade criadora, legisladora, de maneira que, partindo da premissa de que a linguagem legislativa sempre deixa margem que deve ser preenchida pela via judiciária, o problema é, então, do grau de criatividade, dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelo judiciário³¹.

Isso porque, reconhecer que todo ato de interpretação tem certo grau de criatividade, não quer dizer que o interprete tenha a total liberdade, via de conseqüência, o juiz criador do direito não poderá ser arbitrário, por não estar totalmente livre de vínculos, havendo limites processuais e procedimentais a serem observados³².

A idéia do juiz ser mero aplicador da lei, próprio de uma visão fortemente positivista não cabe mais na perspectiva moderna de um Estado Social e Democrático, assim diante dos direitos sociais,

os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado (...). E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’: o que eles podem fazer controlando e

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1993. p. 21

³² Ibidem, p. 24

exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes respeitar³³.

Defende-se, sob tal perspectiva, que atualmente é muito difícil não se reconhecer a perspectiva ativista do poder judiciário em face da exigência de concretização dos direitos sociais, pois tais regras dão margem à criatividade judicial (interpretação), pela sua amplitude e vagueza, o que não é algo negativo, pelo contrário, é uma forma de adaptá-los a realidade social e promover efetivamente a justiça social.

É próprio desse pensamento que, ao interpretar, os juízes são constrangidos a ser criadores do direito, o que não é sinônimo de serem legisladores, pois existem fundamentais diferenças no processo legislativo e no processo jurisdicional³⁴. Substancialmente, ambos resultam na criação do direito, mas os modos como isso se dá são diferentes. Ao interpretar e criar o direito, o juiz deve estar livre de pressões das partes, observando o contraditório no processo, atuando com imparcialidade, distanciamento e independência³⁵, além de tal processo exigir a provocação por parte dos interessados. Essas condições não se aplicam aos demais poderes políticos, sendo justamente estes limites procedimentais o que os irá diferenciar do Judiciário.

Porquanto, o ativismo judicial é inevitável, mesmo em um sistema constitucional como o brasileiro, fortemente ligado à idéia majoritária base da legislação democrática, pois pressupõe que toda lei deve ser interpretada para ser concretizada e aplicada, o que implica em criatividade. Assim, o direito criado pelo juiz não supre a instância legislativa, deve estar voltado a cumprir objetivos sociais (coletivos), mais do que só individuais. O que, por conseqüência, não representa lesão à vontade majoritária ou ao princípio democrático, pois o Judiciário independente das idéias políticas, ativo, inovador, criador, pode contribuir para a democracia mantendo a harmonia entre os poderes, atribuindo nova feição à separação dos poderes.

³³ Ibidem, p. 42.

³⁴ Ibidem, p. 74.

³⁵ Ibidem, p. 74-76.

Destacando o fato da transferência de poder político para o Poder Judiciário não ofender o princípio democrático, mas pelo contrário poder ser meio de proteção das minorias é o posicionamento de Ronald Dworkin. É que, os juízes baseiam seus julgamentos em argumentos de princípio político³⁶, assim em casos fáceis as pessoas têm um forte direito moral *prima facie* a que os Tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou³⁷; contudo nos casos difíceis, controversos, deve-se analisar se o juiz deve tomar decisões políticas e qual a concepção que se tem do Estado de Direito³⁸.

Expõe que, por um lado, o argumento da democracia está baseado na idéia de que, as decisões políticas devem ser tomadas por funcionários eleitos, ou seja, por aqueles escolhidos como representantes da comunidade e que são periodicamente substituídos. Além dos juízes não serem eleitos e suas decisões, ao aplicarem a legislação, não dependerem da aprovação social, não podem aumentar ou modificar o texto legal. Porém, de outro lado, também surgem os contra-argumentos como o Parlamento poder revogar a decisão política tomada pelo magistrado que lhe desagrade³⁹.

Porém, o que resta da sua análise em relação às razões para se afirmar que uma decisão legislativa sobre direitos tem probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial, é que não existem argumentos para tal, de modo que “não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas⁴⁰”.

Assim, Dworkin é enfático ao afastar a idéia de que os legisladores estão em melhor posição do que os julgadores, pelo fato de estarem em maior contato com os seus representados, acolhendo-os e incluindo-os nas discussões sobre

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 06

³⁷ Ibidem, p.14

³⁸ Ibidem, p. 16.

³⁹ Ibidem, p. 17-18.

⁴⁰ Ibidem, p. 26.

alguém ter um direito a algo ou não, pois não há como se supor que os legisladores não sucumbirão as pressões sociais de alguns grupos.

Ademais, é pela estabilidade da política e pela equidade que a maioria defende que as decisões sobre direitos sejam tomadas pelo Legislativo, o que leva a conclusão de que se todo poder político fosse alçado ao Judiciário, a democracia e a igualdade do poder político seriam minados⁴¹. Entretanto, também não se pode esquecer que uma democracia autêntica não proporciona uma igualdade ampla de poder político. É que, as minorias organizadas, como indivíduos, possuem menos poder que membros individuais de outros grupos, que são enquanto grupo, mais poderosos⁴².

Com efeito, “se os tribunais tomam a proteção dos direitos individuais como uma responsabilidade especial, então as minorias ganham em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas⁴³”. Portanto, não há nenhum argumento que possa sustentar que a transferência da decisão sobre os direitos do Legislativo para o Judiciário possa ferir o ideal democrático da igualdade.

No direito pátrio quem defende com propriedade o caráter político do poder dos juízes, sem que isso apresente afronta à democracia é Dalmo de Abreu Dallari. Sob sua ótica, por meio da Constituição, o povo legitima formalmente as decisões dos juízes, de maneira que essa legitimação só é complementada pelo povo quando os juízes cumprem seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos, primando pela idéia de justiça nas suas decisões⁴⁴.

Assim, no Estado moderno, além da independência em relação aos demais poderes, as decisões oriundas do Judiciário vinculam o Executivo, obrigando-o a fornecer os meios necessários para a consecução dos objetivos fixados nas decisões, através de ordens. E assim agem os magistrados na

⁴¹ Ibidem, p. 30.

⁴² Ibidem, p. 31.

⁴³ Ibidem, p. 32.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 89

condição de agentes públicos, com parcela de discricionariedade, mas sobretudo com responsabilidade para atingir metas sociais⁴⁵.

Portanto, no que se refere ao relevante papel do Judiciário para garantia do Estado Democrático de Direito, que prima pela justiça social, no específico caso da concretização do direito social à saúde, é dever do Judiciário garanti-lo, pois essa forma representa uma verdadeira implementação da cidadania, priorizando-se os direitos fundamentais e a dignidade humana⁴⁶.

Propugna-se, então, por uma superação de uma visão tradicionalista liberal do direito (ligada ao procedimentalismo), buscando-se compreender a razão de ser da Constituição, neste Estado Democrático de Direito, permitindo que o direito seja instrumento de transformação social, pois a Constituição como lei maior construída pela ação de uma sociedade, deve ser cumprida de acordo com os seus interesses e princípios. Assim, no que se refere as questões sanitárias, o Judiciário deve ter como premissas básicas a dignidade humana, o direito à vida e a saúde como bens maiores dos cidadãos⁴⁷.

3. Diálogos entre o procedimentalismo e o substancialismo: releitura da separação dos poderes e o papel do judiciário.

Resta evidenciado que, o substancialismo propõe uma maior efetividade da jurisdição constitucional, com a adaptação da Constituição à realidade social e na busca por uma justiça social. Adotando-se uma atitude ativista. Já no procedimentalismo refere-se à judicialização da política como forma de lesão à democracia, afastando-se das preocupações com a defesa material dos direitos fundamentais.

⁴⁵ Ibidem, p. 90.

⁴⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.166

⁴⁷ Ibidem, p. 168-169. Destaca-se a conclusão a que chega o autor, no que tange à visão sistêmica do direito à saúde: “Se é a saúde um sistema e se ela é (a saúde) um meio de vida, e, ainda, se essa vida deve ser protegida de modo individual e coletivo, temos que a satisfação de ambas somente poderá se fazer com a colaboração de todos, através de um processo de conscientização coletiva do valor da vida como objetivo maior de nossa sociedade, momento em que se construirá um *Dasein* à constituição e à vida em si mesma – incluída a saúde, além de dar um certo alívio a expectativas futuras de cunho negativo, o que, dessa forma, levará a uma complexidade social um pouco mais reduzida” (SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.175-176).

Em que pesem as relevantes considerações a cerca dessa discussão entre o procedimentalismo e o substancialismo para a legitimidade democrática do Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes públicos, ou seja, do Judiciário poder intervir em questões que a princípio seria função dos demais poderes, como o caso da implementação de políticas públicas em matéria sanitária. No fundo, o que salta aos olhos nessa discussão é, basicamente, a divergência entre a possibilidade de adoção de argumentos jurídicos e políticos pelo Judiciário na concretização dos direitos sociais. Exigindo-se uma mudança de perspectiva da separação dos poderes, diante do Estado Democrático de Direito.

Corroborando essa idéia, no sentido da mudança de posição do Judiciário brasileiro é a lição de Lênio Luiz Streck, pois a justiça constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito deve garantir “a força normativa substancial do texto constitucional⁴⁸”. Ademais, “o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade⁴⁹”, pois ele deve se inserir de uma nova forma nas relações entre os poderes do Estado, levando em consideração o fato de que são os valores constitucionais que tem de prevalecer, mesmo sobre os textos legislativos aprovados por maiorias.

Por essa razão, fica evidente que a postura substancial defendida está relacionada com uma idéia de ativismo judicial, para além de mera judicialização da política ou das relações sociais, pois

o cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988, donde é possível afirmar que, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar políticas públicas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos fundamentais-sociais⁵⁰.

⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: 2003. p. 156

⁴⁹ Ibidem, p. 157

⁵⁰ Ibidem, p. 158

Partindo da premissa de que os direitos sociais são direitos cuja finalidade é permitir a inserção dos indivíduos na sociedade, por meio da garantia de uma vida com dignidade, conclui que, para a sua concretização, é preciso uma atuação conjunta de todos os órgãos e poderes estatais, na qual o Legislativo participe regulamentando os direitos sociais, o Executivo crie e implemente políticas públicas e preste o serviço público, e o Judiciário, com o mister precípua de garantir a efetivação de tais direitos e harmonizar a atuação do Estado, admita a possibilidade de a pessoa socorrer-se das ações judiciais⁵¹.

Essa nova visão da separação dos poderes é exigência da própria Constituição, que valoriza o Judiciário dando-lhe maiores atribuições, por conta do Legislativo não ter a agilidade necessária para editar novas leis e modificar antigas na mesma velocidade com que se alteram as perspectivas sociais. Somado-se a isso, ao longo do tempo, o processo legislativo tornou-se mais complexo e burocratizado, o que não foi positivo diante dos abusos cometidos contra os direitos e a Constituição, sendo então outorgado ao Judiciário o papel de guardião da Constituição e protetor dos direitos, ampliando suas atribuições e responsabilidades à medida que fracassava o desempenho dos demais poderes. Foi por esse caminho que se chegou a um Judiciário forte e ativo, com papel político, admitindo-se que seja ele o complementador das normas constitucionais⁵².

Cumpra, não obstante, observar que o Judiciário não possui competência para fixar as políticas públicas amplamente, nem pode o magistrado impor sua convicção política, devendo existir uma “coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro, da separação dos poderes e do princípio majoritário”, para que a eficácia jurídica dos direitos sociais esteja

⁵¹ RIGO, Vivian. Saúde: Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p.176.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2002. p.164-165. Sobre essa perspectiva histórica quanto a formação dos poderes, o agigantamento do Estado em virtude da burocratização e a afirmação do Judiciário como um terceiro poder necessário ao contrapeso dos poderes políticos também encontramos a obra de Mauro Cappelletti. (CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 40-55)

restrita ao núcleo essencial da dignidade, ou seja, ao mínimo existencial, reconhecendo-se a legitimidade do Judiciário para garantir a sua proteção e satisfação⁵³.

Nessa nova visão sobre a separação dos poderes, o Judiciário não se sobrepõe ao Legislativo e Executivo, mas atua como garantidor de um mínimo para a realização do Estado Social, cumprindo o papel de proteger e concretizar o contido no texto constitucional⁵⁴. O Judiciário será responsável finalisticamente pelo “ajustamento do mínimo vinculado pelo texto constitucional⁵⁵”.

Assim, não há como se afastar a possibilidade de judicialização de questões que envolvem a implementação dos direitos sociais, pois são eles direitos subjetivos, que uma vez não observados pelos Poderes Públicos, devem ser garantidos por mecanismos judiciais, de maneira que os direitos sociais possam ser tanto de forma individual como coletiva, sem que isso represente afronta à separação dos poderes, ao princípio democrático e à reserva de competência legislativa.

CONCLUSÃO

Destaca-se que, este tema permite maior aprofundamento, é muito mais complexo, envolvendo muitas outras questões, que exigiriam uma pesquisa mais ampla. Todavia, do que se propôs para este ensaio, contrapor o procedimentalismo e o substancialismo para analisar a questão da judicialização de direitos sociais e, por consequência, das políticas públicas que a eles estão ligadas, outro não pode ser o entendimento que a defesa do substancialismo, no sentido de se admitir o ativismo judicial, visando dar solução para o problema da falta de efetividade desses direito, atingindo a justiça social.

⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 257.

⁵⁴ PANSIERI, Flávio. Direitos Sociais, Efetividade e Garantia nos 15 Anos de Constituição. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 401

⁵⁵ Idem.

Essa perspectiva se mostra consuetudinária com a realidade brasileira, já que apesar da evolução constitucional realizada a partir da Constituição de 88, com a garantia de inúmeros direitos sociais, esses por vezes não são efetivados sob alegações como a reserva do possível, a escassez de recursos, a necessidade de preservação dos procedimentos legislativos orçamentários (óbices procedimentais), deixando de lado a preocupação com a dignidade da pessoa humana, com a garantia de condições mínimas existenciais, para se priorizar questões burocráticas. O que não é concebível.

Tendo em conta a força normativa da Constituição, a garantia da dignidade da pessoa humana e a previsão de direitos sociais como meio para se atingir a liberdade real e a igualdade material no Estado Democrático de Direito, conforme a nova visão da separação dos poderes, passa a ser também de competência da jurisdição constitucional atuar no sentido de dar uma maior efetividade a tais direitos, seja quando os poderes públicos não criam políticas públicas seja quando simplesmente estas são insuficientes para garantir o direito ao mínimo existencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESERRA, Fabiano Holz. Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o poder legislativo. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University, 1980.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PANSIERI, Flávio. Direitos Sociais, Efetividade e Garantia nos 15 Anos de Constituição. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIGO, Vivian. Saúde: Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: 2003.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n.9, jan./jun. 2007, p. 342