

CRÍTICA AOS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS SOCIAIS

REVIEW ON THE LIMITS OF JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICY ON SOCIAL RIGHTS

Noa Piatá Bassfeld Gnata*

Resumo: A crescente demanda por soluções judiciais em questões relativas a políticas públicas sobre direitos sociais propicia ao Poder Judiciário a prerrogativa de implementar tais direitos coercitivamente. A comunidade jurídica, atenta a esse fenômeno, debruça esforços teóricos em busca de estabelecer limites a essa atuação, buscando resguardar o regime democrático e a separação de poderes. Este trabalho propõe-se à análise crítica dos limites até então propostos, à luz das causas políticas, necessidades sociais, e finalidades constitucionais da prestação jurisdicional de direitos sociais, e, reflexamente, da realização incidental de políticas públicas relativas a estes direitos pelo Judiciário.

Palavras-chave: Judicialização. Políticas públicas. Direitos sociais. Limites. Críticas.

Abstract: The growing demand for judicial remedies in matters related to public policies on social rights gives the judiciary the authority to implement such rights coercively. The legal community, having regard to this phenomenon, examines theoretical efforts to establish limits to this action, seeking to safeguard the democratic system and separation of powers. This study aims to review the limits previously proposed in the light of political causes, social needs and purposes of constitutional adjudication of social rights and, reflexively, to the incidental completion of public policy by the judiciary.

Keywords: Judicial review. Public policy. Social rights. Limits. Review.

* Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); noapiata@usp.br

Introdução

A preocupação da comunidade jurídica latino-americana com a efetivação judicial dos direitos sociais parte do unânime reconhecimento do cenário de exclusão social experimentado no continente. O quadro de sonegação sintomática destes direitos nos meios populares, entretanto, não inspira apenas esforços jurídicos em busca da respectiva efetivação, mas também de teorização jurídica que busca reconhecer a impossibilidade do Estado-juiz em atender a providência do bem-estar prometido, a partir da fixação de limites ao poder judiciário no exercício da efetivação coercitiva destes direitos.

Esses limites à atuação jurisdicional na tutela de direitos sociais estruturaram-se a partir de debates sobre a declaração, o conteúdo, a natureza e a eficácia dos direitos sociais; o conceito das políticas públicas necessárias para implementá-los; a dinâmica da função ontológica do judiciário na transição do Estado liberal para o Estado de bem-estar social na teoria da separação dos poderes; a eficiência estatal neoclássica ou neoliberal e a possibilidade fática, material e jurídica de efetivação destes direitos.

A percepção de que tal teorização possa tender a se ocupar mais dos obstáculos do que do destino, impõe leitura crítica que reconheça a *instrumentalidade* no processo e no Estado e a *finalidade* no direito material,¹ e no sujeito, pontue o lugar político – e não jurídico – da crise do Estado-emergência e reserve ao judiciário e ao processo civil a manutenção da função garantidora dos direitos fundamentais, sem a instituição, normativa ou hermenêutica, de tais limites.

Diante disso, tal percepção tende a questionar a potencial institucionalização da exclusão social traduzível na esterilização do poder judiciário a partir das teorias de limites apriorísticos à sua atuação, pautadas na eficiência utilitarista,² no mínimo existencial³ e na reserva do possível,⁴ a ver, a partir do ordenamento constitucional e experiência política brasileiros.

1 Desenvolvimento

A imaturidade da jovem democracia brasileira denota a necessidade de consolidação conceitual da estrutura jurídica declarada na Constituição de 1988, a partir do necessário influxo histórico de declarações de direitos sociais.

1.1 Declarações de direitos sociais

As constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, aliadas à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, entre outros, traduzem não apenas a afirmação histórica da instituição e elevação ao caráter de direitos fundamentais dos direitos sociais, mas também

¹Marinoni (2008).

²Savaris (2011).

³Clève (2011).

⁴Canela Junior ([2011?]).

das *causas* econômicas e sociais que levaram à sua existência: diante de cenários sintomáticos de crise econômica aliados em um primeiro momento ao desenvolvimento do capitalismo industrial e, mais tarde, na reconstrução europeia, a maioria miserável passou a ameaçar o equilíbrio do sistema.⁵

A declaração de direitos que viabilizassem a realização positiva da dignidade dessas maiorias, a partir de prestações estatais providenciais hábeis a promover o bem-estar social, instituiu Estado interventor na economia com papel antagonístico àquele proposto pelas revoluções liberais.⁶

O restabelecimento da normalidade operado com a reconstrução da Europa e do Japão no período da Guerra Fria, aliado à hegemonia capitalista conferida pela queda dos regimes comunistas do leste europeu, devolveu às economias centrais a ideologia liberal, com consectários na estrutura teórica dos sistemas políticos, jurídicos, econômicos e mesmo filosóficos, a partir do estado mínimo neoliberal de Hayek, da hermenêutica positivista patrimonialista kelseniana, do primado da posneriano da eficiência e da reconstrução do utilitarismo de Jeremy Bentham pela Escola de Chicago.⁷

As economias periféricas, distantes do restabelecimento de uma normalidade que nunca experimentaram por força das raízes coloniais predatórias, as quais condicionaram no plano econômico a formação das suas próprias sociedades e o arranjo político de seus estados, não puderam prescindir, no momento histórico de afirmação nortenha do neoliberalismo, das garantias sociais alcançadas ao longo do século XX.⁸

O desenvolvimento da universalização da economia e o caráter hegemônico da padronização das relações econômicas internacionais, que estabelecem regime de concorrência entre empresas e Estados, fazem alardear nas balanças de competitividade de um perverso processo de globalização⁹ as variáveis tachadas sintomáticas dos estados sociais: a alocação de despesas públicas e o custo dos direitos sociais.

Tais direitos, instituídos como cláusulas pétreas que constituem a própria República, são cotidianamente vilipendiados, em processo de retração sistemática instituído por meio da reforma de normas infraconstitucionais e da interpretação restritiva de normas constitucionais,¹⁰ que torna necessária a reivindicação judicial e traz ao foco das pautas processualista e jurídica em geral a estruturação do processo que os tenha como conteúdo e o papel do juiz que sobre eles decida.

⁵ Comparato (2010).

⁶ Comparato (2010).

⁷ Savaris (2011).

⁸ Dussel (2002).

⁹ Santos (2000).

¹⁰ Savaris (2008).

1.2 Conteúdo, natureza e eficácia

Os direitos sociais são prestações positivas do Estado em favor dos administrados, previstas na Constituição brasileira como direitos fundamentais e em tratados internacionais como direitos humanos de observância obrigatória.¹¹

Por conta disso, são direitos subjetivos públicos. Em relação ao sujeito titular, apresentam-se com facetas *individuais* – quando garantam a parcela individual da prestação estatal que possibilite a convivência do cidadão em sociedade, enquadrando-se na classificação de Paulo Bonavides como direitos fundamentais de segunda dimensão – e/ou *coletivas* – quando garantam a existência e o bem-estar da sociedade em si, constituindo-se direitos ditos de terceira dimensão.¹² Os direitos sociais, portanto, podem constituir direitos individuais (homogêneos), direitos coletivos ou direitos difusos, a depender do direito social em espécie e da perspectiva sob a qual ele é analisado.¹³

A eficácia de tais direitos, medida pela possibilidade de imediata reivindicação e observância, é ponto central de dissonância doutrinária, havendo, por um lado, teorias que propugnam pela respectiva aplicação direta e imediata, e, por outro, teorias que exigem não apenas regulamentação infraconstitucional¹⁴ como também a observância de limites fáticos, políticos e jurídicos para que se dê efeito à sua concretização. Ao longo deste e de outros trabalhos, reconhece-se máxima força normativa – eficácia, aplicabilidade e exigibilidade – a tais direitos, por conta da compreensão histórica e da posição nuclear que tais prestações ocupam nos objetivos fundamentais da República constituída, que envolvem profundas estruturas éticas, hermenêuticas e políticas do papel do Estado,¹⁵ em detrimento de teorizações divergentes, respeitada a envergadura jurídica de seus defensores.

A tais direitos fundamentais correspondem, no gráfico tradicional da relação jurídica intersubjetiva, deveres fundamentais, ou seja, obrigações inafastáveis do poder público na satisfação do bem-estar dos indivíduos integrantes da coletividade. Tais obrigações, absorvidas pela administração pública, são ou devem ser prestadas por meio de políticas públicas que atendam às necessidades públicas.

1.3 Políticas Públicas

Para Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são “[...] programas de ação governamental, visando realizar objetivos determinados.”¹⁶ Definidos os objetivos fundamentais da República, o direito constituirá parâmetro para definição de tais programas, a partir do texto constitucional, leis, decretos e portarias que

¹¹ Bonavides (2008, p. 564).

¹² Bonavides (2008, p. 564-570).

¹³ Watanabe (2007).

¹⁴ “[...] a pretendida aplicação imediata de todo direito ou garantia fundamental contraria a natureza das coisas [...] A verdade chã é que uma norma constitucional, mesmo definidora de direitos e garantias fundamentais somente pode ser aplicada se for completa.” (FERREIRA FILHO, 1988, p. 40-41).

¹⁵ Clève (2011).

¹⁶ Bucci (2006).

estabeleçam planejamento hábil à realização dos fins e ao atendimento das necessidades públicas.

Estabelecidos os parâmetros normativos, a escolha política das prioridades públicas a serem implementadas e o modo da respectiva implementação devem ser construídos democraticamente, com ampla participação popular.¹⁷ Por conta da sua natureza, envolvem empenho de dotações orçamentárias para aquisição de patrimônio, gestão de serviços de pessoal envolvido no planejamento, execução e controle das atividades, entre outros fatores imiscuídos nas vísceras da administração pública propriamente dita, consubstanciada nos órgãos do poder executivo.¹⁸

Consequência do processo de retração de direitos sociais antes descrito é o fato de que as políticas públicas hábeis à realização desses direitos nem sempre são satisfatoriamente implementadas pela administração pública em suas funções típicas, carecendo, como dito, de tutela jurisdicional que as institua quando inexistentes, implemente quando existentes, porém inertes, ou controle quando em movimento, mas ineficientes.¹⁹

Como a inexistência, a inércia e a ineficiência são regra,²⁰ em matéria de direitos sociais, por conta de opção política de administrações descompromissadas ou mesmo de impossibilidades – a ver – enfrentadas por administrações compromissadas, diante da estrutura da sociedade brasileira, calcada historicamente na desigualdade social e na exploração das maiorias, a crise *política* torna-se incidentalmente problema *jurídico*, dada a necessária resposta *judicial*.

1.4 Judicialização de políticas públicas em geral e relativas a direitos sociais

A legitimidade, o sentido, o alcance e os limites da intrusão judicial nesse organismo administrativo, sejam na intervenção em políticas públicas em geral ou nas que tratem de direitos sociais em específico, portanto, entram em pauta.

A análise da legitimidade do controle jurisdicional de políticas públicas passa pela compreensão do movimento – dinâmico – realizado pelo papel do juiz na passagem – dinâmica – do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Se na instituição daquele buscou-se a neutralização dos juízes despóticos patrocinados pelo *ancien regimem*, mais tarde estabeleceram-se objetivos e direitos fundamentais sociais oponíveis ao próprio estado perante juízes permeados pelo ideário constitucional.²¹ A compreensão dessa dinâmica é fundamental para a superação dialética da teoria da separação tripartite de poderes idealizada por Montesquieu.²²

Estabelecidos os princípios da moralidade administrativa, do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, cristalizados no direito fundamental à ação popular (Art. 5º, LXXIII), tornam-se indiscutíveis a necessidade e a possibilidade

¹⁷ Bucci (1996).

¹⁸ Bucci (1996).

¹⁹ Calciolari (2010).

²⁰ Calciolari (2010).

²¹ Grinover (2009, p. 39).

²² Grinover (2009, p. 36).

de apreciação judicial do mérito do ato administrativo. Não bastasse, os objetivos constitucionais são parâmetros normativos que, diante da omissão estatal, autorizam a imposição judicial ao atuar da administração, ordenando-a ou mesmo substituindo-a.²³

Para a autora, diante de tais constatações,

[O]s três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. Por isso, ainda segundo Oswaldo Canela Junior, ‘*cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição*’ (art. 3º da CF brasileira).²⁴

Admite-se, portanto, a possibilidade de investigação do fundamento dos atos estatais pelo Poder Judiciário, ou seja, a legitimidade jurisdicional para o controle de políticas públicas.

É necessário prosseguir para encontrar o sentido, alcance e limites desse controle e do papel do juiz na análise do direito público, para que então se firme a aferição gnosiológica, a partir da tutela do direito à saúde, das proposições encontradas.

O *sentido* da decisão judicial é tema filosófico cuja exploração, por responsabilidade acadêmica, deveria sopesar as derivações próprias, ao menos, da hermenêutica e da psicanálise, dada a fértil evolução de teorizações contemporâneas acerca da hermenêutica filosófica, normativa e constitucional em geral e acerca da decisão judicial em si, considerada a subjetividade complexa do homem-juiz.²⁵ Entretanto, para fins deste trabalho, propõe-se a adoção rasa de sentido como o caminho do vetor, o norte da embarcação, ou seja, o *fim* da decisão judicial.

Esse aspecto teleológico – feitas as ressalvas atinentes à subjetividade judicial, que explicaria nos planos filosóficos da ética, da moral e da política a disformidade jurisprudencial e a crise da proteção pelos tribunais superiores na unificação da interpretação do direito objetivo – entende-se atrelado aos fins da República, reduzidos a termo como objetivos fundamentais na Constituição de 1988, e expõe o papel do Judiciário perante a sociedade de realizador, de fato, de justiça social.²⁶

O *alcance*, entendido como abrangência da intrusão na política pública *sub judice*, encontra dissonância na doutrina. Odete Medauar²⁷ expõe a existência de argumentos favoráveis tanto ao controle restrito, que possibilite apenas a análise

²³ Grinover (2009, p. 39).

²⁴ Grinover (2010, p. 37).

²⁵ “Enfim, fica demonstrado que no processo de decisão/aplicação de uma norma ao caso concreto, o ato de dar um sentido jurídico deve ser atrelado à ideia de sistema constitucional para que arbitrariedades sejam evitadas, sem ignorar que a formação do juízo e da consciência do aplicador traz, em si, uma abertura inafastável, porque sempre dependente da racionalidade hermenêutica impregnada com a condição de ‘ser-no-mundo’ do intérprete, formadora de sua pré-estrutura de compreensão, ou ainda da antecipação de sentido que pode ocorrer de um giro na estrutura linguística, causado pelo inconsciente.” (MARRAFON, 2008).

²⁶ “Perhaps the most important consequence of the inevitably exposed position of the judiciary in our contemporary regulatory state is that it will force us to confront more explicitly the qualities of wisdom, viability, responsiveness to human needs – the justice – of judicial decisions.” (CHAYES, 1976).

²⁷ Medauar (1993).

da legalidade estrita do ato administrativo (do conjunto de atos ou do *programa per si*) – evocando a separação de poderes e a impossibilidade institucional de ingerência em atividades típicas da administração –, ou seja, de matérias relativas apenas à competência, forma e licitude do objeto; quanto favoráveis ao controle amplo, que possibilite a análise de todos os aspectos da legalidade do ato administrativo. Segundo ela, que se alinha a esses últimos argumentos:

Hoje, indubitavelmente, no ordenamento pátrio, a legalidade administrativa assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988.²⁸

Reconhecida a legitimidade jurisdicional para o controle de políticas públicas, afeta-se tal controle ao parâmetro teleológico constitucional, e reconhece-se amplitude plena no seu exercício.

Sob a perspectiva do processo civil, há críticas a essa atividade, sobremaneira quando ocorre por meio de ações individuais.²⁹ As críticas resultam na identificação de desigualdade indiretamente provocada por essa atuação (entre quem entra na justiça e alcança tutela e quem não entra e não consegue) ou propõem a coletivização das demandas para que se possibilitem soluções uniformes, considerando a natureza dos direitos sociais, via de regra tuteláveis pelo processo coletivo e a representatividade da tutela, caso conferidos efeitos perante a coletividade.

A resposta a tais críticas, que pontua o processo como instrumento e o direito material como fim na estrutura da tutela jurisdicional, sugere que a via eleita não pode obstar a realização do direito³⁰ quando palpável à sua faceta individual (excetuados, portanto, os direitos difusos):

Dentro dos limites legais impostos pelo Estado, não há que se restringir o acesso à justiça em razão do processo, isto é, o tipo de ação não pode ser fator condicionador da obtenção do direito pretendido. Isso decorre da necessidade de o Estado garantir um mínimo existencial aos cidadãos, por meio do emprego razoável dos recursos públicos em políticas sociais.³¹

Nem restrições administrativistas nem meandros processuais justificariam, em tese, a esterilização da atuação jurisdicional em pauta.

Pesam, ainda, entretanto, a sombra da subjetividade judicial e o risco de excessos, variáveis hábeis ao estabelecimento de desequilíbrio caótico que ameace o regime democrático. É necessária a imposição de limites. Tais argumentos levam

²⁸ Medauar (1993, p. 173).

²⁹ Afonso da Silva (2008).

³⁰ “[...] todas as espécies de ações – coletivas, individuais com efeitos coletivos, ou meramente individuais – são idôneas a provocar o controle e a intervenção do Judiciário nas políticas públicas.” (GRINOVER, 2009, p. 57).

³¹ Ferreira (2011).

à estruturação de proteção jurídica contra desmandos do judiciário na realização dos direitos sociais, aperfeiçoando-se o regime tripartite de freios e contrapesos com a instituição de remédios constitucionais.

1.5 Limites

Ocorre que, tratando-se da judicialização de políticas públicas que versem sobre a implementação de direitos sociais, importam-se os limites teóricos próprios da teoria da separação de poderes – ainda que após a dinâmica provocada pelo surgimento do Estado Social de Direito, a partir da premissa lógica da necessidade de coibir excessos e abusos por parte do judiciário, com a teorização da efetivação jurisdicional dos direitos sociais – como se essa efetivação fosse expressão daqueles excessos.

Tal fusão resulta na enumeração de *limites* à atuação jurisdicional em políticas públicas, hábeis a coibir tais excessos, os quais “[...] (i) a restrição à garantia do *mínimo existencial*; (ii) a *razoabilidade* da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; (iii) a *reserva do possível*.”³²

A garantia do *mínimo existencial* traz enunciados tecnicamente conflitantes na doutrina. Para Elmo José Duarte de Almeida Junior, “[...] a preocupação com o mínimo existencial exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do indivíduo e de sua família” e “[...] acaba por constituir um limite à própria efetivação de outros direitos fundamentais.”³³ Já para Eduardo Appio, lembrado por Nilva Antonio,³⁴ “[...] o Judiciário somente deverá interferir a fim de prover o mínimo existencial à vida e à dignidade humana.”

O conflito entre tais enunciados reside no fato de que tal garantia, no primeiro deles, assume critério hermenêutico *teórico-doutrinário* garantidor de alguns direitos que acaba deixando de promover outros direitos *constitucionalmente* deferidos àqueles a quem *todos* os direitos são sonogados. No segundo enunciado, tal critério hermenêutico é trazido como autorização excepcional da intervenção judicial na atuação da administração pública para deferimento de conteúdo *mínimo* de dignidade.

Já a *razoabilidade*, critério hermenêutico de aplicação da norma ao caso concreto a partir do princípio constitucional da proporcionalidade, estruturada nos trabalhos de, entre outros, Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva e trazida à presente discussão por Ada Pellegrini Grinover, busca o “[...] justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”³⁵

³² Grinover (2009, p. 57).

³³ Almeida Junior (2007).

³⁴ Appio (2008 apud ANTONIO, [2011?]).

³⁵ “Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas lei (sic). E assim estará apreciando, pelo lado do Autor, a *razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, a *escolha do agente público deve ter sido desarrazoada*.” (GRINOVER, 2009, p. 43).

A *reserva do possível*, por sua vez, estruturação teórica afim de estudiosos dos direitos administrativo e financeiro, é limite que condiciona a realização dos direitos sociais à *possibilidade* fática ou jurídica, orçamentária ou legal, da implementação da política pública hábil a fazê-lo. Não havendo dinheiro em caixa ou não havendo patrimônio ou pessoal disponível pela não precedência dos devidos procedimentos licitatório ou concursos públicos, tornar-se-ia *impossível* a prestação dos direitos, o que imporia ao magistrado, quando levados em juízo, o reconhecimento dessa impossibilidade.³⁶

Esses limites fáticos, políticos e jurídicos, para Luís Francisco Aguiar Cortez, devem considerar os recursos disponíveis e o princípio da eficiência; o planejamento econômico; planos de ação e exequibilidade; a separação dos poderes em si; a responsabilidade política e social do magistrado; os direitos sociais prestacionais; os princípios da impessoalidade e isonomia e a legitimação, motivação e coerência.³⁷

Diante desse cenário e tomando como ponto de partida os limites propostos à atuação jurisdicional (sem, por hora, questioná-los), trazem-se dados relativos à experiência da realização jurisdicional do direito à saúde, por meio da concessão de medicamentos e serviços em ações individuais, em face das políticas públicas, existentes ou não, no âmbito administrativo.

1.6 A experiência brasileira da tutela do direito fundamental social à saúde

A saúde pública no Brasil é questão política que exige o repensar *político* da atuação estatal em conjunto com a sociedade, por meio de planejamento integrado entre as diversas esferas de poder que considerem não apenas o fator *remediar* em si, mas também prevenção e atuação em infraestrutura – promovendo condições de habitação, saneamento básico e higiene; em educação – promovendo consciência alimentar, biológica e social; e em ambiente – com políticas de ocupação do solo e depósito de resíduos sólidos, entre outros.

As mazelas a reprimir, por meio desse *remediar*, com atuação estatal na prestação de remédios e serviços médicos de urgência, é *consequência* desses problemas políticos, e diante da garantia do acesso à justiça e da declaração do direito à saúde, torna-se *causa* de preocupação jurídica; não por conta dos seus sintomas por si, mas por conta do acúmulo de trabalho nos escaninhos da Justiça e do acúmulo de despesas *causados* pelos juízes que resolvem enfrentar tal trabalho e conceder a providência pública.

Diante desse quadro, realizou-se estudo pelo Programa Especial de Treinamento da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), tomando por espaço amostral o caso da AIDS (um dos poucos em que há política pública implementada nos diversos órgãos governamentais) no Estado de São Paulo, considerando a produção judicial entre 1997, ano posterior à vigência da Lei n. 9.313/96, que tornou obrigatória a distribuição de retrovirais, a partir de quando

³⁶ Jacob ([2011?]).

³⁷ Cortez ([2011?]).

se estabeleceu organização administrativa e logística moldada para as suas propostas e com diversas frentes de trabalho, a partir de pacto tripartite entre os entes federativos; e 2004, ano anterior à publicação do estudo.

Por meio de análise quantitativa, concluiu-se que na maioria absoluta (85%) dos casos, os medicamentos foram concedidos, em regra via liminar, e a fundamentação das decisões judiciais passou à margem da própria existência da política pública – em plenos desenvolvimento e execução no período – no âmbito administrativo ou mesmo do questionamento da natureza coletiva do direito social ali deduzido. Na maioria dos casos remanescentes (os de não concessão), a escassez de medicamentos e serviços, os prejuízos para a coletividade, a natureza coletiva do direito e considerações de cunho extraprocessual foram fundamentos determinantes.³⁸

Tais conclusões levam o estudo a propor a necessidade de que tais considerações de cunho extraprocessual passem a integrar o processo hermenêutico das decisões judiciais, que deve promover a *análise econômica do direito*, por meio de juízo de responsabilidade consequencialista que tenha como ponto de partida o *princípio da eficiência*, a partir da releitura do utilitarismo de Jeremy Bentham feita pela Escola de Chicago, por Ronald Coase (*The problem of social cost*, 1960) e da teoria implementada por Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, 1972), que propõe que a maximização da riqueza e do bem-estar *social* ocorre por meio da eficiência (análise de custo-benefício) útil (que maximize a “felicidade” ou o bem-estar da coletividade).³⁹

Para Posner, a análise de *eficiência* útil da decisão a proferir, nos contornos supracitados, deve ser tida como critério cogente (impõe-se dever ao juiz de partir de tal perspectiva) da decisão e regra na argumentação, instituindo nova racionalidade judicial-jurídica.⁴⁰

Tal perspectiva hermenêutica tornaria os magistrados mais prudentes e evitaria a concessão de medicamentos em juízo, em homenagem às políticas públicas de concessão de medicamentos preexistentes e em respeito à competência constitucional da administração pública em realizar tais políticas. O magistrado deixaria de causar risco⁴¹ ao equilíbrio financeiro do estado, garantindo a eficiência útil voltada para a satisfação do bem-estar social.

Para Virgílio Afonso da Silva, que tem perspectiva mais *restritiva* em relação ao alcance da atuação jurisdicional das políticas públicas de saúde,

Talvez a tarefa dos juízes não seja a de conceder remédios, tratamentos médicos, vagas em escolas etc. a todos aqueles que recorrerem ao Judiciário. Mas, nesse caso, qual poderia ser o papel dos juízes no processo de realização dos direitos sociais? Embora haja diversas respostas possíveis a essa pergunta, eu sustento que todas elas devem partir do pressuposto de que esses direitos não

³⁸ “Resta demonstrada a desconsideração, por parte dos julgadores, quando da concessão do medicamento, dos efeitos irradiados além da simples relação processual Estado-cidadão autor da demanda.” (FERREIRA, et. al., 2005, p. 387-431).

³⁹ Ferreira et al. (2005, p. 387-431).

⁴⁰ Ferreira et al. (2005, p. 387-431).

⁴¹ Sabino ([2011?]).

podem ser tratados, exceto em casos excepcionais, como se seguissem o mesmo padrão individualista em que se baseiam relações entre um credor e um devedor.⁴²

Marco Antônio da Costa Sabino importa os limites propostos estudados acima para o caso da saúde, propondo critérios para a construção de decisões judiciais. Segundo ele, um alcance *amplo* da atuação jurisdicional deve encontrar seus *limites*:

Qualquer decisão judicial no campo das ações e políticas de Saúde deverá, necessariamente, ser precedida de: (i) um amplo debate, de preferência, com setores da sociedade civil e autoridades sanitárias e da Saúde; (ii) informações a respeito do orçamento, das técnicas medicamentosas disponíveis e efeitos das moléstias; e (iii) informações a respeito das ações tomadas pelo Executivo com relação à dada doença ou mal. Munidos de tais dados, os magistrados terão condições de avaliar os três paradigmas fundamentais que devem nortear qualquer intervenção judicial na política de saúde: o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade.⁴³

Sob tal influxo, o direito social à saúde estaria submetido aos limites genéricos antes descritos, além dos quais o magistrado não poderia atuar, sob pena de excesso inconstitucional invasivo das atribuições próprias da administração pública.⁴⁴

1.7 Críticas aos limites propostos

Os limites propostos à atuação do judiciário em políticas públicas de saúde, de direitos sociais em gênero ou em quaisquer políticas públicas, quais sejam o mínimo existencial, a razoabilidade – dentro da qual pode ou não se incluir o critério hermenêutico da eficiência – e a reserva do possível não tem por si o condão de resolver os direitos materiais deduzidos em juízo, mas apenas de descarregar o judiciário do enfrentamento de problemas ou de justificar a ineficiência da administração pública, o que em última instância esteriliza os fins sociais da República.

As mazelas sociais e as impossibilidades fáticas imediatas devem não apenas ser reconhecidas, mas enfrentadas, e não servir como argumentos para o estabelecimento de critérios hermenêuticos de institucionalização da exclusão social.

Quanto ao *mínimo existencial*, Clemerson M. Clève aponta que:

Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto – dependendo disso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza do país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível.⁴⁵

⁴² Afonso da Silva (2008, p. 597).

⁴³ Sabino ([2011?]).

⁴⁴ Sabino ([2011?]).

⁴⁵ Clève (2011).

Nessa esteira, para Clève, a teoria do mínimo existencial e mesmo a classificação dos direitos fundamentais em gerações/dimensões acabam, intencionalmente ou não, servindo à perda da força normativa dos direitos fundamentais menos próximos do núcleo duro que tentam instituir.⁴⁶

Em relação à *reserva do possível*, por sua vez, recaem diversos argumentos hábeis à sua desconstrução, tanto na doutrina constitucionalista quanto na processualista.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o reconhecimento da condição de ferramenta para a realização última dos direitos materiais evidencia o caráter instrumental do processo, que não vale para nada se não tutelar adequadamente o direito deduzido em juízo.⁴⁷ Ora, a teoria da reserva do possível justamente torna inútil a ferramenta, o processo, para promover as reparações, consertos que a fazem existir e para os quais foi pensada.

Tanto é que, para Osvaldo Canela Junior, esta não deve ser tomada como critério sob pena de instituir a autoneutralização do Estado. Para ele, o Judiciário deve sempre, com parâmetro normativo nos direitos sociais, concedê-los quando legitimamente reclamados em juízo: “[...] o orçamento não deve ser óbice à concessão dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização.”⁴⁸

Durante a fase declaratória do direito, portanto, não é dado ao órgão jurisdicional absorver a questão econômico-financeira para paralisar sua atividade. Isto representaria, em comparação com o plano privado, a esdrúxula figura na qual o devedor não seria condenado à reparação do dano, porque não dispõe de patrimônio suficiente para o adimplemento futuro do título executivo judicial.⁴⁹

Tal afirmação desconstrói conceitualmente o limite proposto, sob enfoque da escola civil processualista.

Mais especificamente sobre a própria teoria da decisão judicial em matéria de direitos sociais, José Antônio Savaris⁵⁰ defende o afastamento ou negação da condição de critério hermenêutico ao princípio da eficiência ou de outras ponderações de cunho econômico-financeiro na construção da decisão judicial. Em outro estudo, aponta as causas políticas, e faz propostas políticas, para a solução de problemas, também políticos, relativos a direitos sociais, no caso, à Previdência Social:

É preciso destacar que: i) a alta taxa de informalidade; ii) o impacto que as renúncias fiscais exercem sobre o sistema; iii) a ineficiência na arrecadação e cobrança dos créditos previdenciários; iv) as transferências para o Tesouro de parte das receitas de seguridade social previstas na Constituição de 1988; e v) o pagamento de benefícios não contributivos pela previdência social são distorções que podem conduzir à inviabilização do sistema de seguridade social

⁴⁶ Clève (2011).

⁴⁷ Marinoni (2008).

⁴⁸ Canela Junior ([2011?]).

⁴⁹ Canela Junior ([2011?]).

⁵⁰ Savaris (2011)

mesmo que se consiga reduzir drasticamente os benefícios daqueles que contribuem e se aumente significativamente o limite de idade. A melhor maneira para reduzir a pressão sobre o déficit previdenciário, com menor custo social, seria aumentar a eficiência do sistema, pelo melhoramento da arrecadação e pelo aperfeiçoamento das estruturas administrativas e operacional do INSS.⁵¹

Ou seja, as causas objetivas do risco de déficit (problema político) do sistema previdenciário (direito social) são (políticas, acima enumeradas) estranhas às consequências da prestação jurisdicional de direitos individuais não respeitados (no caso, pela Previdência Social).

Conclusão

O reconhecimento de que os problemas políticos relativos à efetivação das garantias constitucionais são políticos e devem ser solucionados politicamente leva a crer que as estruturas jurídica e jurisdicional não servem e não devem servir como ambiente de autoneutralização do Estado e conseqüente acomodação, sob pena de esvaziamento da democracia e da perda da própria identidade constitucional: admitir-se-ia como regra institucionalizada a prática judiciária de extinguir processos sem enfrentamento das missões constitucionais e sem a satisfação dos direitos que ele, por essência, deveria tutelar, diante de argumentos econômicos ou formais bastantes às estatísticas de produtividade, mas inócuos à realização da justiça social.

Os problemas jurídicos, judiciários e processuais daí decorrentes devem ser lidos e resolvidos de forma criativa e interdisciplinar, considerando a natureza política de tais medidas, sem por isso frustrar a realização dos direitos deduzidos em juízo, fatalmente a sonegar em caso de adoção desmedida daqueles critérios utilitaristas antes debatidos.

Tal leitura evidencia três pressupostos do exercício da jurisdição, fundamentais para a tutela dos direitos sociais: o processo é instrumento, a estrutura judiciária é um serviço e a realização dos direitos materiais deduzidos em juízo é, esta sim, o fim.⁵²

Referências

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALMEIDA JUNIOR, Elmo José Duarte de. Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1552, set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10357>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

⁵¹ Savaris (2008).

⁵² Gnata (2009).

APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008. In: ANTONIO, Nilva M. Leonardi. *Os limites do judiciário no controle de políticas públicas*. No prelo, [2011?].

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. v. 13.

_____. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. A crise de efetividade dos direitos sociais e a desvinculação de receitas. In: SAVARIS, José Antônio; ROCHA, Daniel Machado da. *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*. Custeio da Seguridade Social. Curitiba: Juruá, 2010. v. 13.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. Crise entre as formas de expressão do poder estatal: o papel do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. São Paulo: Universidade de São Paulo. No prelo, [2011?].

CHAYES, Abraham. *The Role of the judge in public law litigation*. [S.l.]: Harvard Law Review, 1976.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *Outros limites ao controle judicial de Políticas Públicas*. No prelo, [2011?].

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FERREIRA, C. D. et al. O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: o caso AIDS. In: CARDOSO, Evorah Lusci C. et al. (Org.). *Prêmio IPEA 40 Anos – IPEA-CAIXA 2004: monografias premiadas*. 1. ed. Brasília, DF: Instituto de pesquisa econômica aplicada, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista PGE/SP*, jun. 1988.

GNATA, Noa Piatã Bassfeld. *Acesso à justiça: ponderação entre direitos fundamentais e princípios processuais colidentes*. Porto União: Unisul, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A Reserva do Possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba*. No prelo, [2011?].

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008.

MEDAUAR, Odete. Controle jurisdicional da administração. In: *Controle da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1993.

SABINO, Marco Antônio da Costa. *Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O Caso da Saúde*. No prelo, [2011?].

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SAVARIS, José Antônio. O princípio constitucional da adequada proteção social previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. *Revista de Previdência Social*, v. 326, 2008.

_____. O processo de reformas da previdência social brasileira como política de retração sistemática do welfare state. In: *Revista de Previdência Social*, São Paulo, n. 328, 2008.

_____. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

WATANABE, Kazuo. Art. 81 a 90. In: GRINOVER et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. *A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional*. No prelo, [20--?].

Recebido em 25 de setembro de 2011

Avaliado em 5 de outubro de 2011

Aceito em 14 de novembro de 2011