



ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DE PRESTAÇÕES SOCIAIS

JUDICIAL ACTIVISM AND THE ACHIEVEMENT OF SOCIAL PROVISIONS

Michelle Chalbaud Biscaia Hartmann

Advogada, pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil - Curitiba e Doutoranda em Ciência Jurídico-Política pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal. E-mail: mcbhartmann@hotmail.com. Endereço residencial: Rua Cândido Xavier, 210, apto. 22, Água Verde – Curitiba/PR). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5763600576496503>.

Resumo

Com a crise de efetividade enfrentada pelos direitos fundamentais sociais na atualidade, sustentada, sobretudo, no argumento da escassez de recursos, observa-se um verdadeiro déficit na criação e implementação de políticas públicas, recaindo sob o Poder Judiciário o dever de garantir as prestações sociais, tanto em situações individuais quanto coletivas. Assim, pretende-se analisar o atual estágio da judicialização no Brasil, o que será feito com base na fundamentação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça envolvendo o direito à saúde, bem como demonstrar as inter-relações com uma necessária releitura sobre a separação dos poderes e o princípio democrático.

Palavras-chave: Judicialização. Separação dos poderes. Princípio democrático.

Abstract

Effectiveness crisis faced by fundamental social rights in actuality, sustained mainly in argument of the scarcity of resources, there is a real deficit in the creation and implementation of public policies, falls under the judiciary must ensure social benefits, both in individual and collective situations. Is to analyse the current stage of judicialization in Brazil, what will be done as decisions of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice involving the right to health, as well as demonstrate interrelationships with a required new arrangement about the separation of powers and the democratic principle.

Keywords: Judicialization. Separation of powers. Democratic principle.

Sumário: 1. A judicialização das prestações sociais: alguns esclarecimentos terminológicos necessários. 2. A necessária releitura sobre a separação dos poderes e o princípio democrático para além da escolha pela maioria. 3. O protagonismo do Judiciário brasileiro frente as demandas de implementação dos direitos sociais. 4. Conclusões: a judicialização sistemática e o fomento da segurança jurídica. 5. Referências.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES SOCIAIS: ALGUNS ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS NECESSÁRIOS

Por conta da crise de efetividade enfrentada pelos direitos fundamentais sociais na atualidade, não há como se afastar a possibilidade do Poder Judiciário atuar concretizando aqueles direitos previstos no texto constitucional, determinando tanto a garantia individual de bens e serviços quanto a adoção de políticas públicas. Isto porque, este atua

para proteger os direitos ligados às liberdades individuais e para garantir concretização aos direitos sociais, que exigem prestações estatais (negativas ou positivas).

Assim, os direitos sociais como direitos complexos que são, estão relacionados com as formas de se dirimir as desigualdades sociais (âmbito coletivo ligado a noção de solidariedade) e visam assegurar uma vida digna e o pleno desenvolvimento da personalidade (âmbito individual ligado a preservação da dignidade humana e a condições mínimas existenciais). Em outras palavras, a sua complexidade decorre do fato de que tais direitos visam alcançar a liberdade real dos indivíduos e a igualdade material.

Por esta razão, quando tratamos de judicialização de prestações sociais a maior dificuldade a ser enfrentada é adequar a garantia das prestações necessárias para a manutenção da vida humana com qualidade de cada cidadão e a sua distribuição coletiva, de uma sorte de bens e serviços públicos básicos.

Cumpra esclarecer que, a judicialização compreende o que parte da doutrina designa de “ativismo judicial”, ou seja, a possibilidade do Poder Judiciário condenar os poderes públicos a promover prestações sociais. Isso decorre da atual configuração do Estado – Estado Democrático de Direito, que tem o Poder Judiciário como protagonista e responsável pela harmonização da estrutura estatal, pela concretização dos direitos fundamentais e pela preservação da dignidade humana. Hoje é inimaginável tê-lo como um poder passivo às necessidades sociais mutantes, ainda mais quando se trata de concretizar direitos subjetivos previstos no texto constitucional.

Em linhas gerais, os direitos sociais são direitos subjetivos dos indivíduos ou de uma coletividade, oponíveis contra o Estado ou contra particulares e, que garantem a possibilidade de socorro à via judicial para torná-los efetivos, razão pela qual não podem ser considerados como meras normas programáticas.

Destarte, quando tratamos da judicialização dos direitos sociais ela pode envolver tanto a perspectiva de satisfação de pretensão do cidadão à política pública (envolvendo a criação de políticas públicas que atinjam uma coletividade) quanto a adjudicação individual de bens públicos, com a proteção da vida e da dignidade humana (envolvendo a prestação de um direito que corresponde ao mínimo para uma existência digna).

Destaca-se que, a criação de políticas públicas é juízo de conveniência e oportunidade dos administradores públicos que determinam o meio e a forma como os recursos públicos serão investidos para que o Estado cumpra fins sociais, como por exemplo, no caso de dos investimentos na saúde, a viabilização do direito à moradia e do maior acesso à educação. Tal procedimento para a sua instituição é complexo, envolvendo aspectos administrativos, técnicos e políticos (MEKSENAS, 2002, p. 112-113).

Tecidos esses esclarecimentos, indispensáveis para o desenvolvimento das ideias, questiona-se: a judicialização estaria de alguma forma limitada ou, em matéria de direitos fundamentais, o Judiciário pode conceder tudo a todos, criando inclusive políticas públicas?

Atualmente, na configuração política do Estado (Estado Democrático de Direito), os bens e valores contidos na Constituição são considerados como uma pauta mínima que vincula a todos e até mesmo o Estado. Assim, superada a estrita legalidade do período Liberal, o Judiciário passa a ser valorizado, pois o Direito encerra normas e valores morais que exigem interpretação judicial. Vislumbra-se, então, que a missão do Judiciário é transformar a realidade social, buscar pela justiça social, adaptando as normas abstratamente previstas no texto constitucional às novas necessidades humanas, mantendo-se a força normativa da Constituição (HESSE, 2009. p. 98 e 108)¹.

¹ No sentido proposto por Konrad Hesse, o conteúdo da norma é completado de forma racional pelo poder judiciário que aproxima a Constituição da realidade, primando pela máxima efetividade das normas constitucionais, já

Portanto, *a priori*, pode-se afirmar que o Judiciário poderá sempre atuar ponderando os interesses nos casos concretos e implementará políticas sociais quando os poderes públicos, originariamente legitimados, forem ineficientes ou omissos.

Observa-se, assim, que duas podem ser as situações a serem analisadas em um caso concreto. Uma, em que há previsão de um direito social e a administração pública prevê a sua concretização por meio de políticas governamentais, mas não as implementa e, outra, em que há previsão do direito social, porém os poderes públicos sequer os concretiza, ou seja, são absolutamente omissos.

Na primeira hipótese resta claro que não se está diante de casos difíceis, que demandam maior cautela, de maneira que a atuação do Poder Judiciário se restringirá a aplicar uma regra já criada pelo próprio poder público ao caso concreto. Tratando-se de um controle na execução/implementação dos direitos sociais. Contudo, é na segunda hipótese que surgem as maiores controvérsias quanto o grau de interferência e definição das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Nestes casos suscitam-se os argumentos de matriz democrática, os ligados a legitimidade do Poder Judiciário para fazer escolhas políticas, a separação dos poderes, a limitação dos recursos, a reserva do possível, a preservação do mínimo existencial, dentre outros, que serão melhor explorados na sequência.

Contudo, previamente é possível afirmar que, mesmos nestes casos onde há omissões, não há como se afastar a possibilidade de socorro ao Poder Judiciário para concretizar os direitos sociais.

Essa ideia se encontra de tal modo sedimentada que constata-se uma verdadeira judicialização sistemática, no sentido de que, todas as instâncias do Poder Judiciário vêm garantindo e tornando reais/concretos os direitos abstratamente previstos na Constituição Federal

que as normas que preveem os direitos sociais não são meras normas programáticas.

de 1988, àqueles cidadãos que provocam a via jurisdicional, em especial quando envolve o direito à saúde, à moradia e à educação.

Este protagonismo do Poder Judiciário quanto a concretização das prestações sociais representa uma maneira de garantir aos cidadãos que ao menos os seus direitos indispensáveis para o desenvolvimento de uma vida digna em sociedade serão concretizados, fomentando-se a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social.

Deste modo, não está o Poder Judiciário limitado a captar e determinar o sentido das normas expressas na Constituição, pois não está limitado ao significado semântico e à vontade do legislador (como defende a corrente procedimentalista habermasiana) (HABERMAS, 1997. p. 297).

Portanto, não há fundamentos sólidos para se sustentar que apenas observando a separação do exercício das funções dos poderes clássica (executivo, legislativo e judiciário), o procedimento democrático (escolha pela maioria) e as razões que são dadas na lei (legalismo), se estaria garantindo decisões racionais e coerentes. Aponta-se para uma necessária releitura de tais institutos.

2 A NECESSÁRIA RELEITURA SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO PARA ALÉM DA ESCOLHA PELA MAIORIA

A dignidade da pessoa humana e a inalienabilidade do direito à vida impõem uma nova leitura sobre a noção de separação dos poderes e do princípio democrático, pois não se pode utilizar arbitrariamente tais argumentos para afastar a possibilidade de judicialização dos direitos fundamentais sociais, sem se ponderar os interesses do caso concreto.

Nesse sentido e com base no que advoga Ingo Wolfgang Sarlet (2008. p. 98), ao menos no que diz respeito ao conjunto de direitos fundamentais básicos para se ter uma vida digna (os direitos que compõem o conteúdo do mínimo existencial) e os direitos sociais negativos (ligados à ideia de proteção da autonomia individual) são plenamente

judicializáveis, pois nestes casos a “dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assume a condição de metacrítério para as soluções tomadas nos casos concretos”. Fala-se em proibição de insuficiência das ações estatais, motivo pelo qual o Poder Judiciário poderá atuar para proteger a vida e garantir a cada cidadão prestações sociais mínimas que lhe dará autonomia.

Sem a preservação da dignidade da pessoa humana e de direitos sociais mínimos para que o indivíduo exerça a sua cidadania, não há como se desenvolver o regime democrático. Assim, o Poder Judiciário garantindo a sua efetividade estará preservando o próprio regime democrático.

Contudo, os direitos sociais não podem seguir a regra do “tudo ou nada”, ou seja, não são direitos definitivos no sentido de que todo tipo de prestação está inserida no conteúdo do mínimo existencial e é dever do Estado garanti-la, independente de fatores externos, mas, pelo contrário, trata-se de norma-princípio que exige máxima eficácia diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto (mandado de otimização²), exigindo a ponderação dos interesses e bens envolvidos.

Ressalta-se, porém, que essa atividade do Poder Judiciário somente poderá ser admitida quando os originariamente legitimados para atuar e criar políticas públicas (poderes públicos) não as façam. Portanto, somente quando houver uma conduta ineficiente ou omissão por parte do legislador ou do administrador público é que se poderá provocar o Poder Judiciário.

Sendo assim, não há que se falar em supressão das instâncias legislativas e administrativas pelo Poder Judiciário, nem em lesão a separação dos poderes, pois ele atua subsidiariamente, buscando a justiça social e a harmonia entre os poderes, adaptando as normas constitucionais (o texto) às realidades sociais cambiantes. O que por si só dá margem a se defender a existência de alguma criatividade na atividade judicial.

² Sobre mandado de otimização conferir as lições de Robert Alexy (2002).

Todavia, como leciona Mauro Cappelletti (1993. p. 21-24), reconhecer que o juiz tem certa margem para a criatividade judicial não quer dizer que o interprete tenha total liberdade, de modo que jamais poderá ser arbitrário. Muito embora do processo legislativo e do processo jurisdicional resulte a criação do direito, o modo como esta criação se dá é diversa. Ao interpretar e criar o direito, o juiz está livre das pressões das partes, é imparcial, observa o contraditório e a ampla defesa, atua com distanciamento e independência, motiva as suas decisões, além de só atuar quando provocado pelos interessados.

Outrossim, existem mecanismos que facilitam o acesso dos cidadãos ao processo jurisdicional (assistência judiciária gratuita e defensorias públicas), tornando o direito oriundo do processo judicial mais flexível e adaptado as circunstâncias sociais, além de mais equânime, do que o decorrente do processo legislativo (de mais difícil acesso pelo cidadão comum).

Portanto, ao apreciar o caso concreto, o juiz não poderá deixar de considerar as ações e medidas já adotadas pelo poderes públicos (conveniência e oportunidade dos poderes públicos), condenando-o a cumprir aquelas políticas públicas que por eles já estão criadas, mas que por algum motivo não é efetivada. Contudo, quando se trata de omissões legislativas ou ineficiência administrativa, o juiz será criador da política sociais para resolução daquele caso concreto específico. Entretanto, não se está a defender, que por decidir uma determinada demanda individual, automaticamente, essa medida será estendida a toda a coletividade (em que pese, tal decisão deve servir como um alerta para os administradores públicos reverem as suas prioridades na alocação dos recursos, quando esse tipo de medida é reiteradamente concedida).

Nesta perspectiva de análise, a releitura do princípio clássico da separação dos poderes leva a uma visão do Poder Judiciário como garantidor da plena efetividade dos direitos sociais e poder responsável por harmonizar a atuação do Estado, pois mais que independência entre poderes vige hoje a noção de interdependência entre eles.

Sobre essa valorização do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988 e a amplitude de suas atribuições são as lições de Dalmo de Abreu Dallari. Para o autor, isso ocorre porque o Poder Legislativo não tem a agilidade necessária para editar novas leis e modificar as antigas na mesma velocidade com que se alteram as perspectivas sociais, além do fato do processo legislativo ser complexo e burocratizado. E porque ao longo da história, quando o Poder Executivo esteve valorizado ocorreram muitas arbitrariedades (DALLARI, 2002, p.164-165).

De outro turno, quanto ao princípio democrático para além da aplicação da regra majoritária para decidir a respeito da vida social, exige-se que todos os direitos fundamentais de todos os cidadãos sejam respeitados, pois “os direitos fundamentais são condições pressupostas do regime democrático” (BARCELLOS, 2008, p. 251). Em outras palavras, ao se garantir a efetividade dos direitos fundamentais se está assegurando a própria cidadania, ou seja, a possibilidade das pessoas participarem no processo político, garantindo a existência digna e a possibilidade de pleno desenvolvimento da personalidade, condições sem as quais os indivíduos não podem ser considerados cidadãos.

Ainda não se pode defender que o ativismo judicial afronta o princípio democrático por conta dos juízes não serem eleitos para realizar escolhas políticas, pois essas decisões judiciais pretendem proteger as minorias pois, é por meio da própria Constituição, que o povo as legitima. O Poder Judiciário é poder contra-majoritário.

Ademais, como enfatiza Ronald Dworkin (2001, p. 06), não há como se defender que os legisladores têm opiniões mais precisas para determinar os direitos das pessoas, por estarem em contato direto com os seus representados, pelo contrário, representam os interesses de alguns grupos mais influentes e poderosos. Com efeito, o Poder Judiciário atuando na proteção dos direitos fundamentais garante poder político às minorias³.

³ No mesmo sentido, Jorge Reis Novais defende que os direitos fundamentais são verdadeiros trunfos contra a maioria, pois da “(...) igual dignidade

Destarte é inadmissível, diante da nova conformação da separação dos poderes e do princípio democrático, que as maiorias políticas, mesmo quando formadas democraticamente, imponham aos indivíduos os seus planos de vida, pois isto representaria lesão ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana.

Todo cidadão deve ter os seus direitos garantidos, mesmo que para tais direitos se tornarem efetivos e concretos, seja necessária a criação de políticas sociais pelo Poder Judiciário. Isso porque, a liberdade de conformação das políticas públicas (pela Administração Pública) está limitada pela garantia de condições mínimas aos cidadãos e a preservação da liberdade real.

3 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AS DEMANDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Partindo-se da premissa de que o Poder Judiciário deve garantir a efetividade dos direitos fundamentais como forma de dotar os indivíduos de condições materiais para participar do processo democrático, constata-se inequivocamente que o Poder Judiciário está valorizado e cumpre a função de guarda da Constituição, promoção da justiça social, além de manter a organização e estrutura do Estado.

Entretanto, não há que se falar em um ativismo judicial onde o juízo de valor é arbitrário, pelo contrário, os estudos sérios defendem uma judicialização prudente, cautelosa e motivada (no sentido de fundamentada) que promoverá a adaptação das normas constitucionais às

de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem". (NOVAIS, 2006. p. 28-32)

realidades sociais, dando a maior efetividade possível aos direitos fundamentais.

Consoante esse panorama, observa-se que o Poder Judiciário em todas as suas instâncias e graus de jurisdição é ativo na implementação dos direitos sociais, o que pode ser observado tendo por base pesquisa qualitativa⁴ realizada na fundamentação das decisões mais relevantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, envolvendo o direito à saúde (mas que por analogia pode ser aplicado aos demais direitos sociais).

A postura do Poder Judiciário é clara quando se trata de efetivar o direito social à saúde. É firme também o entendimento de que, as normas definidoras de direitos sociais não possuem caráter meramente programático, não são “promessa constitucional inconsequente”. Desta forma, o poder público correria o risco de, fraudando as expectativas depositadas pela coletividade, substituir o cumprimento de seu dever, por uma ação irresponsável de infidelidade governamental (BRASIL. STF. Ag. Reg. no RE n. 271.286-8 –RS. Rel. Min. Celso de Mello. DJ.: 24.11.2000). Em outras palavras, não pode o Poder Público se imiscuir de cumprir a Constituição valendo-se da programaticidade das normas de direitos sociais pois agindo desta forma estaria afrontando a noção de

⁴ Esta pesquisa utilizou o banco de dados eletrônico (site) de jurisprudências disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, lançando-se no campo de pesquisa os termos: “direitos sociais”, “direito à saúde”, “reserva do possível”, “mínimo existencial” e “políticas públicas” (nas suas mais diversas combinações). Do universo de decisões encontrado, selecionou-se apenas aquelas mais relevantes, que figuraram como precedentes e que continuam um amplo debate e profunda fundamentação quanto à forma de se interpretar o direito social vindicado. Sendo assim, são consideradas relevantes aquelas decisões que mais foram citadas no universo dos julgados pesquisados e que são replicadas em casos análogos, na condição de verdadeiros “*leading cases*” jurisprudenciais, podendo ser consideradas como decisões precedentes, para os fins aqui buscados, uma ou mais decisões futuras que convergem em uma racionalidade decisória.

que os governantes representam a vontade e os interesses dos seus representados.

O modelo de atuação judicial, portanto, não é restrito, pelo contrário, como a jurisdição visa a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, o julgador não atua apenas como legislador negativo, mas intervêm dando efetividade ao texto constitucional, superando a velha separação dos poderes. Reconhece-se a supremacia da Constituição e o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da sua integridade.

O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição deve zelar pela integridade de todo o sistema político, proteger as liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento jurídico, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições governamentais, pois o Poder Judiciário tem responsabilidades políticas, sociais e jurídico-institucionais (BRASIL. STF Pleno. ADIn n. 2.010-2 (medida cautelar) Rel. Min. Celso de Mello. DJ.: 14.04.2002).

Fica nítido também nos julgados pesquisados que, na maioria das demandas o que se pretende não é a criação de políticas sociais por falta de legislação, mas a supressão de ineficiências ou má destinação das verbas públicas, ou seja, estão ligadas à execução/implementação de políticas públicas existentes (BRASIL. STF. Suspensão de Segurança n. 3741. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ.: 03.06.2009). (Como é o caso do não fornecimento de medicamentos excepcionais, no caso do direito à saúde ou como as ações que visam impedir que um prefeito construa uma quadra de esporte, quando a maior necessidade de uma população é a criação de creches).

Ademais, consagra-se: a) a complexidade dos direitos sociais: possuem dupla dimensão individual e coletiva; b) responsabilidade solidária dos entes da federação pelo seu financiamento; c) necessidade de adoção das políticas públicas instituídas e de escolha de prioridades para a alocação dos recursos públicos; d) análise econômica do direito: com o impacto financeiros das decisões para a administração pública; e) criação subsidiária de políticas sociais pelo Poder Judiciário, quando os

órgãos estatais competentes por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer a eficácia e integridade de direitos individuais ou coletivos; f) a legitimidade do Poder Judiciário para agir ocorre quando as condições mínimas para uma vida digna esteja em risco, pois o fim maior do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana; e, finalmente uns dos pontos mais importantes: g) adequação do direito ao mínimo existencial com o princípio da reserva do possível (análise de razoabilidade/necessidade/adequação do que é pleiteado frente a disponibilidade financeira do Estado).

Assim sendo, os direitos sociais como normas-princípios representam direitos *prima facie* e não direitos definitivos e absolutos a prestações estatais, podendo sofrer restrição posterior por conflito com outros direitos igualmente fundamentais. Assim, são mandados de otimização que exigem, na análise do caso concreto, a ponderação dos interesses de acordo com as condições fáticas e jurídicas, entrando aí a relevante e inafastável questão da escassez de recursos.

Com efeito, quando se aprecia demandas de implementação ou concretização de direitos sociais não há como se ignorar a limitação fática da escassez de recursos. Porém, enquanto alguns desses direitos sociais (como a saúde, educação, saneamento e moradia) não forem concretizados em grau mínimo, garantindo a vida com qualidade e dignidade, não se pode opor obstáculo artificial para frustrar a preservação de condições mínimas de existência. É que o Estado recolhe tributos para revertê-los em prol do progressivo aumento do bem-estar da sociedade, motivo pelo qual deverá comprovar objetivamente a incapacidade econômica-financeira para executar políticas públicas ligadas a preservação da dignidade humana (BRASIL, STF. ADPF n. 45 MC/DF. Relator Min. Celso de Mello. DJ.: 04.05.2004).

Portanto, como decorrência da necessidade de se adequar a teoria da reserva do possível e a preservação do direito ao mínimo existencial, verifica-se que o Estado não têm liberdade para deixar de prestar arbitrariamente as prestações que compõem esse conjunto de condições

mínimas para se ter uma vida com dignidade, podendo o Judiciário atuar tanto para implementá-las quanto para criá-las⁵.

Com o intuito de racionalizar a atuação judicial e por conta de não se poder defender judicialmente um direito à qualquer custo, a doutrina e a jurisprudência apontam alguns critérios ou parâmetros que devem ser adotados para se fugir do voluntarismo, da supervalorização do Judiciário, da desorganização da estrutura do Estado e para que as decisões sejam melhor fundamentadas e levem em conta toda a complexidade envolvida por traz da problemática.

Essa motivação com base em critérios é prudente, pois representa uma forma do Judiciário prestar contas à sociedade do porquê preferiu atender a uma situação determinada e não a outra.

São apontados como critérios: a) valorização de demandas coletivas e não só a proteção individual de direitos sociais, pois as demandas individuais são circunstanciais e válidas quando em risco o direito ao mínimo existencial, ao passo que as coletivas generalizam as prestações a um determinado grupo de pessoas que se encontram em uma mesma situação. Ademais, as ações coletivas permitem um exame mais profundo das políticas públicas, obtendo informações reais sobre as necessidades e as quantidades de recursos para supri-las, leva em consideração aspectos de macrojustiça e suas decisões geram efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade; b) universalização e a igualdade de oportunidades ao acesso às prestações sociais, pois os direitos sociais devem atender ao maior número de pessoas possível, mantendo um padrão de qualidade; c) demonstração da incapacidade financeira do requerente da medida judicial; d) a comprovação objetiva pelo Estado da ausência de recursos, quando negar a prestação do di-

⁵ Os julgados mais recentes são no sentido de que mais que examinar os aspectos extrínsecos das prioridades estabelecidas pela Administração Pública, o Judiciário analisa também as razões de conveniência e oportunidade. (BRASIL, STJ. REsp. n. 1.041.197 – MS. Relator Min. Humberto Martins. DJ.: 16.09.2009).

reito com base na escassez de recursos, bem como a demonstração de que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma prudente e adequada; e) adoção de mecanismos processuais como perícias, laudos técnicos e equipe multidisciplinar para auxiliar o julgador na formação do seu juízo de ponderação (escolha da prestação social mais adequada, necessária e proporcional, segundo a solução técnica apresentada); e, f) estudo do impacto econômico-financeiro das decisões judiciais (análise de questões de micro e macrojustiça).

No caso específico do direito à saúde, são citados ainda com critérios: a) a comprovação de eficácia do medicamento que é pleiteado, afastando-se os experimentais ou alternativos; b) a disponibilidade desse medicamento no mercado nacional; c) a razoabilidade do seu custo; c) os benefícios que serão experimentados pelo paciente e os riscos para a sua vida, no caso de não concessão; e, d) o seu registro na ANVISA⁶.

Entretanto, ressalva-se aqui, que apesar da instituição destes critérios balizadores, deve-se deixar em aberto a possibilidade do exame das particularidades dos casos concretos, devido há impossibilidade de se limitar de (*a priori*) o conteúdo do direito ao mínimo existencial, sob pena de colocar em risco o próprio direito à vida e à dignidade humana.

4 CONCLUSÕES: A JUDICIALIZAÇÃO SISTEMÁTICA E O FOMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Verifica-se que a dogmática adotada pelo Poder Judiciário em matéria de efetivação dos direitos fundamentais é a mais ampla possível, no sentido de que a postura dos órgãos jurisdicionais não está centrada no puro legalismo, mas preocupada com a preservação dos direitos e com a força normativa da Constituição. Em linhas gerais, entende-se que todos os direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata, são plenamente judicializáveis e, a princípio, a sua concretização deve se dar em

⁶ Nesse sentido encontramos inclusive a Recomendação elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça n. 31 de março de 2010, endereçada aos magistrados de todo o território nacional.

grau máximo, tanto em uma perspectiva individual quanto coletiva, podendo, no entanto, sofrer restrições posteriores diante da análise do caso concreto.

Neste cenário, contata-se que as decisões judiciais são progressistas, ou seja, elas efetivam os direitos sociais de modo criterioso e fundamentado, representando um avanço, contrapondo-se aquelas decisões tradicionais (preocupadas em preservar um Estado Liberal, não interventor). Portanto, primam pela implementação do direito vindicado, seguindo um modelo de Estado mais engajado no bem-estar social.

Não restando dúvidas de que a judicialização das prestações sociais no Brasil encontram-se sistematizada, ou seja, diuturnamente os órgãos colegiados tem confirmado as decisões das instâncias inferiores, concretizando em maior ou menor medida os direitos sociais, tanto na esfera estadual quanto federal, acarretando na segurança jurídica, ou seja, na confiança dos cidadãos de que seus direitos abstratamente previstos no texto constitucional serão realizados por meio do Poder Judiciário, que é garantidor de condições mínimas de vida com dignidade.

Assim, a segurança jurídica se estabelece para além da certeza do direito posto, como ocorria no passado legalista do Estado de Direito; hoje, o Estado Democrático de Direito exige mais, deve ter a sua razão na segurança jurídica como um meio, pois o Estado de Direito é construído dentro de um Estado de segurança⁷.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002.

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, 2008.

⁷ Nesse mesmo sentido encontramos o posicionamento de Heleno Taveira Torres, 2010.

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

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.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009. p.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol I. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MEKSENAS, Paulo. **Cidadania, Poder e Comunicação.** São Paulo: Editora Cortez, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra editores, 2006.

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

TORRES, Heleno Taveira. **Tributação e Intervenção do Estado na atividade econômica.** Palestra proferida no IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 20.05.2010.

Recebido em: 15/02/2011

Aceito para a publicação em: 17/04/2011