

JURIDIFICAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: UMA NECESSÁRIA RACIONALIZAÇÃO DO FENÔMENO

POLICY JURIDIFICATION IN BRAZIL: A NECESSARY RATIONALIZATION OF THE PHENOMENON

CLARA CARDOSO MACHADO¹

RESUMO: O artigo traça uma visão panorâmica da teoria de sistema auto-poietico de Gunther Teubner, com ênfase no processo de juridificação. Apresenta algumas considerações sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro, e ressalta a necessidade de fixação de parâmetros para a intervenção do Poder Judiciário na política, haja vista o impacto dessas decisões judiciais. Em razão disso, propõe uma judicialização racionalizada da política a fim de concretizar os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

ABSTRACT: The article drafts an overview of Gunther Teubner theory, with emphasis on juridification process. It presents some considerations about the object on the Brazilian legal system, and emphasizes the need to set parameters for the intervention of the Judiciary in the politics, owin to the impact of judicial decisions. Because of this, it proposes a streamlined judicialization of the politics to achieve the fundamental rights inscribe in the Constitution.

Palavras-chave: judicialização da política, parâmetros, poder Judiciário.

Key words: judicial politics, parameters, judiciary power.

Sumário: 1 Introdução - 2 Breve relato acerca do fenômeno da juridificação no contexto da sociedade pós moderna - 3 Juridificação da política no Brasil: em busca de parâmetros para racionalização - 4 Conclusão.

¹ Mestre em direito público pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Professora de Direito Constitucional da Estácio-FASE. e-mail: claracardosomachado@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A juridificação da política e das relações sociais não é um tema recente no cenário nacional, mas ainda desperta interesse doutrinário e jurisprudencial devido ao excessivo número de demandas judiciais e ao crescente poder conferido ao Judiciário para definir questões relevantes para a sociedade.

Na atual conjuntura jurídica e político-institucional brasileira há uma enorme preocupação com o impacto das decisões judiciais nas esferas econômicas e políticas.

Diante disto, é mister o estabelecimento de parâmetros para a judicialização da política de maneira que se alcancem decisões com racionalidade e eficiência, atendendo, desta forma, aos preceitos constitucionais.

Para compreensão do fenômeno da juridificação da política, far-se-á um breve estudo sobre a teoria de sistema autopoietico de Gunther Teubner, com ênfase no processo de jurisdicização.

Seguidamente, desenvolver-se-á uma análise do processo de juridificação no Ordenamento Jurídico Brasileiro a fim de demonstrar a necessidade de uma racionalização do fenômeno para concretizar direitos fundamentais e solidificar o princípio democrático.

Na trilha deste raciocínio, o propósito deste artigo é analisar a juridificação da política no Brasil e definir parâmetros para a atuação dos juízes, haja vista o impacto das decisões judiciais em questões desta natureza.

2 BREVE RELATO ACERCA DO FENÔMENO DA JURIDIFICAÇÃO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE PÓS MODERNA

A confluência das promessas da “pós modernidade” com as virtualidades do fenômeno jurídico, traz à tona o paradigma emergente do pós-positivismo a fim de tentar coordenar as relações sociais do Estado Moderno através de uma interpretação axiológica e uma abertura sistemática do Direito à Política, Sociologia, Filosofia, etc.

Constata-se, segundo Boaventura Souza Santos, uma crise do paradigma clássico, que tem o conceito de lei questionado e substituído pela idéia de sistema, de estrutura, de modelo e, por último, pela noção de processo. Diante do fim da exclusividade do saber científico como única forma de se ter conhecimento seguro, surge um novo paradigma, chamado de “emergente”, pautado, na transdisciplinaridade (SANTOS, 2008, p. 52).

A concepção de conhecimento linear deixa de existir na medida em que há uma notória influência de um conhecimento sobre outro. Assim, no paradigma emergente uma descoberta do direito pode ser aplicada diretamente nas relações políticas, por exemplo.

A transdisciplinaridade surge como resposta ao esgotamento do padrão de conhecimento construído sobre a dicotomia entre as ciências naturais e as ciências

sociais, que produziu o conhecimento desvinculado de um conteúdo ético e dignificante. Postula-se, então, um ajuntamento entre estas ciências de forma que o saber obtido seja voltado para o homem, para o grupo social.

No âmbito da teoria jurídica, a transdisciplinaridade é evidenciada na aplicação da semiologia ao Direito, quando, por exemplo, o jusfilósofo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trata a ciência jurídica como discurso e tece uma investigação da norma do ponto de vista lingüístico- pragmático².

Certamente, não se pretende uma redução total do direito à linguagem, mas, tão somente, uma análise semiótica do fenômeno jurídico.

Como reflexo da transdisciplinaridade pós-moderna, há também o estudo do fenômeno jurídico como sistema autopoietico, visto, à priori, como um sistema hermético, bastante em-si-mesmo, mas que tem recebido contornos de abertura pela nova concepção de direito como sistema³.

Por conseguinte, analisar-se-á, ainda que sumariamente - haja vista os limites propostos pelo artigo - a percepção de Gunther Teubner sobre direito como sistema autopoietico, que servirá de paradigma para a compreensão da Juridificação da política no Brasil.

Prioristicamente, convém registrar que, as bases da teoria de Gunther Teubner, advêm de uma reflexão profunda e crítica do modelo de sistema proposto pelo sociólogo Niklas Luhmann, que vislumbrou o direito como um sistema auto-referencial fechado. Para Gunther Teubner (1989, p. 2) “o Direito determina-se a ele mesmo por auto-referência, baseando-se na sua própria positividade.”⁴

A concepção do direito como sistema autopoietico está em consonância com a tipologia da sociedade pós-moderna, constituída por subsistemas (direito, política, economia, ciência, etc.) fechados, autônomos e auto-referenciais cada qual com um modo de funcionamento particular, porém com interligações decorrentes da coexistência destes subsistemas numa mesma sociedade. O subsistema jurídico, por exemplo, funciona a partir do código binário: legal/ilegal, que, em razão da interdependência com outros sistemas pode gerar reações autopoieticas com intercâmbio de informações (SANTOS, 2007, p. 159).

O conceito de *autopoiesi*, incorporado ao Direito por Teubner, não é apreendido com a rigidez inflexível de Luhmann, como um processo de tudo ou nada, porém, é concebido como um fenômeno gradativo, que admite o ingresso futuro de outros sistemas (MELLO, 2006, p. 357).

² [...] normas não são discursos indicativos que prevêm uma ocorrência futura condicionada – dado tal comportamento ocorrerá uma sanção – mas sim discursos que constituem de per si uma ação: imposição de comportamentos jurídicos (qualificação de comportamento e estabelecimento de uma relação meta-complementar). A sanção, ângulo lingüístico, é, assim, ameaça de sanção: trata-se de um fato lingüístico e não de um fato empírico. As normas, ao estabelecerem uma sanção, são, pois, atos de ameaçar e não representação de uma ameaça” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 70).

³ Ilustra Maria Garcia (2004, p. 114): “[...] o meio ambiente é somente gerador de perturbações que o sistema absorve e digere, graças à sua auto-organização. O fechamento do sistema autopoietico não é autárquico, nem isolado, não é programado pelo exterior: entrando em relação de *structural coupling*, com outros sistemas autopoieticos”.

⁴ Para Teubner o Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior. Nas palavras de LUHMANN, “não existe direito fora do direito, pelo que sua relação com o sistema social, o sistema jurídico, não gera nem *inputs* nem *outputs* (TEUBNER, 1989, p. 2).

Para Teubner (1989, p. 58-67) o direito é um subsistema social autopoietico aberto, que se comunica com outros sistemas (econômicos, religiosos, políticos, etc.), aumentando, cumulativamente, sua relação circular, de forma gradativa, gerando um hiperciclo.

Diante do corte epistemológico deste artigo, o ponto fulcral da teoria de Teubner, para a trilha pretendida, é o fenômeno de “Juridificação” dos processos e a criação de institutos jurídicos. É dizer: o Direito tem a capacidade de transformar um elemento externo de outro sistema em um elemento interno, a partir da interação com outros sistemas, ou, de produzir institutos a partir do próprio sistema (autonomia jurídica).

O fenômeno da juridificação foi observado por Teubner (1989, p. 71) na Europa no período do *Welfare State*, em que se notava uma interferência da realidade externa no sistema jurídico. As transformações da sociedade refletiam na evolução do sistema autopoietico do direito.

Através do processo de juridificação, o Direito amplia seus horizontes incorporando ao sistema elementos externos em busca da realização social. À guisa de exemplo, a partir da comunicação do subsistema jurídico com o sistema político, revela-se a possibilidade de juridificar alguns institutos políticos agregando-os ao Direito.

3 JURIDIFICAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: EM BUSCA DE PARÂMETROS PARA RACIONALIZAÇÃO

A crescente importância do Poder Judiciário e do sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e econômicas para garantir direitos fundamentais e conservar a democracia deu guarida ao fenômeno da juridificação ou judicialização da política.

No Brasil, este fato pode ser observado, com notável clarividência, a partir da Constituição Cidadã de 1988, que, dotada de uma força normativa vinculante para todos os Poderes Estatais (HESSE, 2001), materializou inúmeros direitos, antes relegados ao plano político-formal.

Seguindo os ensinamentos de Gunther Teubner, expostos em apertada síntese neste artigo, saltam aos olhos a existência de uma comunicação entre o direito e as relações sociais, admitindo-se, inclusive, a incorporação de instrumentos políticos, econômicos, etc. ao subsistema jurídico, através do processo de juridificação.

É preciso deixar claro que, a linha de raciocínio aqui desenvolvida tem como standard a filosofia pós-positivista, haja vista o pensamento positivista puro não mais fornecer uma explicação consistente do fenômeno jurídico. De fato, a concepção sistêmica aberta e autopoietica do Direito se insere no panorama pós-moderno e pós-positivista.

Existem divergentes avaliações a respeito da repercussão do papel invasivo

do direito nas instituições políticas. Há um eixo procedimentalista, representado por Jurgen Habermas e Antoine Garapon, em defesa de um Judiciário com poderes mais limitados, e um eixo substancialista, associado às obras de Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, que preconiza uma participação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas⁵.

Em um viés substancialista, o jurista norte-americano Ronald Dworkin (2001, p. 27) acastela a transferência de questões políticas para o Poder Judiciário a fim de preservar e concretizar direitos individuais. “Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juizes para decidir questões sobre direitos”.

Conforme Dworkin, o deslocamento de conflitos políticos para o Judiciário exige que os litígios sejam solucionados com fundamentos jurídicos e não políticos. É dizer: os juizes devem ser guiados por argumentos de princípios e não de política⁶. “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral”. (DWORKIN, 2001, p. 101)

No entendimento deste jurista, o controle judicial dos atos políticos democratiza a tomada de decisões, devido a existência de indivíduos que não têm seus direitos garantidos através da atuação política dos Poderes Legislativo e Executivo⁷.

Não se pretende defender uma aplicação integral da teoria postulada por Ronald Dworkin no Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma vez que há inúmeras diferenças institucionais e jurídicas entre os Estados Unidos e o Brasil. Entretanto, de certa maneira, alguns dos ensinamentos proferidos por Dworkin se encaixam no mosaico jurídico brasileiro, servindo de subsídio para a realização da Constituição Federal.

Isto é claramente demonstrável quando decisões de controle de constitucionalidade adentram em questões eminentemente políticas para garantir direitos fundamentais ou na judicialização de políticas públicas de saúde, educação, moradia, segurança, etc.

⁵ De acordo com o eixo procedimentalista, a igualdade, ao reclamar mais Estado em nome da justiça distributiva, favorece a privatização da cidadania. A democratização social tem como consequência a estatização dos movimentos sociais, a decomposição da política e a judicialização da mesma. O gigantismo do poder Judiciário gerou um desestímulo a um agir orientado para fins cívicos, tornando o juiz e a lei como as únicas referências para indivíduos socialmente perdidos. [...] Para o eixo substancialista, o redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas soam como uma extensão da tradição democrática a setores ainda pouco integrados à sua ordem. Nesse sentido, ele valoriza o ativismo judicial (OLIVEIRA; CARVALHO NETO, 2009).

⁶ Dworkin (2007, p. 36) denomina política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”.

⁷ Salienta Ronald Dworkin: Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. [...] Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo para o judiciário (DWORKIN, 2001, p. 31). [...] Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais são efetivamente fundamentadas (DWORKIN, 2001, p. 32).

Com efeito, a juridificação da política é reflexo de um modelo democrático e intervencionista de Estado, que propende à efetivação de direitos e o arrefecimento das desigualdades sociais.

O contexto sócio-político do Brasil, coordenado por uma Constituição Dirigente, repleta de valores, permite o redimensionamento do papel do Judiciário, com a conseqüente juridificação da política, afeta inicialmente ao Legislativo ou ao Executivo, em prol da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito⁸.

Sob este enfoque, opta-se pela vertente substancialista e se admite a juridificação da política sempre que os poderes Legislativo ou Executivo não tenham em vista o cumprimento do desígnio insculpido na *Lex Maxima*, em frontal agressão aos princípios representativo e democrático, ou para proteção dos direitos fundamentais.

É cediço que a meta e o alcance do bem-estar e justiça social, preconizados na Carta de Direitos, através do asseguramento dos direitos à prestação por intermédio do Estado, devem balizar as escolhas dos governantes e gestores. Não podem, neste contexto, os gestores, lançar mão do princípio da discricionariedade administrativa ou escolhas governamentais, sob o pálio da procuração popular outorgada através do voto⁹.

Ainda nesta linha, é importante asseverar que, se o Legislativo ou Executivo não atenderem às metas constitucionais, tanto por omissão legislativa, como por ausência de implementação de políticas públicas ou má utilização dos recursos públicos (ineficiência ou imoralidade administrativa), o Poder Judiciário estará legitimado a intervir, desde que provocado, para efetuar o controle jurídico destes atos e omissões em prol da concretização do texto constitucional.

Marcos Faro Castro (2009), no artigo “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política” adverte que “A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.”

Um relevante trabalho sobre judicialização da política no Brasil é o de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos (1999, p. 22), em que se evidencia a função Jurisdicional “para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania”.

Para os autores o Judiciário não deve substituir a função do Executivo ou Legislativo, mas deve preencher um vazio, que, nas sociedades de massa com intensa mobilização social como a brasileira, poderia vir a conceder “consistência

⁸ Nas palavras de Barroso A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela (BARROSO, 2009).

⁹ Corroborando tal entendimento, ensina Robert Alexy (2008, p. 450): [...] em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

democrática a um excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio". (WERNECK VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 258).

Ademais, a baixa democratização na sociedade brasileira e a pouca experiência de reivindicação dos cidadãos, em razão da herança antidemocrática do regime militar, são problemas que incentivam o fenômeno da judicialização da política. Por certo, a concretização da democracia participativa seria fundamental para um efetivo controle social das instâncias políticas tradicionais e para realização dos direitos fundamentais sociais, fato que poderia diminuir a intervenção jurisdicional.

Indubitavelmente, apesar da importância da juridificação da política para resguardar direitos fundamentais, no Brasil o fenômeno precisa ser materializado substancialmente, porém, com parâmetros, para que o Judiciário atue com critérios de racionalidade e eficiência. Ou seja, há a necessidade de construção de um juízo justo, e, ao mesmo tempo, assentado no quadro da ordem vigente.

Observa-se, na realidade, um "hiperdimensionamento do caráter procedimental" e um "hipodimensionamento do caráter substancial" (CARVALHO, 2009, p. 121). Explique-se: apesar da difusão de procedimentos judiciais em campos de deliberação política, ainda não há um comportamento amplo do Judiciário no sentido de concretizar, com racionalidade, direitos fundamentais, em detrimento de determinadas políticas governamentais.

Note que não se tenciona um ativismo judicial indiscriminado, mas uma juridificação da política baseada concomitantemente na racionalidade das decisões judiciais – com uma análise prévia e ponderada dos impactos de suas deliberações para a sociedade – e na afirmação de direitos fundamentais e ampliação da cidadania.

Registre-se que os limites deste artigo impõem passar ao largo de assuntos relevantes em tema de juridificação, como a legitimidade democrática do Judiciário, a análise da discricionariedade administrativa, o controle judicial de escolhas orçamentárias etc.

Ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que a juridificação política em temas como saúde e educação, por exemplo, faz parte do cenário jurídico atual¹⁰. Entretanto, é mister uma racionalização da judicialização de modo a garantir o princípio democrático.

Deve-se reconhecer que, na solução de questões que envolvem política de Estado ou de Governo, há a exigência de que as decisões sejam fundamentadas com conhecimentos de outras áreas, além do Direito, tais como economia, políticas públicas e regulação de atividades econômicas ou serviços públicos delegados a particulares, a fim de que as deliberações sejam aptas a promover os valores constitucionais em jogo.

Para o alcance deste desiderato, sugere-se a criação de assessorias técni-

¹⁰É imperioso destacar que apenas na metade da década de 1990, após 7 (sete) ou 8 (oito) anos da promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, é que o Judiciário abandonou a postura mais tímida em relação à judicialização da política. (SARLET, 2009). Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf. Acesso em 18 de junho de 2009.

cas nas diversas áreas para balizar as decisões judiciais (SARLET, 2009). Ademais, é necessário cobrar dos magistrados a motivação de suas decisões e um exame criterioso dos casos concretos, sob pena de responsabilidade.

A questão da juridificação da saúde, por exemplo, é alvo de inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais. Nos meses de abril e maio de 2009, foi realizada uma audiência pública com diversos setores da sociedade civil e do Estado, em busca de soluções para os problemas do sistema único de saúde (SUS) e sua judicialização¹¹.

A importância da audiência pública em um Estado Democrático de Direito é lapidar, uma vez que está em consonância com a nova hermenêutica constitucional, voltada para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HABERLE, 1997).

Naquela ocasião, foram expostas doutrinas, técnicas, e maneiras de atuação política, por pessoas de distintas áreas de conhecimento, em busca de estratégias a serem utilizadas pelo Poder Judiciário na decisão de conflitos, que envolvessem a saúde pública.

O saudoso ministro Carlos Alberto Menezes Direito (2009), por exemplo, avaliou que uma possível solução, já em prática em alguns estados, é a realização de reuniões periódicas de juízes com as autoridades de saúde do estado de modo a estabelecer um critério razoável de atendimento.

Em relação a políticas públicas na área de saúde, que atendem a um determinado grupo ou segmento, em detrimento de outros, pondera Luís Roberto Barroso (2009) que o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. O Judiciário deve verificar a necessidade de criação da política pública a fim de solucionar um problema de milhares de pessoas que estão na espera da satisfação dos seus direitos fundamentais sociais¹².

Não há como perder de vista que a proteção a direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, envolve demandas distributivas de caráter plurilateral (o vencedor não pode excluir o perdedor), e não conflitos comutativos de feição bilateral (um ganha e o outro perde). Em derredor da ideias de José Reinaldo Lima Lopes (2006, p. 168) tem-se que:

Esta diferença consiste exatamente no fato de os conflitos distributivos serem jogos *de soma não zero*, ao passo que os conflitos comutativos são jogos *de soma zero*. Os jogos de soma não zero, esclarece-nos a ciência política, são aqueles em que todas as partes perdem ou ganham proporcionalmente alguma coisa. E justamente por causa disto a autoridade chamada arbitrar um conflito assim (...) vê-se impelida ou mesmo constrangida a servir de mediador ou conciliador.

¹¹ Consulta realizada no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em 10 de junho de 2008.

¹² Evidentemente, há casos individuais, mormente em relação ao direito à saúde, que precisam de decisões urgentes, a fim de garantir o mínimo existencial do ser humano. Nestas situações, o Judiciário deve intervir na política pública em prol dos requerentes considerados individualmente. Entretanto, preventivamente e em situações não emergências deve coletivizar as demandas para racionalizar o processo.

O caráter plurilateral do conflito distributivo reflete o dever e o direito à fraternidade, erigida a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art.3º, I, CF/88). Aqui, é oportuno destacar, na trilha de Carlos Augusto Alcântara Machado (2009), que a dimensão fraternal do direito não se reduz a ações distributivistas, que se situam no plano dos gastos públicos¹³. De fato, compreender a fraternidade como categoria jurídico-constitucional do Estado Democrático, é essencial para o alcance da solução mais equitativa em conflitos de natureza distributiva, como os que envolvem direitos fundamentais sociais.

Por certo, a visão utilitarista dos direitos fundamentais sociais deve ser afastada para alcançar a dimensão fraternal dos mesmos. Pensar em sentido diverso pode dificultar a realização da justiça social, que indica, entre outros aspectos, a necessidade de elaboração e de execução de políticas públicas voltadas à inclusão social e à concretização de direitos fundamentais¹⁴.

Em face das peculiaridades dos conflitos distributivos, não se pode admitir que os mecanismos processuais clássicos para solução de conflitos comutativos sejam utilizados, indistintamente, na solução daqueles. Nesses termos, adverte mais uma vez José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 168):

[...] o uso dos mecanismos tradicionalmente associados a direitos individuais protegidos judicialmente, ou o uso de categorias e lógica apropriadas ao exercício da justiça comutativa quando o conflito é de justiça distributiva (...) leva em geral à proteção judicial de carona. Nestes termos, o direito invocado individualmente costuma estar associado ao privilégio ou à imunidade de certas imposições gerais cujo objetivo é distribuir os custos de um bem comum que de outra forma seria inalcançável ou infactível.

Entretanto, a inadequação dos meios não significa impossibilidade de judicialização da política, mas exige que se criem limites e instrumentos processuais aptos a concretizá-los (ABRAMOVICH; COURTIS, 2003, p. 75). Na verdade, deve-se evitar a individualização de conflitos coletivos e incutir na mentalidade do Judiciário a necessidade de ampliar o olhar para coletivizar demandas de caráter individual.

¹³ Preconiza o autor: "Ao afirmar a Constituição brasileira que é objetivo fundamental da República Federativa *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, constata-se, cristalina, o reconhecimento de dimensões materializadas em três valores distintos, mas em simbiose perfeita: a) Uma dimensão política: construir uma sociedade livre; b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa; c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária. Cada uma das três dimensões, ao encerrar valores próprios, *liberdade, igualdade e fraternidade*, instituem categorias constitucionais. (...) Uma sociedade fraterna é uma sociedade sem preconceitos e pluralista. E esses valores estão presentes na Constituição de 1988".

¹⁴ "Assim, partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os "ditos" incluídos. Este problema deve ser afrontado também pelos economistas, tendo em mente a perspectiva da justiça, mas não no sentido utilitarista. Não se pode esquecer que o utilitarismo tem, ainda, uma grande influência nos definidores de políticas públicas, tanto nacionais quanto internacionais". (VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006, p. 131).

Na resolução de conflitos de caráter coletivo, como os que envolvem direitos fundamentais sociais, políticas públicas e recursos públicos escassos, os juízes não podem desconsiderar o caráter distributivo destes direitos, nem circunstâncias externas (reserva orçamentária, igualdade substancial, técnicas para alocação de recursos etc.), que exercem influência imediata nas suas decisões.

No campo dos direitos fundamentais sociais, questões centrais como orçamento público, existência de políticas públicas e as reais possibilidades de alocação de recursos escassos devem fazer parte da análise jurisdicional para solução do conflito distributivo. Evitar esta abordagem pode acarretar resultados irracionais em alguns casos.

É o caso típico de ações individuais que pleiteiam direito fundamental à saúde, à educação, etc. Em razão do caráter coletivo e distributivo supracitado, tais direitos devem ser afirmados por políticas públicas ou por ações coletivas e não por decisões judiciais centradas em situações individuais e específicas. O conhecimento das necessidades sociais da comunidade, da melhor técnica para distribuição de recursos escassos, e das possibilidades orçamentárias é essencial para definir políticas públicas voltadas à concretização destes direitos. Decisão judicial sobre a exigibilidade destes direitos, que ignora estas circunstâncias, pode causar problemas sociais maiores do que os que estão sendo tutelados, pois provoca redistribuição indireta de recursos de políticas públicas e nem sempre garante o princípio da fraternidade.

A canalização de recursos em situações individualizadas, sem observar circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, afronta, por exemplo, o espírito do art. 196, da Carta Magna, que tem por escopo viabilizar a garantia do direito fundamental à saúde de forma universal e igualitária. Não parece correto admitir que o Judiciário intervenha nas escolhas orçamentárias sem observar critérios mínimos que direcionem sua decisão e reduzam os impactos da mesma sobre o orçamento. A essencialidade da prestação e a necessidade do indivíduo¹⁵, por exemplo, devem servir de guias para a tomada de decisão.

Infere-se, portanto, a busca de uma juridificação racionalizada da política pública de saúde, a partir de debates e táticas para a otimização das decisões judiciais, em atendimento aos princípios e valores constitucionais.

Esta perspectiva precisa ser alargada para alcançar a solução de conflitos judiciais que envolvam outras políticas públicas, como educação, segurança, moradia, etc. Inelutavelmente, a racionalidade na juridificação da política está em concordância com é seminal para a garantia isonômica dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

¹⁵ É inelutável reconhecer que as políticas sociais devem levar em consideração as pessoas, tradicionalmente, mais vulneráveis. Daí a importância de se verificar a necessidade do indivíduo em cada caso concreto.

4 CONCLUSÃO

A cada dia se observa uma absorção recíproca e constante da política pelo direito. A comunicação entre o subsistema jurídico e o político, resultando no processo de juridificação das relações sociais, preconizada por Gunther Teubner, é uma realidade tanto no direito comparado como no nacional.

A judicialização da política faz parte de um panorama de direito sistêmico autopoietico e pós-positivista, que permite, no contexto de uma nova hermenêutica constitucional, um ativismo judicial em busca da materialização de direitos fundamentais e da consolidação da *Lex Maxima*.

Ocorre que, a judicialização acarreta inúmeras repercussões no plano político, econômico e financeiro do Estado, exigindo do Judiciário a análise preventiva do impacto das decisões judiciais em políticas públicas.

Para o alcance deste desiderato é necessário estabelecer parâmetros, técnicas e estratégias a fim de garantir os direitos fundamentais e não agredir o Estado Democrático de Direito.

Ante tais considerações, propõe-se uma judicialização racionalizada da política, através de discussões com representantes dos setores da sociedade civil; da criação de assessorias técnicas nas diversas áreas para balizar as decisões judiciais; da exigência de sentenças fundamentadas com conhecimentos econômicos, políticos, financeiros, sob pena de responsabilidade do magistrado; da transformação de dissídios individuais em coletivos com a intervenção do Ministério Público, etc.

Em verdade, a idéia de judicialização racionalizada da política demanda um maior aprofundamento, porém, é importante fomentar este debate na sociedade, a fim de viabilizar a concretização de direitos fundamentais e realizar o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, Maria José; COURTIS, Christian (comps). **Derechos sociales**: instrucciones de uso. México: Distribuciones Fontamara, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O acesso às prestações de saúde no Brasil**: desafios ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política **no Brasil**:

apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, n. 23, p. 115- 126, 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, 1997. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em: 18 jun. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodvim, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público- RBDP, Belo Horizonte, Ano 7, n. 26, p. 33-54, jul./set. 2009**.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito. **Tempo social: Revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 18, n. 1, 2006**.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. **O acesso às prestações de saúde no Brasil: desafios ao Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Menezrs_Direito.pdf>.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO NETO, Ernani. A Judicialização da Política: um tema em aberto. **Política Hoje: Revista do Mestrado em Ciências Políticas da UFPE, Recife, v. 1, n. 15, 2006**. Disponível em: <<http://politica hoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>>. Acesso em: 17 jun. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as Ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007. v. 1

SARLET, Ingo Wolfgang. **O acesso às prestações de saúde no Brasil:** desafios ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>.

TEUBER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumman. **A judicialização da política e as relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE:** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

Artigo recebido em: Julho/2010

Aceito em: Janeiro/2011