

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES POSITIVAS E AÇÕES AFIRMATIVAS CONSTITUCIONAIS

Hugo Crivilim Agudo¹

RESUMO: o presente trabalho acadêmico objetiva tecer breves comentários acerca da problemática da judicialização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, que demanda incessante atuação do Judiciário no sentido de compelir o poder público a cumprir seu papel na sociedade. Neste cenário, o processo, sem deixar de lado sua função instrumental, adquire cunho democrático e social. Mais adiante, analisa-se a questão da judicialização dos direitos sociais à luz da teoria do impacto desproporcional, que informa-nos, genericamente, que um determinado fato social, atinge de maneira dispare, diferentes classes sociais. Ao final, conclui-se que os atos omissivos do poder público, assim como a postura lacunosa adotada com relação à efetivação administrativa dos direitos sociais, fere, em última análise, o princípio constitucional da igualdade, assim como o estado democrático de direitos.

Palavras-chave: Estado. Ações Afirmativas. Prestações Positivas. Processo.

1. INTRODUÇÃO

A desigualdade, que por muito tempo foi considerada inata à vida em sociedade, vem, hodiernamente, trilhando novos horizontes, em atendimento às peculiaridades da complexa e abstrusa sociedade contemporânea.

É certo que dentre as atribuições estatais, como melhor delinear-se-á em capítulo específico posterior, insere-se o dever de empreender os esforços quais sejam necessários no sentido de garantir a seus tutelados, os direitos mínimos existenciais.

Nesta toada, salta-nos aos olhos, a problemática vivenciada pelo Judiciário nos dias atuais, que, a cada vez mais é chamado a intervir na esfera administrativa, buscando a efetivação de direitos inatos à condição humana, especialmente no que tange os direitos da personalidade.

Além disso, nosso sistema judiciário vem, crescentemente, se valendo dos precedentes jurisdicionais para processar as demandas, considerando o vasto campo antinômico existente em nosso ordenamento jurídico. Segundo determinados

¹ Discente do 10º Termo do curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário, e-mail: hugo_crivilim@hotmail.com.

estudiosos do tema, nosso Judiciário ruma em direção à adoção do sistema jurídico da *commum-law*, no qual os precedentes jurisdicionais adquirem força normativa (ressalvadas as peculiaridades desse sistema) determinando, em grande parte dos casos, o destino da lide.

Deste modo, o “processo judicial”, em nosso contexto jurídico-social atual, sem deixar de lado seu caráter instrumental, adquiriu cunho democrático e constitucional.

Novamente, ressalta-se neste íterim, que ao passo em que os precedentes jurisdicionais esteiam pleitos e decisões judiciais, os efeitos das decisões (seja qual for a instancia), não tingem tão somente as partes envolvidas na lide, mas também toda a sociedade.

Assim, o processo, conformado deontologicamente à pacificação social e a viabilização da democracia, acaba se transformando, nos dias correntes, em exímio instrumento de política pública, considerando o crescente número de demandas judiciais objetivando a efetivação de direitos sociais (de segunda e terceira dimensão), que indubitavelmente são esteio do estado democrático de direitos.

Assim, nota-se neste cenário, que o Judiciário acaba, por vezes, mantendo expressiva atuação atípica, o que inevitavelmente prejudica seu desempenho típico.

Desta feita, a presente análise acadêmica objetiva, precipuamente, tecer breves considerações acerca da problemática (se é que assim podemos definir) da judicialização dos direitos sociais, que se consubstancia nas frequentes “intromissões” do Judiciário na seara administrativa do estado, em busca da efetivação de direitos fundamentais.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Antes mesmo de debruçarmos maiores considerações acerca do objeto principal do presente estudo, qual seja, a função social do processo e a judicialização dos direitos sociais, é mister tecermos breves comentários acerca do surgimento e das atribuições do estado, concedendo particular enfoque nas questões de cunho social e humanitário.

Deste modo, com vistas a uma integral e aprofundada compreensão do fenômeno jurídico-social *sub examen*, passa-se a analisar a gênese do “estado”, como ente voltado à proteção e defesa dos interesses da coletividade.

Faz-se necessário, portanto, retrocedermos a presente análise à polis grega, berço do estado e da democracia, para que possamos visualizar a carência governamental sentida por aquele povo.

Ainda que as relações sociais da polis fossem exacerbadamente primitivas – sequer podendo ser comparadas as relações da sociedade contemporânea – não se olvidava a necessidade da existência de regras de conduta e de um órgão governamental que fiscalizasse o cumprimento destas regras sociais, punindo, para tanto, os desvios comportamentais.

Assim sendo, ainda que prematuramente, já é possível verificarmos que o poder de governança do estado (que permanece inalterado até os dias atuais), emanada justamente dos interesses coletivos.

Ou seja, resta demonstrado que o estado, como governo, está (ou ao menos deveria estar) conformado para o atendimento dos interesses coletivos, notadamente as minorias, que, em um “estado de natureza”, seriam massacradas pela vontade das maiorias.

É válido ressaltar, nesta seara evolutiva, os ensinamentos de Ives Gandra Martins, que bem demonstra os deveres sociais do estado:

o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo².

Neste contexto, ainda que em análise perfunctória e superficial, sem adentrar, inclusive, nas questões das teorias justificadoras do poder, bem ressaltadas pelos filósofos Thomas Hobbes, Jean-Jacques-Rousseau, dentre outros, já é possível identificarmos que o estado, é o ente de governança criado pelo o povo, devendo estar integralmente conformado para atender seus interesses.

² Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural", n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27

Contudo, nos tempos correntes, infelizmente, corriqueiros são os episódios em que o “povo”, na acepção jurídica mais ampla possível, acaba sendo esquecido, colocado em segundo plano, carecendo, indubitavelmente se socorrer do Judiciário para fazerem valer seus direitos e liberdades individuais.

Data maxima venia, não há como olvidarmos que, de uma maneira geral, o povo (ressalta-se, que não na integralidade, mas em muitos episódios), acaba sendo esquecido pelos governantes, levando uma enxurrada de ações à apreciação do Judiciário que visam, *generaliter*, apenas e tão somente a efetivação dos direitos fundamentais salvaguardados pela Constituição Federal.

É certo que nossa Lei Maior, ao consagrar, dentre seus primeiros artigos, o princípio da separação dos poderes, quis, em análise teleológica, dividir atribuições, considerando, para tanto, a unicidade do poder delegado pelo povo ao estado.

Assim, visando à coexistência harmoniosa dos “poderes”, bem faz a Magna Carta em criar, mais adiante, as atribuições típicas e atípicas das esferas da administração, que, ao final, consubstanciam-se no sistema de freios e contrapesos, que concretiza a autonomia e a mútua fiscalização entre as esferas do “poder”.

Assevera-se, após esta sintética análise, que a “intromissão” do Judiciário na esfera administrativa, em melhor análise, esta calcada, simultaneamente, nas atribuições típicas e atípicas do Judiciário, uma vez que este tipo de atuação visa fazer valer o texto constitucional e das leis ordinárias, ao passo que, atipicamente, acaba por fiscalizar (e por vezes direcionar) os atos do Executivo, a todo momento lembrando-o de suas atribuições sociais e democráticas.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme mensurado acima, vivenciamos uma era em que grande parte das demandas da sociedade acabam sendo levadas à apreciação do Judiciário.

Luís Roberto Barroso bem conceitua a judicialização dos direitos:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma esfera de poder para as

instituições judiciais, em detrimento das instancias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico ³.

É cético destacarmos, antes mesmo de analisarmos as razões desse crescimento da atuação do Judiciário no sentido de efetivar direitos fundamentais, que este fenômeno não esta adstrito ao Brasil, sendo notável esta corrente em diversos cenários jurídicos do mundo.

Calmon de Passos bem leciona acerca deste fenômeno jurídico contemporâneo:

O Estado contemporâneo, por força de seu intervencionismo e em decorrência da crescente juridicização da convivência humana, tornou-se, também, regulador de ampla área da vida social, maxime em sua dimensão econômica. Chegou-se a falar em direito promocional e sanções premiais, no qual a função de solução de conflitos quase se deixava superar por esta outra dirigente e direcionadora, mediante estímulos ou imposições. Assim, ao lado da função de solução de conflitos haveria a de implementação de decisões políticas voltadas para a implementação de comportamentos sociais, ora prevalecendo uma, ora outra.

Assim sendo, passamos a analisar, com maior enfoque, as causas dessa Judicialização dos direitos sociais, corriqueira no cenário jurídico contemporâneo.

O professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em análise acadêmica aprofundada, elenca três principais causas da crescente judicialização dos direitos. Vejamos.

A primeira causa da judicialização, tendo por base os estudos supracitados, é a necessidade vislumbrada pela sociedade contemporânea, com vistas à manutenção da democracia, de manter o Poder Judiciário forte e atuante, com intervenção eficaz e imparcial, livre de pressões sociais e políticas.

A segunda razão do crescimento da judicialização de direitos é, justamente, o descrédito social para com a atuação da política majoritária. Com isso,

³ Disponível em: “<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI101381,81042-Constituicao+democracia+e+supremacia+judicial+Direito+e+politica+no>”. Acesso em 15 de agosto de 2013.

a coletividade aposta todas suas fichas na atuação do Judiciário, na busca da efetivação de seus direitos.

A terceira razão da crescente judicialização dos direitos sociais advém de um comodismo político-social, justaposto a uma crise moral da sociedade contemporânea, que faz com que os governantes, assim como as autoridades majoritárias, prefiram que as decisões mais importantes, ou mais complexas, sejam tomadas pelo Judiciário, evitando, com isso, eventual questionamento teleológico ou responsabilidade atuacional posterior⁴.

É certo que, além das elementares supracitadas, existem, senão, inúmeras outras. Contudo, bem apontadas estão as principais.

4. A FUNÇÃO (SOCIAL) DO PROCESSO

Em meio a este cenário de clamor social pela atuação do Judiciário, o processo, como já explicitado no esboço introdutório do presente, inobstante sua função de aplicar o direito posto ao caso concreto, ultrapassa os interesses das partes, adquirindo, em específicos casos, repercussão geral.

Eis o que se pretende analisar. Tendo em espeque nossa Lei Maior, é cético que o processo, em que pese suas finalidades individuais, deve (ou deveria), incessantemente buscar o bem comum e a pacificação social.

Contudo, diante das análises supra, nota-se que atualmente, ao invés de harmonizar o convívio comum, em diversas oportunidades, as decisões judiciais, aliadas à postura lacunar das autoridades majoritárias, acabam por fomentar o desejo de litígio da sociedade, em busca da efetivação de seus direitos, consagrados, inclusive, constitucionalmente. Demonstra-se.

Um dos fenômenos mais relevantes neste ínterim é, justamente, a judicialização dos direitos sociais. Note-se, a guisa de exemplo, o direito à saúde e educação. É de fácil constatação a quantidade de demandas judiciais, propostas contra a fazenda pública (federal, estadual ou municipal), que visam apenas e tão somente a concretização dos preceitos e direitos fundamentais estabelecidos em nossa Lei Maior.

⁴ Análise completa disponível em: “http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf”. Acesso em 15 de agosto de 2013.

Desta forma, nos valendo porquanto da teoria clássica processual, não se pode dizer que o processo cumpre uma “função” social, se este se restringe a distribuir justiça às partes litigantes.

Há de se mensurar que a “função” do processo é justamente promover a justiça e a pacificação social, de modo que inexistindo efeitos exoprocessuais, não é possível falar-se em função do processo, mas apenas e tão somente em composição de litígios.

Neste sentido, elucidantes são os ensinamentos de J.J Calmom de Passos⁵:

Parece-me valioso, portanto, para maior precisão do conceito de função, distinguirmos a atividade ou o operar do indivíduo voltada para seus objetivos pessoais, daquela que realiza direcionado para alcançar objetivos relacionados com interesses que o ultrapassam, dizendo mais diretamente com os da convivência social. Será impróprio, por exemplo, falar de função quando o agir está direcionado de modo predominante ou exclusivo para o interesse do agente. Incorreto, pois, dizer-se que alguém estuda para cumprir a função de educar-se, mas seria adequado afirmar-se que alguém estuda para desempenhar as funções de médico, porquanto está se habilitando a fim de atender, também e principalmente, a necessidades e objetivos de outros sujeitos Quando se diz que o fígado é um órgão ao qual se associa a função hepática, estamos afirmando que ele desempenha certa atividade cujos efeitos são direcionados em benefício de outros órgãos ou funções que, por sua vez, servem ao homem, em termos de totalidade. Eis o que para mim é função - um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa ⁶

No mesmo sentido Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

O sentido da expressão *função social* deve corresponder à consideração da pessoa humana não somente *uti singulus* ou *uti civis*, mas também *uti socius*. Nesse contexto, a doutrina da função social emerge com uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo, presente nos principais institutos jurídicos, face os ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade

⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3198>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

⁶ Disponível em: “<http://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo>”. Acesso em 15 de agosto de 2013.

material aos sujeitos de direito. Trata-se de uma “transição do individualismo para a sociabilidade”⁷.

Após esta breve análise teleológica-processual, é possível inferirmos que o processo está direcionado ao atendimento das necessidades sociais, não adstrito os interesses dos litigantes, sendo esta a finalidade constitucional do processo.

Nesta seara, nota-se ainda que o processo, para que cumpra seu papel na sociedade, vem exigindo das autoridades judiciárias, uma postura ativa e diligencial. Adentramos, pois, inevitavelmente, nos horizontes do contemporâneo ativismo judicial.

Esta postura proativa do judiciário, hodiernamente denominada de ativismo judicial, em curtas palavras, consiste na atuação do Judiciário, em questões não dantes analisadas, ou regularmente tratadas por outros “poderes” do estado.

É nítido que o direito, em sendo iminentemente uma ciência social empírica, não prevê normativamente resolução prévia para todos os conflitos fático-sociais existentes. Deste modo, considerando ainda o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária, que proscreeve que o Judiciário deixe de apreciar, sob qualquer auspício, lesão ou ameaça a direito, não podem os julgadores se furtarem de apreciar determinado conflito social, sob o argumento de inexistência de norma posta.

Assim, esta decisão pioneira, em especial, considerando seu caráter predecessor, certamente servirá de esteio de fundamentação para situações semelhantes que sejam levadas à apreciação judiciária.

O ativismo judicial, nesta toada, consiste na aplicação ao caso concreto de premissas e princípios constitucionais, não se limitando à aplicação da fria legislação posta.

Neste sentido Luís Roberto Barroso:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:
(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente

⁷ FUNÇÃO social no direito civil. São Paulo: Atlas, 2007. p.3.

contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nesta direção, notamos que por vezes, os julgadores, em situações de anomia ou de ausência de precedentes jurisprudenciais, acabam proferindo sentenças que atendem os interesses das partes, mas não adimplem as finalidades sociais do processo, qual seja a pacificação social.

É necessário, antes de mais nada, ressaltar que toda decisão judicial, ainda que por mais comezinha, possui efeitos sociais sistêmicos, a serem considerados na prolação da decisão, os quais, lamentavelmente, em muitos casos são inobservados.

É cético, deste modo, que o direito e a política, devem, seguindo os ditames estruturais constitucionais, permanecerem autônomos e interdependentes, sob pena de descaracterização do próprio sistema democrático.

Contudo, não se pode deixar de vista o caráter constitucional da atuação pró ativa do judiciário na efetivação de direitos fundamentais. É necessário, portanto, que se chegue a um ponto de equilíbrio harmônico entre estas esferas do “poder”, evitando, por um lado, a intromissão indevida do judiciário na seara administrativa, mas, sobretudo, evitando a adoção de postura relapsa pelo Executivo e do Legislativo, deixando por perecer os mais sagrados direitos da coletividade.

5. A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS E METAINDIVIDUAIS

Em que pese às consequências jurídicas do não cumprimento da função social do processo, ou ainda da judicialização dos direitos fundamentais, as análises a seguir demonstrarão outra faceta desta problemática, com consequências sociais tão quanto ou mais gravosas do que as anteriormente citadas.

A teoria do impacto desproporcional, originária do direito norte-americano, objetiva, em curtas linhas, a efetivação do direito fundamental a igualdade. Vejamos.

Tendo novamente por base os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, no cenário jurídico global, é possível identificarmos três dimensões básicas do direito à igualdade. Vamos a elas.

A primeira e mais basilar dimensão do direito constitucional à igualdade, consiste na vedação de desigualdades desarrazoadas nos atos do estado. Esta esfera do direito à igualdade, doutrinariamente denominado de “Igualdade Formal”, traduz o ideal de homogeneidade social. Ou seja, ao estado é proscrito conceder diferente tratamento a indivíduos pertencentes à mesma classe social. Deste modo, concretiza-se esta etapa basilar do direito à igualdade por intermédio da adoção de posturas estatais negativas, não concedendo tratamento dispare a indivíduos pertencentes a uma mesma classe social.

Avançando em nossas análises, nos defrontamos com a segunda dimensão do direito à igualdade, denominado de “Igualdade Material”. Esta esfera da igualdade, relacionada à redistribuição de renda, consubstancia-se através das prestações estatais positivas.

Dentre esta dimensão, podemos observar o direito à saúde, educação, saneamento básico, transporte, moradia, dentre outros direitos fundamentais. Do exposto, esta classe da igualdade bem se aproxima do objeto principal do presente estudo, uma vez que a prestação jurisdicional, iminentemente através do fenômeno da judicialização dos direitos sociais e fundamentais, acaba por, a todo momento, “intervir” na seara administrativa do poder, visando compeli-lo a cumprir seus deveres constitucionais.

É válido salientar, neste ponto da análise, que inobstante outras razões menos expressivas, é justamente a ausência de políticas públicas voltadas a concretização desta esfera da igualdade que gera esta gigantesca onda de ações judiciais que pleiteiam do estado, a efetivação de direitos sociais basilares.

Mais adiante, ainda neste arreo, podemos dizer que na atualidade, considerando a complexa e plural sociedade em que se inserimos, notou-se a necessidade da expansão teleológica do direito à igualdade, atingindo, deste modo, sua terceira dimensão.

Tratamos, pois, do direito à igualdade como reconhecimento. Isto é, neste cenário social, não basta à efetivação da igualdade, que o estado, omissivamente, deixe de fazer desigualdades desarrazoadas, havendo a

necessidade de fornecer instrumentos e meios para que o indivíduo seja reconhecido e aceito em suas diferenças.

Ou melhor, é necessário que o estado, agora por intermédio de ações afirmativas, coloque em situação párea, as classes sociais histórica e socialmente discriminadas.

Dentre o gênero das ações afirmativas inserem-se as cotas para negros e economicamente hipossuficientes em universidades, a proteção especial a mulheres, crianças e recentemente os jovens.

Correlacionada a esta terceira esfera do direito à igualdade está a Teoria do Impacto Desproporcional, a qual, em linhas gerais, prevê que um mesmo fato (englobando os históricos, culturais e sociais) atinge de maneira desigual as varias classes da sociedade.

Em conceituação, bem leciona Dayse Coelho de Almeida sobre esta teoria norte-americana:

A teoria do Impacto Desproporcional (Disparate Impacte Doutrine) é um dos reflexos doutrinários da tendência mundial a adotar as ações afirmativas. Esta tem como principio basilar proteger os cidadãos de toda a lei, atitude, pratica, ou mesmo costume que estabeleça condições de desigualdade material, justamente medindo o impacto social desproporcional sobre determinada seara de pessoas que podem ser negros, homossexuais, mulheres, silvícolas e outros grupos que historicamente tem sido preteridos nas escolhas políticas e históricas . Esta teoria é interessante e pode ser entendida como uma proteção à ditadura da maioria, exigindo respeito ao mínimos direitos fundamentais, partindo entretanto do viés do resultado e da lesividade causada, o que reafirma o Estado Democrático de Direito ⁸.

Neste cenário, Joaquim Barbosa Gomes, também define a Teoria do Impacto Desproporcional:

(...) toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade

⁸ ALMEIDA, Dayse Coelho de. Ações afirmativas e política de cotas são expressões sinônimas?. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, no 93. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=361>> Acesso em: 15 ago. 2013.

material, se em conseqüência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas ⁹.

Sob os auspícios da supramencionada teoria, acrescentando as análises já expostas, é possível abordarmos a problemática da judicialização dos direitos sociais com outros olhares. Vejamos.

Não nos restam dúvidas de que judicialização dos direitos fundamentais é um fato social. Contudo, o que não se vislumbra, na grande maioria das vezes, é que este fato social, não atinge a sociedade de maneira uniforme. Ou seja, este fenômeno repercute diferentemente nas mais variadas classes da sociedade.

E o pior, são justamente as classes sociais menos favorecidas que suportam as mais danosas conseqüências deste fenômeno jurídico. A guisa de exemplificação, tomemos por base o exemplo de uma pessoa economicamente hipossuficiente ou uma pessoa com deficiência, que necessita de um determinado medicamento ou um tratamento médico específico em razão de um problema de saúde.

Sendo fato as longas filas de espera, assim como as frequentes negativas de pronto atendimento havidas na saúde pública hodierna, é bem provável que este indivíduo necessite se socorrer do Judiciário para fazer valer seu direito à vida, a saúde e a dignidade, como fazem milhões de brasileiros ¹⁰.

Prosseguindo na exemplificação supra, imaginemos que este indivíduo, munido de receituário médico, procura o poder público, buscando o fornecimento de determinado medicamento ou tratamento médico, tendo, provavelmente, sua solicitação negada.

Assim, grande parte da sociedade acaba acatando aquela negativa, muitas vezes não cientes da possibilidade de recorrerem ao Judiciário em busca da concretização de seus direitos.

⁹ GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro e São Paulo: 1a Edição, 2001

¹⁰ Tamanha é quantidade de demandas judiciais objetivando compelir o poder público a cumprir suas obrigações constitucionais atinentes à vida e a saúde, que o Conselho Nacional de Justiça já aprovou e recomenda aos Tribunais de Justiça a criação de varas especializadas em direito à saúde. Disponível em: “<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25761-cnj-recomenda-aos-tribunais-a-criacao-de-varas-para-saude>”. Acesso em 15 de agosto de 2013.

Desta forma, o poder público, mesmo ciente de seus deveres sociais, omite-se, aguardando decisão judicial que determine o cumprimento de seu papel na sociedade.

Contudo, além de ilegais, estes atos afrontam diretamente o princípio da igualdade, uma vez que dispensa tratamento dispare a indivíduos de uma mesma classe social, uma vez que o estado se limita a cumprir seus deveres constitucionais quando compelido pelo Judiciário, em prejuízo daqueles que em virtude de desconhecimento ou hipossuficiência, não detenham condições de litigar.

Em outras linhas, o impacto negativo da judicialização dos direitos sociais, é demasiadamente maior nas classes socialmente vulneráveis. Em síntese, as classes sociais mais desprivilegiadas, que mais necessitam do poder público, são as mais prejudicadas com atos desta natureza.

6. CONCLUSÕES

É certo que há a necessidade do Executivo, a quem incumbe a administração dos recursos públicos, escolher onde deve aplicar seus recursos, assim como em que intensidade deve empreender seus esforços.

Contudo, não pode o poder público se valer da atuação do Judiciário, como órgão de justiça e efetivação de direitos fundamentais, para se furtar dos deveres sociais impostos pela Constituição Federal.

Do mesmo modo, a omissão pública na efetivação administrativa dos direitos sociais, que demanda intensa e ininterrupta atuação do Judiciário, além de abarrotar o Judiciário com lides que facilmente seriam evitadas com políticas públicas de qualidade e voltadas ao integral atendimento das necessidades sociais, acaba por prejudicar justamente aqueles que mais necessitam do governo.

Por outro lado, as determinações judiciais individuais apenas dão efeitos paliativos a problemática, pois “solucionam” a questão momentânea e individualmente, sem perder de vista as despesas geradas em razão dessa maciça atuação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais.

É de fácil conclusão que a coletividade carece de uma política pública concreta e efetiva, que torne desnecessária a propositura de demandas judiciais individuais objetivando o poder público cumprir seu papel na sociedade.

A efetivação individual de um direito social não é a efetivação social de um direito, de modo que apenas a atuação coletiva e indistinta o concretizará. Não se extermina a febre quebrando termômetros!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A NOVA interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 419 p. ISBN 85-7147-545-8

ALMEIDA, Dayse Coelho de. Ações afirmativas e política de cotas são expressões sinônimas?. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, no 93. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=361>> Acesso em: 15 de agosto de 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 573 p. ISBN 978-85-02-09175-7

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 452 p. ISBN 978-85-02-09126-9

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Janeiro/Fevereiro de 2009, disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acessado em agosto de 2013.

BATISTA, Neimar; PARODI, Ana Cecília. O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985>. Acesso em ago 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. 164 p. ISBN 978-85-218-0359-1

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p. ISBN 85-7001-710-3

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro, 2010. 45 p.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. 153 p. ISBN 85-224-4029-3

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Quórum, 2008. 363 p. ISBN 978-85-7468-438-3

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012. v. 1 ISBN 8577615057

FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 154 p. ISBN 85-7387-984-X

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2002. 232 p. ISBN 85-87054-40-6

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como Instrumento de Transformação Social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro. Renovar. 2001. p. 1

GUÉRIOS, Patricia Borges. A busca da minimização das desigualdades através de ações afirmativas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8336>. Acesso em ago 2013.

HABERMAS, Jürgen. Comentários à Ética do Discurso. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

LITRENTO, Oliveiros. O princípio da autodeterminação dos povos : síntese da soberania e o homem. Rio de Janeiro ; Sao Paulo: Freitas Bastos, 1964. 234p.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. 174 p. ISBN 9788589917834

NAHID, Maria Laura Timponi. Efetivação judicial dos direitos sociais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11883>. Acesso em ago 2013.

PASETTI, Babyton. A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo. Porto Alegre: Fabris, 2002. 103 p. ISBN 85-7525-203-8

SARMENTO, Daniel; SARMENTO, Daniel (Coor.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945 p. ISBN 978-85-375-0281-5

SOUZA, Gelson Amaro de. Curso de direito processual civil. 2. ed., ampl. e rev. Presidente Prudente: Data Juris, 1998. 824 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v.1 (822 p.) ISBN 9788530939144

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 592 p. ISBN 978-85-203-3657-1