

AS DEMANDAS JUDICIAIS DE SAÚDE E A REPRESENTATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Jean Karlo de Barros Correia¹
Givanilson Bezerra de Lima²
Taciana Elisa Patriota Querino Paes de Lira³
Maria Carolina Domingos Cursino Carvalho⁴
Robertucio Carvalho Falcão Fernandes da Costa⁵
Maria Emilia Camargo⁶

RESUMO: O presente estudo busca através de uma pesquisa narrativa fazer uma análise a respeito da representatividade popular do judiciário, de acordo com as balizas das teorias de Nancy Fraser, nas demandas judiciais propostas para garantir o acesso da população à direitos relacionados à saúde, bem como passar em vista a postura assim chamada de “ativista” do referido poder na implementação e garantia dos direitos fundamentais e humanos.

Palavras chaves: Direito à saúde. Representatividade do Judiciário. Ativismo Judicial.

1262

ABSTRACT: The present study seeks, through a narrative research, to analyze the popular representation of the judiciary, according to the beacons of Nancy Fraser's theories, in the proposed judicial demands to guarantee the population's access to health-related rights, as well as pass in view of the so-called “activist” stance of said power's state in the implementation and guarantee of fundamental and human rights.

Keywords: Right to health. Representativeness of the Judiciary. Judicial activism.

¹Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Joaquim Nabuco, bacharel em Direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior/ASCES-Unita.

²Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, bacharel em Direito pela Autarquia de Ensino Superior de Garanhuns/EASGA.

³Mestranda em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, bacharel em direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior/ASCES-Unita, pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Judicial de Pernambuco- ESMAPE.

⁴ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, bacharel em Direito pela Universidade Maurício de Nassau.

⁵ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), pós-graduado em Direito Administrativo e Gestão Pública (FIP).

⁶Doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina-SC. Graduada em Ciências Administrativas pela Universidade Federal de Santa Maria-RS.

1 INTRODUÇÃO

Estamos vivenciando um verdadeiro fenômeno de proposições de ações demandando acesso ao direito à saúde. Em geral, o judiciário tem deferido esses pedidos e assim obrigado o Estado administração ao fornecimento de, entre outras coisas, atendimento e/ou medicamentos.

O Judiciário tem recebido diversas críticas das outras esferas de poder em relação à essa atuação, pois tem determinado a implementação de políticas públicas, o que estaria a rigor, fora de suas funções constitucionais. Porém é preciso levar em consideração a inafastabilidade da jurisdição e a guarda da constituição, atribuídas ao referido poder.

Uma vez que seus membros não são eleitos pelo voto, ao Judiciário faltaria representatividade popular. Nesse assunto em específico, iremos verificar as contribuições de Nancy Fraser sobre o que seria representatividade.

A análise desse quadro, sem a presunção de esgotamento dos temas (e os diversos correlatos) nos dará base a uma reflexão a respeito do papel do poder judiciário e da sua relação com a população em sede de garantia de direitos.

Pelo método utilizado, o presente se classifica como procedimento de pesquisa narrativa com abordagem qualitativa. Assim será possível estudar os temas propostos, com vistas a uma reflexão.

1263

2 O direito à saúde e sua previsão constitucional

De acordo com a Constituição da OMS de 1946: "A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade" (OMS, 1946).

O Direito à vida está querelado pela Constituição Federal de 1998, que prevê no caput de seu artigo 5º, no Título: Dos Direitos e Garantidas Fundamentais: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida..." (BRASIL, 1988). A vida, assim, apresenta-se como o direito dos direitos, pois sua existência representa pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos (MORAES. 2007, p.30).

Por sua vez, o direito à saúde é previsto no artigo 6º, do mesmo título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal Brasileira, no capítulo "Dos Direitos Sociais", ao prever: "São direitos sociais a educação, a saúde, ... na forma desta

Constituição.”, assim como, entre outros, no Título da Ordem Social, Capítulo II, Seção II, artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1998).

O direito à saúde tem natureza híbrida, uma vez que é um direito ligado à vida e à liberdade (que dele depende para seu pleno exercício), porém aparece em nossa constituição entre os direitos sociais, com vinculação a igualdade, constando assim entre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, que representam valores supremos elencados por um povo em determinado contexto histórico, cultural e social.

3 Exigibilidade do direito à saúde e a indeclinabilidade da jurisdição

A exigibilidade do direito à saúde decorre da supremacia da constituição, princípio basilar da ideia de Estado de Direito, o qual, partindo do pensamento do governo das leis e não dos homens, coloca a Constitucional no ápice do sistema jurídico de um país, a prever, além das garantias fundamentais, as formas de aquisição e exercício do poder.

A literalidade da redação do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, diz que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988). Malgrado a natureza híbrida da saúde, vinculada aos direitos sociais, ela teria aplicação imediata por sua ligação com o direito à vida. Vale ressaltar que mesmo os direitos sociais são dotados de exigibilidade, graças à sua categoria de normas constitucionais e seu caráter balizador da atuação do Estado, que deve ver nessas normas, mandamentos de otimização e não apenas normas programáticas com implementação a juízo da administração.

Mediante o reconhecimento da força normativa da previsão constitucional ao direito à saúde, nasce o dever por parte do Estado de assegurar o gozo deste direito, que quando negligenciado em via administrativa, conseqüentemente pode ser exigido em via judicial, surgindo assim o que a doutrina chama de “judicialização” (LUCENA, 2021).

Dessa forma, podemos concluir com Carvalho (2022) que diz não haver qualquer margem para omissão do Poder Público no fornecimento de tratamentos e ou medicamentos à população, pelo fato do direito à saúde estar diretamente ligado ao direito à vida que, por sua vez, é o principal direito fundamental, inerente e irrevogável ao ser humano.

Levando-se em consideração a exigibilidade dos direitos previstos na Constituição, surge a indeclinabilidade do exercício da jurisdição. A partir do momento que o Estado arrogou a si próprio a exclusividade da jurisdição, ou seja, dizer o direito no caso concreto e fazer cumprir suas decisões, surge para o Judiciário a obrigação de dar uma resposta às ações judiciais que lhe chegam ao conhecimento, nisso reside a indeclinabilidade do exercício da jurisdição.

4 A separação de poderes e a escassez de recursos

A nossa Constituição Federal prevê a separação de poderes logo em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). A Carta Magna é muito clara ao dizer que os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, são independentes e harmônicos entre si, ou seja, todos têm atuação independente desde que dentro dos seus limites, respeitando-se a harmonia entre eles (CARVALHO, 2022).

Inobstante sua formulação inicial de grande rigidez na separação e no exercício das funções exigidas pelo contexto histórico da época de sua eclosão, para uma compreensão constitucionalmente adequada do princípio da separação de poderes, nos dias de hoje, são necessários temperamentos e ajustes, num círculo hermenêutico onde se fecundam e esclarecem mutuamente: a teoria da constituição e a experiência constitucional (MENDES e BRANCO, 2012).

Malgrado a ocorrência desta interpenetração, necessária ao exercício dos poderes estatais, coube à administração pública a elaboração das políticas públicas tendentes a executar materialmente os ditames constitucionais. Dessa forma, cabe ao poder executivo, assim como ao legislativo (este na votação e alocação dos recursos orçamentários) a escolha das prioridades. Em outras palavras, nas mãos destes dois poderes residiria conveniência e oportunidade administrativas, no mérito das quais, o poder judiciário não poderia se imiscuir.

Ao poder judiciário não é lícito verificar o mérito administrativo, que consiste nos critérios de conveniência e oportunidade adotados na implementação das políticas públicas. Respeitada a previsão legal pela administração no exercício de conveniência e oportunidade, qualquer ingerência do Judiciário seria uma violação à separação de Poderes.

Não se pode olvidar porém, da Constituição Federal e sua força normativa, que permeia todo o sistema legal. Assim, ao decidir sobre as demandas envolvendo a área da

saúde, o judiciário, “não só pode, como deve” determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo (CARVALHO, 2022).

Nesse diapasão Bastos e Farache (2021) anuem que por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciais para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, esta solução não pode prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior que representa a vida humana.

Seguindo a mesma argumentação, verifica-se ainda a necessidade de respeito ao orçamento público, o qual consagra que deve estar prevista a devida alocação de recursos para a execução de políticas públicas. Porém, o respeito aos ditames orçamentários não vincularia o Poder Judiciário, numa situação numa situação em concreto onde se postula o direito à saúde, diante da (eventual) necessidade de promover a concretização de tão basilar direito. Nesse sentido se posicionou Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, ao apreciar a petição n.1.246-SC:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição da República (art. 5º e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.” (STF, 1999).

1266

Em conclusão, observa-se que a argumentação de limitação do orçamento público, mesmo que relevante e de observância indispensável, não basta para impedir o acesso dos cidadãos ao direito social à saúde, resguardado pela Constituição Federal (SOUZA, 2022), assim como a alegação da reserva do possível, argumento que no Brasil (diferentemente do que ocorreu na Alemanha, onde se originou) surge vinculado ao contexto de recursos Estatais.

Aduz Lucena (2022) que diante deste cenário, a atuação do juiz no controle das políticas públicas deve levar em consideração tanto a questão dos custos presentes na realização dos direitos fundamentais sociais quanto a necessidade, por vezes urgente, da prestação e fornecimento dessas proteções. Assim, ao se deparar com dois valores igualmente protegidos no ordenamento jurídico, o julgador deve fazer um juízo de ponderação concernente às chamadas “escolhas trágicas”, sem esquecer a aplicabilidade e

efetivação dos direitos fundamentais sociais, ainda que haja, para tanto, a mitigação de um determinado direito em benefício de outro no caso concreto.

Verifica-se então, que quando se trata de direitos fundamentais, a escassez dos recursos públicos para sua efetivação representa ponto recorrente nas escusas estatais, porém, não pode ser argumento para que o Poder Público seja omissivo ou ineficiente, sendo cabível a intervenção do Poder Judiciário para sanar tal lesão, face à inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Essa inafastabilidade de exercício da tutela jurisdicional, pelo Poder Judiciário, quando provocado, ganha ainda mais peso no atual contexto de neoconstitucionalismo, onde se exige uma conduta mais concretista do julgador, visto como guardião da constituição e dos princípios fundamentais nela consagrados, os quais são fruto de um consenso geral no âmbito internacional, no pós-guerras, intentando evitar que os abusos ocorridos voltem a se configurar.

Cabem aqui as lições de Carvalho (2022), ao dizer que o neoconstitucionalismo nada mais é do que a forma nova ou importância diferenciada, que, especialmente após as últimas décadas, tem se dado à interpretação da norma constitucional, levando em consideração ter-se vivido uma época bastante conturbada, na qual, em muitos momentos, os direitos fundamentais foram deturpados mundo a fora e inclusive no Brasil.

1267

Começa-se a perceber no judiciário uma conduta cada vez mais proativa, diante de cláusulas constitucionais que estão abertas à interpretação e que lhe norteiam as decisões, deixando de lado a mera interpretação técnica da norma em sentido literal e partindo para uma interpretação mais ampla, num trabalho de verdadeiro guardião dos direitos fundamentais.

Contudo é importante destacar que a ação do judiciário nestes moldes, tem suas consequências, pois um problema inevitável a se enfrentar quando se reflete sobre a concretização da saúde é que, enquanto direito social, de natureza de direito positivo, se liga à disponibilidade de recursos daqueles que são obrigados a prestá-los (LUCENA, 2021). Assim, ainda que garantidores de mínima dignidade podem gerar enormes efeitos financeiros ao Estado, uma vez que muitas são as pessoas que de tal direito necessitam (ALEXY, 2006).

5 Ativismo ou protagonismo judicial?

O Constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo trouxe várias consequências para o período pós-segunda guerra mundial. De fato, a humanidade foi fortemente e beneficentemente influenciada por essas consequências, que foram muitas. Houve um maior reconhecimento da eficácia dos princípios constitucionais, os quais passaram a ser considerados normas constitucionais e por terem caráter mais amplo, podendo ser aplicados em diversas possibilidades jurídicas, com força inclusive para suplantar as regras constitucionais. Outra consequência foi a expansão da jurisdição constitucional, desta forma, os tribunais constitucionais ganharam protagonismo no controle de constitucionalidade das leis. Os direitos sociais também ganharam força com eficácia e carga normativa. (ALVES JÚNIOR, 2019, p. 69-70)

Como se percebe, desde o período pós-segunda guerra mundial que se pensa sobre as consequências do Constitucionalismo Contemporâneo, talvez um dos maiores debates é asseverar que há uma sobreposição do judiciário sobre os demais poderes.

Nessa linha, convém trazer à baila pensamento do brilhante Lenio Streck que explana aquilo que ele denomina de cerne do constitucionalismo contemporâneo:

[...] é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do constitucionalismo contemporâneo.” (STRECK, 2011, p. 190)

1268

A doutrina aponta que o ativismo judicial também é chamado de protagonismo, porquanto no sistema de freios e contrapesos o judiciário garante a implantação de políticas públicas e cumprimento das normas constitucionais.

Nesse sentido:

Por fim, outra consequência marcante (e polêmica) do neoconstitucionalismo é um maior protagonismo do Poder Judiciário, exigindo a implantação de políticas públicas e o cumprimento das normas constitucionais. A consequência é realmente lógica: se a Constituição é a norma mais importante do ordenamento jurídico e vincula todos os Poderes do Estado, sendo o Judiciário o guardião da Constituição, é natural que exija o cumprimento das normas constitucionais, até mesmo as definidoras de direitos sociais (que exigem do Estado uma prestação). A esse maior

protagonismo do Poder Judiciário vem sendo dado o nome de “ativismo judicial”. (ALVES JÚNIOR, 2019, P. 71)

No ativismo judicial há uma participação maior e intensa do Poder Judiciário, tornando concretos os valores constitucionais, todavia, com interferências nas ações e atuações dos demais poderes. Essa atuação se reflete quando o judiciário declara a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e em matéria de políticas públicas. No tocante a esse aspecto, algo que se tornou bastante comum foi a condenação do Estado ao fornecimento de medicamentos, aparelhos terapêuticos, mesmo que não estejam incluídos nas listas do Sistema Único de Saúde. (BARROSO, 2022, p. 100)

Em matéria de políticas públicas o judiciário atua não em ativismo judicial, mas como protagonista e essencial para garantia de direitos fundamentais, revelando-se como Poder representativo do povo. Porquanto, se há um Legislativo e Executivo inertes é preciso que a sociedade tenha um judiciário forte, que não se acovarde diante de desafios propostos.

Frise-se que o judiciário não impõe os anseios ou desejos dos seus membros, por exemplo, ao decidir em sede de controle de constitucionalidade que determinada lei ou ato normativo esteja em desacordo com a Constituição, mas aplicando e fazendo valer os comandos constitucionais. (TEIXEIRA, 2022)

Fazendo aplicação do seu pensamento, o retromencionado autor traz os seguintes exemplos:

[...] ao declarar a inconstitucionalidade da lei estadual, os membros do supremo tribunal federal não estarão fazendo com que sua vontade política se sobreponha sobre a do poder legislativo ou executivo estadual. Em verdade, o judiciário estará apenas decretando que tal norma viola determinação constitucional, de modo a ser expurgada do ordenamento jurídico. O que ocorreu aqui foi aplicação da “vontade” constitucional, e não da vontade política do juiz. Prossigamos com outra situação. Imaginemos que determinado município inicia a obra de construção de um posto de saúde sem qualquer licenciamento ambiental e sem a devida comunicação aos órgãos de fiscalização, devastando a fauna e flora lá presente. O ministério público propõe respectiva ação civil pública, pugnando pela suspensão da execução da obra por violação a inúmeros dispositivos constitucionais, como, por exemplos, os incisos IV e VII do §1º do artigo 225 da constituição federal, que determinam serem de incumbência ao poder público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” e também proteger a fauna e a flora, “vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. No caso de o magistrado reputar comprovado que a obra foi iniciada sem autorização ambiental e que, além disso, está causando graves prejuízos à fauna e flora, a ordem judicial para suspensão ou até cessação da ação não será uma “vontade política” a se sobrepor sobre o executivo local, mas sim a determinação de cumprimento de preceito constitucional. O que há, de fato, é a aplicação da constituição, que vincula a todos, e não de movimento político fruto da opção do juiz/tribunal – até porque este não pode escolher por deixar de aplicá-la, pois, como visto anteriormente, um dos pressupostos do estado democrático de direito é a vinculação à constituição.” (TEIXEIRA, 2022)

6 Justiça na visão de Nancy Fraser

A teoria criada pela filósofa Nancy Fraser trará luz ao que o nosso trabalho se propõe apresentar, notadamente a representatividade da população e às críticas que são feitas ao Poder Judiciário no tocante a não ter os seus membros eleitos pelo voto. Todavia, antes de adentrarmos nessa teoria, faremos uma breve explanação das outras duas teorias por ela criadas, que certamente fortalecerá as ideias que serão desenvolvidas e trarão esclarecimentos sobre pontos relevantes dessa temática.

Ela utiliza a expressão “Keynesiano-Westfaliano” para se referir aos fundamentos nacionais-territoriais das disputas em torno da justiça no ápice do Estado de bem-estar democrático do período pós-guerra entre os anos de 1945 e 1970. Não se refere à literalidade do termo “Westfaliano” (tratado de 1648), mas ao fato de que o período pós-westfaliano fez emergir direitos humanos, num verdadeiro processo evolutivo. (FRASER, 2009).

A forma como os problemas são vistos nos estados territoriais tem sido moldada pelo mundo globalizado. As discussões acerca de justiça eram concernentes às relações entre cidadãos e restrito às fronteiras dos públicos nacionais. Dessa forma, as reivindicações por redistribuição se focavam em desigualdades econômicas dentro dos Estados territoriais. Apenas ocasionalmente, a fome e o genocídio, por exemplo, chocavam a opinião pública para além das fronteiras. Atualmente, esse enquadramento vem perdendo sua feição, devido às preocupações com a globalização e às instabilidades geopolíticas nacionais, tem se percebido que os problemas sociais que moldam as vidas dos cidadãos extrapolam as fronteiras territoriais. As decisões de estados territoriais, de empresas transnacionais, de especuladores financeiros e de grandes investidores institucionais acabam impactando as vidas dos que estão fora do Estado territorial. O que resultou num novo tipo de vulnerabilidade perante essas forças transnacionais, como o aquecimento global, o terrorismo internacional e a disseminação de doenças, por isso há quem acredite que as chances de viver bem ultrapassa as fronteiras territoriais. (FRASER, 2009)

As ideias da filósofa mostram-se importantes para entendermos bem que o direito fundamental a saúde não deve se limitar aos nacionais. É importante que o enxerguemos como um direito fundamental humano. É assim que Nancy Fraser apresenta o debate acerca de justiça extrapolando os limites dos estados territoriais:

Em tais casos, os debates acerca da justiça estão implodindo o enquadramento Keynesiano-Westfaliano. Uma vez que as demandas já não se endereçam exclusivamente aos Estados nacionais e também não são debatidas somente pelos públicos nacionais, os reivindicantes não se focam mais apenas nas relações entre

cidadãos. Assim, a gramática do argumento se alterou. Seja uma questão de redistribuição seja de reconhecimento, as disputas, que antes se focalizavam exclusivamente sobre o *que* era devido aos membros da comunidade como uma questão de justiça, agora, rapidamente, se transformam em disputas acerca de *quem* deve contar como um membro e *qual* é a comunidade relevante. Não apenas o “o *que*”, mas também “*quem*” está em disputa.” (FRASER, 2009)

6.1 Redistribuição x reconhecimento

Há alguns séculos já se discutia a ideia de redistribuição. A discussão acerca de reconhecimento ganhou força após a queda do socialismo soviético, no final do século XX. Tendo em Nancy Fraser um expoente na apresentação do quão difícil é concatenar as ideias de redistribuição e reconhecimento. Para Fraser redistribuição se associa a uma injustiça econômica e reconhecimento a injustiça cultural, tendo em vista que ambas estão interligadas. (LIMA, 2010).

Para Nancy Fraser a injustiça só acabará quando forem dadas condições de igualdade para se sobrepor a dificuldades e obstáculos que impedem muitos de usufruírem de seus direitos. Os aportes econômicos, notadamente as estruturas de classe na sociedade, não permitem que as pessoas participem em sua plenitude e usufruam dos recursos imprescindíveis para estarem em condições de igualdade com os seus semelhantes, o que implica dizer que há uma injustiça distributiva. Ademais, não se pode usufruir da justiça cultural (uma ordem de status) porque existe uma institucionalização da valorização cultural hierarquizada, impedindo de usufruírem daquilo que seja importante e necessário, o que se traduz em falso reconhecimento. (FRASER, 2009)

A filósofa sugeriu o debate acerca da justiça partindo dessas duas teorias. Em que pese, não termos adentrado profundamente nelas, posto não ser esse o objetivo do presente trabalho, percebe-se que a ideia de redistribuição está impregnada na sociedade brasileira na medida em que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 é recheada de normas programáticas, notadamente com direitos fundamentais de segunda dimensão, assim entendidos os direitos sociais. A filósofa apresenta a ideia de redistribuição como injustiça econômica porque os Estados territoriais, como é o caso do Brasil, apesar de terem uma igualdade substancial apresentada em seu texto constitucional, ainda estão longe de aplicar esse princípio aos seus nacionais.

Entendendo não ser suficiente para se chegar a uma resposta que possa resolver o problema, Nancy Fraser propõe uma nova teoria:

Desse modo, nem a teoria do reconhecimento nem a teoria da distribuição podem, sozinhas, oferecer uma compreensão adequada da justiça para a sociedade

capitalista. Apenas uma teoria bidimensional, que abarque tanto distribuição quanto reconhecimento, pode fornecer os níveis necessários de complexidade social-teórica e discernimento moral-filosófico. Esta, pelo menos, é a visão da justiça que eu defendi no passado. E esta compreensão bidimensional da justiça ainda me parece ser adequada até o ponto em que ela se estende. Mas agora eu acredito que ela não vai longe o suficiente. Distribuição e reconhecimento parecem constituir as únicas dimensões da justiça apenas enquanto o enquadramento Keynesiano-Westfaliano era tomado como pressuposto. Uma vez que a questão do enquadramento se torna sujeita à contestação, o efeito disso é tornar visível uma terceira dimensão da justiça, que foi negligenciada em meu trabalho anterior – bem como no trabalho de muitos outros filósofos. A terceira dimensão da justiça é o *político*.” (FRASER, 2009)

6.2 Representatividade

Na essência a terceira dimensão da teoria de Fraser (2009) está ligada à jurisdição do Estado, local onde ocorrem as batalhas por distribuição e reconhecimento. Nesse campo pode-se identificar quem está excluído e quem se encontra incluído na justiça distributiva e no reconhecimento. Essa extensão política refere-se principalmente à representatividade. A falta de representação seria o principal caractere da injustiça política. Quando é negado às pessoas o direito de estar em igualdade com os seus pares, estaremos diante de uma falsa representação. Há que se entender também que a má distribuição ou o falso reconhecimento também constitui uma falsa representação.

Tanto redistribuição quanto reconhecimento são dimensões políticas também, posto que estão entrelaçadas pelo poder. O campo político (representação) se mostra importante na medida em que vai definir os que estão excluídos ou incluídos da distribuição e do reconhecimento. (LIMA, 2010)

A autora apresenta níveis de falsa representação, sendo o primeiro deles a falsa representação política comum, que ocorre quando os indivíduos aos quais seriam destinadas as políticas públicas, têm o seu direito negado. Aqui o debate seria se os sistemas eleitorais são ou não efetivos, como, por exemplo os direitos alcançam as minorias? Já o segundo nível, é o que a filósofa denomina de mau enquadramento, quando ocorrem exclusão de algumas pessoas de poderem participar do debate político. Nesse segundo nível há uma relação com a justiça social.

Como dito, Nancy Fraser denomina o mau enquadramento como algo mais profundo e crucial para as questões que envolvem justiça social, considerando-o como uma forma mais severa da falsa representação:

O problema do mau enquadramento tem um caráter mais profundo em função da importância crucial do enquadramento para todas as questões de justiça social. Longe de ter significância marginal, o estabelecimento do enquadramento está entre as decisões políticas mais consequentes. Ao constituir tanto os membros

quanto os não membros de uma única vez, essa decisão efetivamente exclui os últimos do universo daqueles a serem considerados dentro da comunidade em questões de distribuição, reconhecimento e representação política-comum. O resultado pode ser uma grave injustiça. Quando questões da justiça são enquadradas de uma forma que, erroneamente, exclui alguns indivíduos do âmbito de consideração, a consequência é um tipo específico de meta-injustiça, em que se negam a esses a chance de formularem reivindicações de justiça de primeira ordem em uma dada comunidade política.” (FRASER, 2009)

7 CONCLUSÃO

Graças à falta de efetivação do direito à saúde pelas vias administrativas, não resta outra alternativa, principalmente aos menos favorecidos pela fortuna, a não ser bater às portas do judiciário, buscando fazer valer os comandos constitucionais.

As escusas apresentadas pelo poder público gravitam sempre em torno da escassez de recursos. Daí surge o argumento da reserva do possível e de que as decisões concretistas emanadas do judiciário geram o comprometimento das finanças públicas e desrespeito à separação de poderes.

Quando a população brasileira recorre ao poder judiciário em busca de tratamento, medicamentos, leites maternos ou outros insumos para garantir o mínimo existencial ou até mesmo a dignidade da pessoa humana, busca distribuição, na medida em que essa é uma questão econômica, mas também procura por representatividade.

Porquanto nas demais esferas do poder (Executivo e Legislativo), ela não se sente representada, à medida que tem um pedido negado numa secretaria de saúde ou de assistência social e não pode se valer daqueles que criam as leis e fiscalizam.

Sendo assim, quando a pessoa busca a aplicabilidade do princípio constitucional da Inafastabilidade Jurisdicional estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), vê-se que o povo se sente representado, consoante a teoria descrita Nancy Fraser.

Negar esse direito seria, nas palavras de Fraser (2009), uma falsa representação e o que se percebe é que na medida em que o Poder Judiciário concede direitos dessa natureza estaremos diante não do ativismo judicial, mas de um verdadeiro protagonismo judicial.

Ao implementar nos casos concretos reconhecimento e (re)distribuição, o Judiciário, não fazendo qualquer distinção quanto a qualidade do proponente da ação (reconhece a todos como iguais), tem feito justiça (redistributiva), nos moldes propostos por Nancy Fraser, sobrepondo as dificuldades e obstáculos à fruição dos direitos por todos.

A igualdade perante a justiça e seu franco acesso, promovem a participação de todos no debate político (representatividade), ao passo que dá vez e voz às pessoas (alcançando até as minorias), mormente àqueles que se vêm excluídos das políticas administrativas, no tocante à implementação de direitos (como a saúde).

Assim pode-se concluir, com base nas lições de Nancy Fraser, que apesar de não ter seus membros escolhidos pelo voto, a esfera de poder em que as pessoas têm sua representatividade é o poder judiciário, especialmente em assuntos relacionados a concessão de direitos fundamentais sociais (humanos).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de direito constitucional**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 10ª edição. Saraiva Jus, 2022.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso e FARACHE, Jacob Arnaldo Campos. O “diálogo institucional” em demandas de saúde: O dilema entre a efetividade e a eficiência deste direito social. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**. Encontro Virtual. v. 7, n. 1. p. 01 – 22. Jan/Jul. 2021. Disponível em: <https://scholar.archive.org/work/6i6vpbbmpvf2hljvlcxodww544/access/wayback/https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/download/7859/pdf>. Acesso em 18 jan.2023.

1274

BERNARDES, Bruno Paiva Bernardes. **OBJEÇÕES DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA AO MINIMALISMO JUDICIAL: UM ESTUDO CRÍTICO À LUZ DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 1. Janeiro a Abril de 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59468>. Acesso em 29/05/2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 jan.2023.

CARVALHO, Johann Robson de. **O ativismo judicial diante da judicialização da saúde: nascimento, risco e estabelecimento de critérios norteadores para o poder judiciário**. RUNA/UNISUL. Braço do Norte. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/27879>. Acesso em 14 jan.2023

FRASER, Nancy. **Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado**. Lua Nova, São Paulo, n.77, p.11-39, 2009. Disponível em

<https://www.scielo.br/j/ln/a/BJjZvbgHXyxwYKHjYbTYCnn/abstract/?lang=pt>.
Acessado em 28 jun. 2023.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Tradução de Márcia Prates. In: SOUZA, J. (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UnB, 2001. P. 245-282 [versão original: "From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Postsocialist' Age". *New Left Review*, n. 1, v. 212, p. 68-93, 1997]

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Disponível em: https://www.avbbrasil.org.br/diretorios/biblioteca/livros/a_luta_pelo_direito.pdf. Acesso em: 31 jan.2023.

LIMA, Alex Myller Duarte. **Justiça em Nancy Fraser**. Dissertação (Mestrado em Filosofia), Centro de Ciências Humanas e Letras, Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2010. Disponível em: <https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-120216/justica-em-nancy-fraser>. Acesso em 29/05/2023.

LUCENA, Fabiane Aparecida Soares da Silva. **Judicialização da saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário**. CONPEDI. Florianópolis.2021. Disponível em:<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/7x02k736/o61s82m5/A232TQWcTHoYRRpo.pdf>. Acesso em 18 jan.2023.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** (7ª ed). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL** (21ª ed.). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

OMS (1946). **Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946**. Disponível em:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/o/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf. Acesso em:23 jan.2023.

SOUZA, Gabriela Fidelix de. **Efeitos da revogação da tutela de urgência na judicialização da saúde e a (des)necessidade de devolução dos valores dos medicamentos adquiridos em razão de ordem judicial**. Editora FUCAP: Capivari de Baixo, 2022. Disponível em https://www.fucap.edu.br/dashboard/livros_editora/989ae359662c726a8782b2e6d19869b2.pdf. Acesso em: 18 jan.2023.

STF - Pet: 1246 SC, Relator: Ministro Celso de Melo. DJ 01/03/1999. **JusBrasil**, 1999. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/19162349>. Acesso em 21 jan.2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Yuri de Matos Mesquita. **Ativismo Judicial como fenômeno negativo ao Estado Democrático de Direito brasileiro**. Podendo ser encontrado em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/35820>. Acesso em 29/05/2023.