

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE**

Uma análise do fenômeno: limites e perspectivas

DÉBORAH WANDERLEY TORRES RAMOS

**Rio de Janeiro
2017/ 1º SEMESTRE**

DÉBORAH WANDERLEY TORRES RAMOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE**

Uma análise do fenômeno: limites e perspectivas

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Larissa Pinha de Oliveira.**

**Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE**

R175j Ramos, Déborah Wanderley Torres
A judicialização de políticas públicas e a efetivação do direito à saúde: Uma análise do fenômeno: limites e perspectivas / Déborah Wanderley Torres Ramos. -- Rio de Janeiro, 2017.
84 f.

Orientadora: Larissa Pinha de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Controle judicial de políticas públicas;. 2. Judicialização da saúde;. 3. Direito à saúde;. 4. Limites e a parâmetros da judicialização;. 5. Políticas Públicas.. I. Oliveira, Larissa Pinha de , orient. II. Título.

CDD 341.274

DÉBORAH WANDERLEY TORRES RAMOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE**

Uma análise do fenômeno: limites e perspectivas

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Larissa Pinha de Oliveira.**

Data de Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Prof.^a Ms. Larissa Pinha de Oliveira
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Membro da Banca
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Membro da Banca
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

RESUMO

Ao Poder Legislativo e Executivo, instâncias políticas por excelência, compete, em regra, editar e desenvolver os programas de ação governamental. Contudo, não raras vezes, os órgãos judiciais são provocados a fim de zelar pela proteção de direitos fundamentais, o que acaba por esbarrar no âmbito das políticas públicas. As tutelas almejadas frequentemente se referem a deveres de prestações sociais do Estado nas áreas da saúde, educação e moradia, por exemplo. Tal quadro suscita indagações relativas aos limites e parâmetros de atuação do Judiciário, ao mérito administrativo e implicações práticas das decisões judiciais. O propósito do presente trabalho é discorrer sobre o fenômeno da judicialização de políticas públicas, em especial no que concerne ao direito à saúde, abordando seu conceito, seus contornos e as críticas que sofre. O estudo perpassará pelas razões de ascensão do Poder Judiciário; o conceito de judicialização, controle judicial, ativismo e políticas públicas; críticas e limites do fenômeno; e questões relevantes no âmbito do direito à saúde.

Palavras-chave: controle judicial; direito à saúde; judicialização; políticas públicas.

ABSTRACT

To the Legislative and Executive Power, political instances par excellence, it is attributed, as a rule, to edit and develop governmental action programs. However, not infrequently, judicial bodies are provoked in order to protect fundamental rights, which ends up stumbling in public policy. The sought-after provisions often refer to social welfare obligations of the state in the areas of health, education and housing, for example. Such framework raises questions about the limits and parameters of the Judiciary actuation, the administrative merit and practical implications of judicial decisions. The purpose of this paper is to discuss the phenomenon of the judicialization of public policies, especially regarding the right to health, addressing its concept, its contours and the criticisms. The study will cover the reasons for the rise of the Judiciary; The concept of judicialization, judicial control, activism and public policies; Criticisms and limits of the phenomenon; And relevant issues in the field of the right to health.

Key-words: judicial control; judicialization; public policy; right to health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO	12
1.1 – O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO	12
1.2 – A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO	16
1.3 – O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CRFB	22
2. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, CONTROLE JURISDICIONAL E ATIVISMO JUDICIAL	25
2.1 – A DEFINIÇÃO E DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA	26
2.2 – O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	28
2.2.1 – O CUSTO DOS DIREITOS	28
2.2.2 – AS POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO CATEGORIA JURÍDICA.....	30
2.2.3 – OS ELEMENTOS E FASES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	33
2.2.4 – POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO.....	37
2.3 – O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	39
3. CRÍTICAS, LIMITES E PARÂMETROS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	45
3.1. – AS CRÍTICAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	45
3.2 – O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL	49
3.3 – O MÉRITO ADMINISTRATIVO	54
3.4 – OS LIMITES E PARÂMETROS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	58
4. SAÚDE PÚBLICA E DEMANDAS JUDICIAIS	64
4.1. – O CENÁRIO ATUAL DAS DEMANDAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE..	65
4.2 – OS CASOS EMBLEMÁTICOS NO STF	69
4.3 – O FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	69
4.3.1 – A CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE SAÚDE - CRLS	71

5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

INTRODUÇÃO

É sabido que, sob a égide da Constituição da República de 1988, o Poder Judiciário brasileiro vem exercendo importante papel de controle de constitucionalidade dos atos administrativos e efetivação dos direitos humanos tutelados pelo ordenamento pátrio – os direitos fundamentais.

Nessa esteira, não raras vezes o Poder Judiciário é provocado por particulares a fim de que a Administração Pública – tanto em âmbito municipal, estadual como federal – seja compelida a atender uma determinada demanda individual. Tal demanda pode ser relativa, por exemplo, a pedido de fornecimento de medicamento¹, vaga em leito hospitalar ou em instituição de ensino infantil.

Considerando que aos Poderes Legislativo e Executivo, por meio dos representantes legitimamente eleitos, cabe a consecução dos interesses e metas sociais relevantes, dentro dos limites orçamentários e práticos, a pesquisa a ser desenvolvida visa analisar o papel desempenhado pelo Judiciário quando instado a intervir nesta seara a fim de zelar pela proteção dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde.

Sabe-se que os recursos públicos são escassos e que as ações governamentais ao empregá-los gera, em muitas ocasiões, descontentamento e, mais do que isso, ofensas, ao menos em tese, à dignidade humana de muitos administrados. Assim, exsurge o Poder Judiciário como via democrática de postulação de legítimas pretensões.

Tal quadro suscita uma série de desdobramentos e indagações relativos ao mérito administrativo, aos limites de atuação do Judiciário, à efetividade de suas decisões e suas implicações práticas. Além da problemática da massificação das demandas e a sobrecarga dos tribunais².

¹ **Busca por medicamentos é principal motivo para ações judiciais na saúde.** G1, Brasil, edição de 28/09/2016. Matéria jornalística exibida em Rede nacional no programa *Bom Dia Brasil*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/busca-por-medicamentos-e-principal-motivo-para-acoes-judiciais-na-saude.html>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

² *Mesmo apresentando os maiores índices de produtividade na Justiça do país, o TJ-RJ não consegue vencer o desafio de dar fim ao estoque de mais de 10 milhões de processos em tramitação, a 2,5 milhões de casos novos a cada ano e à taxa de congestionamento de 73,5% na fase de conhecimento na primeira instância. “Nossa Justiça está abarrotada de processos e não pode mais sobreviver nos modos tradicionais. Precisamos enveredar*

Entram em conflito princípios e institutos de relevante importância jurídica, política e social, tais como, de um lado, o princípio da prevalência do interesse público, o princípio da reserva do possível, o da separação dos poderes; e por outro, o princípio do acesso à justiça, o princípio da prioridade orçamentária dos direitos fundamentais, e, sobretudo, o axioma da ordem constitucional vigente: a dignidade da pessoa humana.

Estudar-se-á o fenômeno da judicialização de políticas públicas³ – comumente entendido como a transferência de questões políticas da seara legislativa ou executiva para a judicial – nos anos subsequentes à nova ordem constitucional brasileira.

Tendo em vista a existência de vasta pesquisa acadêmica voltada à judicialização das políticas públicas, o trabalho a ser desenvolvido pretende dar um enfoque ao fenômeno da desjudicialização do direito à saúde.

Não se pretende, *a priori*, tratar das vias de controle de constitucionalidade concentrado na Corte máxima da Justiça Brasileira, o Supremo Tribunal Federal, e sua legitimidade democrática.

Busca-se entender *(i)* como o Judiciário responde ao fenômeno da judicialização das políticas públicas frente aos princípios da separação dos poderes e do acesso à justiça; *(ii)* a quais limites e parâmetros os magistrados submetem sua atuação; se haveria um juízo sobre o mérito administrativo; *(iii)* quais princípios em conflito prevalecem; *(iv)* quais as implicações das decisões judiciais.

*por novos caminhos e reservar a jurisdição àquilo que compete só a ela”, afirma o presidente do tribunal, desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, convencido de que não há crescimento da estrutura judicial que possa vencer a gigantesca demanda de 100 milhões de processos em tramitação no país. “O Poder Judiciário precisa abandonar a ultrapassada postura burocrática de figura central do processo e dar ênfase a programas que possibilitem a resolução dos litígios antes mesmo de sua judicialização”, reforça o presidente em artigo publicado neste Anuário. Trecho extraído da matéria jornalística: **TJ-RJ tem nota máxima em eficiência, mas não responde às demandas sociais**. Revista Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, edição de 10/12/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-10/justica-rio-eficiente-nao-responde-demandas-sociais>>. Acesso em: 18 jun. 2017.*

³ Sobre o tema, ver o clássico artigo: BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Jurisp. Mineira. Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

As indagações são muitas. A pesquisa a ser elaborada pretende aproximar-se ao máximo da satisfação de todas elas.

Tem-se por hipótese que a mera submissão de questões administrativas e políticas ao Judiciário não viola o princípio da separação dos poderes, mas, ao contrário, obedece a necessária harmonia e ausência de prevalência entre os mesmos.

Contudo, justamente para manter tal harmonia é crucial que haja limites para a atuação judicial. É sabido que doutrinariamente o mérito administrativo é estabelecido como âmbito no qual não caberia intervenção judicial. Mas resta estudar melhor seus contornos e como isso norteia na prática os magistrados.

A esse respeito, parece razoável supor que os limites impostos à judicialização de políticas públicas são tênues. Em certa medida, o juiz ao prover, por exemplo, uma demanda individual por vaga em leito hospitalar estaria ingressando no mérito administrativo. Isto é, estaria interferindo no juízo de conveniência e oportunidade acerca da implementação da medida.

Cabe dizer que o fenômeno da desjudicialização de políticas públicas – retirada das questões políticas do âmbito judicial para o administrativo, ou melhor, resolução antes mesmo da judicialização – visa justamente propiciar maior controle da Administração Pública sobre os litígios e maior previsibilidade das medidas e custos necessários à sua resolução. Assim evitando a incursão do Judiciário nesse tipo de questão.

Voltando ao caso da judicialização, em uma análise prévia, percebe-se que os processos judiciais atendem a uma lógica de massa. Nas demandas que versam sobre saúde, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos, prevalecem as pretensões autorais baseadas em tal direito.

A efetividade das decisões parece se operar *inter partes*, isto é, para aqueles indivíduos que desafiaram o ente público judicialmente para a satisfação daquelas demandas particulares.

Isto é, em tese, pode-se supor que as decisões estabelecem certas disparidades entre os administrados que têm suas demandas satisfeitas via judicial e os demais administrados que não tem a mesma sorte. Além de outras implicações práticas porventura existentes.

O presente trabalho perpassará por esses aspectos da judicialização de políticas públicas na tentativa de melhor compreendê-los. Primeiramente, irá se analisar as razões de ascensão do Poder Judiciário. Depois serão tecidas considerações sobre o conceito e manifestações de judicialização, controle judicial, ativismo e políticas públicas. Então serão discutidas algumas críticas ao fenômeno e os limites esboçados pela doutrina. Na parte final do trabalho serão estudados aspectos relevantes da sindicância judicial do direito à saúde.

1. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

1.1 – O fortalecimento do Poder Judiciário

A Constituição é a peça inaugural de um novo ordenamento jurídico que, tradicionalmente, conforma a organização político-administrativa de um Estado, assim como define a separação de poderes e enuncia os direitos e garantias fundamentais. No Brasil, a Constituição atual foi fruto de um processo de redemocratização no país após duas décadas de ditadura e teve o objetivo de consolidar o Estado Democrático de Direito.

Conforme explica Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2012, p. 252), até o final da II Guerra Mundial vigorava na Europa um modelo de Estado legislativo de direito, em que a Constituição era compreendida como um texto político, sem força normativa, cuja aplicação dependida do desenvolvimento pelo legislador (centralidade da lei e supremacia do parlamento) ou administrador. Não havia controle de constitucionalidade das normas pelo Judiciário nesse modelo estatal ou, onde havia, tinha pouca importância, embora o tema já estivesse em evolução no mundo jurídico.

No Estado constitucional de direito, que aflorou em seguida, com a ascensão dos direitos humanos, a Constituição ganhou força normativa.

A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. (BARROSO, 2012, p. 252).⁴

O modelo do Estado constitucional convive com o do Estado democrático de direito. O Estado democrático de direito consubstancia a salvaguarda e respeito aos direitos humanos, após um longo processo de afirmação destes, assim como o exercício do poder soberano pelo povo através de seus representantes legitimamente eleitos.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 252.

Nesse viés, a Constituição Brasileira de 1988 foi elaborada com um extenso rol de direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CRFB)⁵, e previu diversas ações e remédios constitucionais para ampará-los. Como também incumbiu a todos os órgãos judiciais o dever de interpretar e aplicar a Constituição (jurisdição constitucional).

Por esta razão, comumente se associa a ascensão do Poder Judiciário Brasileiro ao modelo constitucional abraçado. Para BARROSO, a judicialização no Brasil decorre, principalmente, de dois fatores: **(i) o modelo de constitucionalização amplo e analítico adotado**; e **(ii) o sistema de controle de constitucionalidade vigente**, que combina o controle difuso e concentrado.

A Constituição Brasileira é abrangente. Em seu texto ela trata de forma detalhada da separação dos poderes, federalismo, organização política e administrativa do Estado, direitos e garantias fundamentais e, para além das matérias tipicamente constitucionais, trata também da ordem tributária, ordem social e econômica, previdência, meio ambiente e outros temas.

De acordo com BARROSO, “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis” (BARROSO, 2012, p. 253).⁶

O sistema de controle de constitucionalidade adotado inspirou-se na matriz americana e na europeia. Na primeira, todo juiz pode declarar uma norma inconstitucional (controle difuso). Na segunda, admite-se o ajuizamento de ações diretas perante a corte a qual cabe a guarda da Constituição (controle concentrado).

A esse respeito aponta VERBICARO (2008, p. 390, apud BARBOZA e KOZICK, p. 62-63):

Loiane Prado Verbicaro aponta algumas condições como facilitadoras do processo de judicialização da política ocorrido no Brasil, dentre as quais, destacam-se especialmente: (i) a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a universalização do acesso à justiça; (iii) a existência de uma Constituição com textura aberta; (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do

⁵ CRFB, art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁶ Ibid, p. 253.

*positivismo jurídico; (v) a ampliação do espaço reservado ao STF; (vi) a hipertrofia legislativa; e (vii) a crise do Parlamento brasileiro.*⁷

Noutro giro, há quem afirme que não há uma relação de causa necessária entre a Constituição e uma postura mais ativa do Judiciário, conforme explica o Professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira (OLIVEIRA, 2010, p. 204-205):

*É comum se afirmar que o protagonismo jurisdicional é devido ao perfil da legislação, notadamente, no que mais importa aqui, à índole da Constituição: uma Carta de cunho analítico, dirigente, enseja uma atuação proeminente da judicatura. Todavia, não há relação necessária. A postura mais ou menos ativa do Judiciário é delineada também por circunstâncias de ordem factual: a cultura/ tradição, as crises institucionais (a exemplo da democracia representativa), condutas de estratégia. É claro que estão interligadas com o sistema legal, mas não se justificam somente por este prisma.*⁸

Nesse sentido, o próprio Luís Roberto Barroso aponta como causas para o fenômeno: reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial às democracias modernas, que culminou na ascensão institucional de juízes e tribunais; certo desencanto com a política majoritária, devido à crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos; e o fato de que os próprios políticos muitas vezes preferem que certas questões polêmicas (ex.: interrupção da gestação), sobre as quais exista desacordo moral razoável, sejam debatidas e solucionadas em sede judicial, a fim de evitar um desgaste com o eleitorado.

Nesse viés, afirma HIRSCHL (2006, p. 164):

*(...) nem uma estrutura constitucional favorável ao ativismo judicial, nem juízes “famintos por poder” ou tribunais constitucionais agressivos são condições suficientes para a judicialização da megapolítica. A afirmação da supremacia judicial do tipo que foi descrito neste artigo não pode acontecer ou se manter sem o suporte tácito ou explícito de atores políticos influentes*⁹.

Para o autor, o fenômeno da judicialização geralmente se manifesta quando as instituições judiciais são vistas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas

⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista DIREITO GV. São Paulo: FGV, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012, p. 62-63.

⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio**. JurisPoesis, ano 13, n. 13, jan-dez 2010, p. 204-205.

⁹ HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**. Fordham Law Review. Nova York, v. 75, n. 2, p. 721, 2006, p. 164. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

políticos como órgãos decisórios com maior respeitabilidade, imparcialidade e efetividade que instituições legislativas ou administrativas tidas como muito burocráticas ou arenas de decisões majoritárias enviesadas. Além disso, a maior fragmentação do poder entre as instituições políticas diminui a capacidade que estas têm de frear os tribunais e aumenta a possibilidade de estes se afirmarem.

Assim como Barroso, Hirschl entende que a judicialização da política pode ser um meio eficaz de transferir a responsabilidade por questões controversas ao Judiciário (*redirecionamento de culpa*). Hirschl explica também que a oposição ao partido político no poder pode recorrer ao Judiciário para dificultar a gestão do governo ou para se projetar na mídia.

Hirschl também indica em seu trabalho, em uma análise internacional do fenômeno, que as intervenções judiciais indesejáveis na esfera política podem levar a retaliações políticas ou revisões legislativas de decisões controversas. Isso se dá por meio de inobservância das decisões judiciais; edição de novas leis em sentido diverso ao decidido judicialmente; interferência política no processo de preenchimento de vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, tendo como intuito evitar indicação de juízes indesejáveis e favorecer o ingresso de juízes alinhados com o pensamento político do partido no poder.

Pelo exposto, não parece haver dúvida de que existe uma série de fatores que desencadearam o fortalecimento do Poder Judiciário, que vem desempenhando papel decisivo na sociedade brasileira.

Desta forma assevera o renomado jurista e Ministro do STF (BARROSO, 2012, p. 254):

Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.¹⁰

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254.

1.2 – A Separação dos poderes e a necessária harmonização

O princípio da separação dos poderes, hoje profundamente arraigado nos diferentes sistemas jurídicos do mundo, remonta a uma construção conceitual de séculos. Montesquieu, filósofo francês, foi o autor com maior proeminência na temática. Sua obra mais famosa, um tratado político intitulado *Do Espírito Das Leis*, de 1748¹¹, versa sobre espécies de governo, importância das leis, separação dos poderes e preservação das liberdades civis.

Aristóteles, em *Política*, e John Locke, em *Segundo Tratado do Governo Civil*¹², foram precursores de Montesquieu no estudo do tema. Entretanto, tendo em vista a maior repercussão da obra de Montesquieu, sobretudo na Revolução Francesa, que mudou o curso da história mundial, ele será adotado como referencial do princípio.

Partindo da premissa de que todo homem que possui poder tende a abusar dele até que encontre limites, Montesquieu¹³ infere que no âmbito político é necessário que o poder contenha o próprio poder, assim evitando o potencial arbítrio da sua concentração nas mãos de um só titular. O autor desenvolve a ideia de liberdade política e preconiza a divisão tripartite de poderes como ideal garantidor desta liberdade.

Para ele, existem três espécies de poderes: o Poder Legislativo; o Executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes; e o Executivo daquelas que dependem do direito civil. O primeiro é responsável pela elaboração das leis por tempo determinado ou eternas, assim como por corrigir ou revogá-las. O segundo faz a paz ou a guerra (relações entre nações). Já o terceiro julga os litígios entre particulares e pune crimes. Montesquieu acaba por definir o segundo somente por *poder executivo* e o terceiro como *poder de julgar*.

Nessa acepção, o Poder Legislativo, que seria o âmbito de representação do povo, detinha a função principal: a de elaborar as leis que viriam a limitar o exercício do poder absoluto.

¹¹ Ver: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹² Ver: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Vozes, 2006.

¹³ MONTESQUIEU (1997 apud BUCCI, 2013). BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Nesse sentido, afirma MONTESQUIEU (1997, p. 202, *apud* BUCCI, 2013, p. 65).

*Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.*¹⁴

O autor não pontua de forma rigorosa as divisões de funções entre os poderes, mas entende ser essencial que sejam exercidos por pessoas diferentes.

Nesse diapasão, assevera BUCCI (2013, p. 71):

*Das experiências históricas e suas elaborações teóricas, resulta que a separação dos poderes não é um princípio absoluto, havendo diversos arranjos e modos de distribuição em que as funções típicas de cada poder se interpenetram segundo maneiras peculiares. Como concepção, a separação de poderes é relativizada por alguns que a consideram não propriamente um princípio de organização política, mas distribuição de funções entre os corpos do poder, a exemplo, de Loewenstein, que propõe a tripartição entre determinação da decisão, execução da decisão e controle político. O que permanece como princípio estruturante é a ideia do controle de poder pelo poder.*¹⁵

Sua obra serviu de influência para a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e para as constituições posteriores. A Declaração de 1789 incorporou o princípio em seu artigo 16, *in verbis*: *Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou o princípio em seu artigo 2º: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.* Foi conferido ao postulado o status de cláusula pétrea, conforme artigo 60, §4º, III.¹⁶

Como leciona José Afonso da Silva¹⁷, as expressões *Poder Legislativo*, *Poder Executivo* e *Poder Judiciário* possuem duplo sentido, uma vez que indicam as funções típicas do poder

¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.

¹⁵ *Ibid*, p. 71.

¹⁶ CRFB, art. 60, § 4º: *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes.*

político e os respectivos órgãos a exercê-las, conforme estabelecido na Constituição no título *Da Organização dos Poderes* (artigos 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135).

Vale ressaltar que o princípio da separação dos poderes esteve sempre presente como elemento fundamental do constitucionalismo brasileiro. A Constituição do Império de 1824 havia adotado a divisão quadripartite de poderes: *Poderes Moderador* (privativo do Imperador, que era o elemento central a garantir a estabilidade e harmonia do sistema político), *Legislativo*, *Executivo* e *Judiciário*.

Voltando à atual divisão, cumpre relembrar brevemente no que consiste cada um dos três poderes. O Poder Legislativo tem como funções típicas legislar e fiscalizar. O Executivo tem como função típica administrar a coisa pública aplicando de ofício a lei e prestando os serviços públicos. Já o Judiciário tem a função de julgar, aplicando a lei aos casos concretos que lhe são submetidos, pacificando conflitos de interesses. Todos os Poderes exercem, em certa medida, funções que lhe são atípicas (que pertencem, em regra, a outro Poder). Ex.: Presidente ao editar medida provisória exerce função tipicamente legislativa, ou seja, atípica ao Poder Executivo (art. 62, CRFB¹⁸). Senado ao julgar o Presidente exerce função atípica ao Poder Legislativo (art. 52, I, CRFB¹⁹).

Em suma, o princípio da separação dos poderes, conforme explica o jurista Felipe de Melo Fonte²⁰, determina a decomposição do exercício do poder político – e não do poder em si, que é uno e indivisível – por diferentes órgãos estatais compostos por titulares distintos, com fulcro na ideia de que sua concentração favorece o arbítrio e a tirania.

Pode-se dizer que a aplicação do princípio possui três diferentes propósitos. O primeiro já foi anunciado, é *evitar o arbítrio* do detentor do poder e viabilizar a democracia, o governo do povo, protegendo-o contra a tirania minoritária. O segundo é *proteger os direitos*

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁸ CRFB, art. 62: *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.*

¹⁹ CRFB, art. 52, I: *Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles*

²⁰ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

fundamentais, mesmo em face de maiorias. Destaca-se a atuação do Poder Judiciário, a quem cabe dirimir com imparcialidade e independência conflitos entre o próprio Estado e os cidadãos. O terceiro é favorecer a *especialização funcional* das atividades do Estado, privilegiando a competência técnica. Esse terceiro fator pode ser tido tanto como um propósito como um elemento fundamental do princípio.²¹

José Afonso da Silva²² afirma que o postulado da divisão de poderes fundamenta-se em dois elementos: a *especialização funcional* e a *independência orgânica*. O primeiro se refere à especialização de cada órgão no exercício da função. O segundo se refere à independência dos poderes considerados entre si, de forma a organizar juridicamente as manifestações do Poder.

O princípio carrega em si a ideia do **sistema de freios e contrapesos** (*checks and balances*), através do qual um poder do Estado é capaz de conter os abusos do outro, assim mantendo a harmonia entre si e evitando a tirania. Exemplos do sistema são a possibilidade de veto presidencial sobre lei (controle do Executivo sobre o Legislativo), que poderá ser rejeitado pela maioria absoluta do Congresso; a de controle de constitucionalidade de uma norma exercido pelo Poder Judiciário (Judiciário sobre o Legislativo); a sabatina dos nomeados pelo Presidente aos cargos de Ministros do STF realizada pelo Senado (Legislativo sobre o Executivo e Judiciário), dentre outros.

Montesquieu teoriza sobre o sistema utilizando as expressões “faculdade de estatuir” e “faculdade de impedir”²³. A faculdade de estatuir é o direito de ordenar por si mesmo, se refere ao exercício da função de um poder, já a faculdade de impedir é o direito de controlar ou anular uma ação de outro poder. O sistema de freios e contrapesos garante a necessária harmonia entre os Poderes do Estado.

Nesse sentido leciona SILVA (2005, 106 e ss.):

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há

²¹ Ibid, p. 167 e ss.

²² Op. cit.

²³ Op. cit.

*interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.*²⁴

A separação dos poderes torna-se problemática quando há sobreposição de atribuições institucionais, isto é, quando há mais de uma instituição pública responsável por aplicar textos jurídicos e proferir decisões, como, por exemplo, quando órgãos judiciais e agências reguladoras podem se manifestar acerca de uma mesma questão.

Com relação às políticas públicas, o problema é acentuado por um conjunto de fatores, como explica FONTE²⁵: (i) a possibilidade de levar ao Judiciário qualquer questão devido ao princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB²⁶); (ii) a ampliação dos legitimados e dos meios aptos a provocar a jurisdição constitucional assim como a tutela coletiva de direitos; (iii) a possibilidade de que haja controle difuso de constitucionalidade, isto é, exercido por todos os juízes e órgãos judiciais; e, por fim, (iv) a presença de normas programáticas na Constituição de 1988.

Estes fatores ensejam maior atuação do Judiciário, sendo, portanto, complementares aos já expostos no tópico antecedente (2.1 O fortalecimento do Poder Judiciário).

A cláusula do acesso à justiça obsta qualquer medida legislativa ou administrativa tendente a impedir que uma pessoa se socorra do Judiciário e dela decorre a obrigatoriedade de que o juiz profira decisão pacificando o litígio (vedação ao *non liquet*), prevista no artigo 140 do CPC²⁷. Assim, ainda que não haja solução clara para a lide no direito posto, incumbe ao juiz encontrá-la no sistema, fazendo uso da analogia, costumes, princípios gerais do direito (art. 4º, LINDB²⁸), doutrina e outras fontes.

²⁴ Op. cit., p. 106 e ss.

²⁵ Op. cit.

²⁶ CRFB, art. 5º, XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

²⁷ CPC, art. 140: *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*

²⁸ LINDB, art. 4º: *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

A existência e ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado e difuso, evidentemente, faz com que haja maior possibilidade de sobreposição de atribuições institucionais. Já que faz com que o Judiciário tenha ampla capacidade de controle sobre leis e atos normativos, uma vez que seja provocado.

Já os instrumentos de tutela coletiva, manejados pelo Ministério Público e outros legitimados, trouxeram para a esfera judicial interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que tradicionalmente eram confiados ao processo político, diga-se, a Administração Pública.

Não menos importante, a previsão de normas constitucionais de caráter programático permitiu que o Judiciário, se provocado, exerça amplo escrutínio sobre questões legislativas e administrativas que estão previstas constitucionalmente.

Sob a égide da Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, entendia-se que as normas que asseguravam os direitos sociais eram meramente programáticas (de eficácia limitada) porque dependiam de lei e da atuação da Administração Pública. Entretanto, na nova Constituição estabeleceu-se que todos os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata, conforme o já aludido art. 5º, §1º, CRFB.²⁹

Assim, foi superada a antiga noção de absoluta eficácia negativa das normas de caráter programático, que eram diferenciadas das normas definidoras de direitos (especificamente os de primeira geração), estas sim com feição positiva. As normas tidas como programáticas passaram a ser consideradas, em muitos casos, como definidoras de direitos, tendo aplicabilidade imediata e sindicabilidade judicial.

Nesse viés, explica o Professor Fábio Oliveira que a eficácia positiva das normas programáticas pode se expressar na: (i) possibilidade de cobrar o Poder Público a adotar a conduta preconizada, (ii) aplicação direta da norma via judicial quando houver inércia legislativa ou administrativa e (iii) sujeição dos particulares às normas programáticas, os quais devem respeitá-las. Vale a ressalva de que a eficácia positiva das normas programáticas não deve ser vista com o objetivo de levar a uma crescente e desenfreada judicialização, mas

²⁹ CRFB, art. 5º, § 1º *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

apenas reconhecer a elas a mesma força normativa inerente a todas as outras normas constitucionais.³⁰

Tudo isso torna necessária a existência de parâmetros para delimitar os contornos da atuação judicial no controle de políticas públicas. Tais parâmetros serão mais bem estudados mais adiante no trabalho, de acordo com os marcos teóricos adotados.

1.3 – O papel do Judiciário na CRFB

O Poder Judiciário é o terceiro Poder do Estado, organizado na Constituição Brasileira em seus artigos 92 a 126. Já foi dito que a função deste Poder é julgar, aplicando a lei aos casos concretos que lhe são submetidos, assim pacificando conflitos de interesses e resguardando a ordem jurídica. Essa é a denominada *função jurisdicional* ou *jurisdição*.

A *jurisdição* é exercida por meio de um processo judicial. Ela é definida etimologicamente como o *ato de dizer o direito*. É tida pelo célebre jurista Cândido Dinamarco³¹ como poder, função e atividade. É *poder* no sentido de que impõe as decisões judiciais às partes, de forma imperativa e substitutiva (se sobrepõe às vontades dos litigantes). É *função* no sentido de que tem por finalidade compor as lides, com fundamento em normas gerais e abstratas. Por último, é a *atividade* desempenhada pelos juízes e tribunais, órgãos judiciais, assim incluindo todos os atos judiciais dentro de um dado processo.

Registre-se que o termo *jurisdição* também é por vezes utilizado no sentido de área territorial em que determinada autoridade pode exercer seu poder, porém tal uso é atécnico da perspectiva jurídica, visto que no caso seria mais adequado falar-se em circunscrição ou área de competência.

O conceito de *jurisdição* associa-se ao de *competência*, na medida em que o segundo perfaz os limites de exercício legítimo do primeiro. A competência é a distribuição da função

³⁰ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Eficácia positiva das Normas Programáticas**. Revista Brasileira de Direito, 11(1): p. 34-45, jan./jun. 2015.

³¹ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

jurisdicional pelos diversos órgãos judiciais, de acordo com critérios organizacionais e hierárquicos. Diz-se que a jurisdição é relativa à relação entre os órgãos judiciais e os indivíduos, enquanto a competência se refere à relação dos órgãos judiciais reciprocamente considerados.

São características da jurisdição: a *substitutividade*, *imparcialidade*, *inércia*, *aptidão para formar coisa julgada*, *unidade* e *monopólio estatal*. A atividade é substitutiva porque o Estado substitui a atuação e a vontade daqueles que submetem um conflito a sua apreciação. Também é imparcial porque se exige dos órgãos judiciais imparcialidade ao julgar uma ação, isto é, nem o juiz nem os auxiliares da justiça (oficial de justiça, contador, perito etc) podem ter interesse no litígio e/ou favorecer uma das partes. Os órgãos judiciais são inertes, isto é, não podem atuar de forma espontânea, sem provocação. Só as decisões judiciais têm capacidade de formar coisa julgada, isto é, de se tornarem imutáveis, em virtude do princípio da segurança jurídica. A jurisdição é uma, havendo somente divisão de competências para otimizar sua aplicação. Por fim, o monopólio do exercício da jurisdição é, em regra, do Estado.

A jurisdição obedece a vários princípios, como o da investidura, inércia, indelegabilidade, aderência ao território, inevitabilidade, inafastabilidade, o do juiz natural.

Destes vale destacar o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV, CRFB: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Tal postulado garante a todas as pessoas o direito de se socorrer do Judiciário, deduzindo pretensão fundada no direito.

Embora a jurisdição tenha caráter uno, a doutrina admite falar-se em espécies ou categorias de jurisdição para fins de compreensão das formas de manifestação do poder. A jurisdição pode ser *penal* ou *civil* (critério do objeto); pode ser *especial* – Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar – ou *comum* – Justiça Estadual ou Federal (critério do órgão judicial que a exerce); *superior* ou *inferior* (critério da posição hierárquica do órgão que a exerce); *de direito* ou *de equidade* (critério da fonte). Fala-se também em jurisdição *voluntária* ou *contenciosa*.

A priori, cada Estado tem poder jurisdicional nos limites de seu território. Contudo, existem critérios de conexão internacional que fazem com que direito alienígena seja aplicado no território brasileiro, assim como direito brasileiro seja aplicado em território estrangeiro (artigos 21 a 25 do CPC e artigos 7º a 17 da LINDB). Isto é, nem sempre legislação e jurisdição coincidem em extensão.

O artigo 92 da Lei Maior brasileira especifica os órgãos que compõem o Poder Judiciário, a saber:

I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O Conselho Nacional de Justiça não exerce função jurisdicional, mas é encarregado do controle dos órgãos judiciais e seus integrantes.

A fim de preservar a independência e imparcialidade dos magistrados, lhe são conferidas certas garantias. São garantias dos juízes a *vitaliciedade*, *inamovibilidade* e *irredutibilidade de vencimentos* (art. 95, CRFB³²). Também é prerrogativa do Judiciário o autogoverno, que se perfaz mediante o exercício de atividades normativas e administrativas de auto-organização e auto-regulamentação (artigos 96 e 99 da CRFB). Pela mesma razão é prevista vedação ao exercício de outro cargo ou função pelo juiz, a não ser a de magistério (art. 95, I, CRFB).

Os demais artigos do capítulo III (*Do Poder Judiciário*) do título IV (*Da Organização dos Poderes*) estabelecem normas de organização judiciária, composição de tribunais e distribuição de competência entre os diferentes órgãos judiciais.

³²CRFB: Art. 95. *Os juízes gozam das seguintes garantias:*

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

2. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, CONTROLE JURISDICIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

Em todo o mundo democrático o Judiciário desempenha uma parcela do poder político. Essa parcela concerne na atuação do magistrado como intérprete e aplicador do direito aos casos concretos. Quando o Poder Judiciário decide matérias associadas às relações privadas, essa atuação não costuma gerar grandes controvérsias.

No entanto, quando o Judiciário declara uma lei inconstitucional ou quando determina que o Poder Público financie um tratamento de saúde de um particular no exterior, surge um conjunto de indagações relativas a essa atuação. Isso porque há uma aparente sobreposição do Poder Judiciário sobre os outros dois Poderes. A esse fenômeno dá-se o nome de *judicialização*.

De acordo com BARROSO (2012, p. 253), a judicialização pode ser conceituada da seguinte forma:

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 transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, entre muitos outros.³³

Ran Hirschl define a judicialização como “o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas” (HIRSCHL, 2006, p. 140).³⁴

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 253.

³⁴ HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**. Fordham Law Review. Nova York, v. 75, n. 2, p. 721, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

As causas do fenômeno foram abordadas no subcapítulo 1.1 deste trabalho (1.1 O fortalecimento do Poder Judiciário).

2.1 – A definição e distinção terminológica

A doutrina, em geral, aparenta cunhar as expressões *judicialização de políticas públicas* e *controle judicial ou jurisdicional de políticas públicas* como sinônimas. Não havendo grande distinção a ser feita. Uma única observação pertinente é que o primeiro termo (judicialização) se refere ao fenômeno da transferência de questões políticas e sociais relevantes ao Judiciário, sem que este tenha desejado tal tarefa, mas sendo obrigado a manifestar-se ao ser provocado (princípio da inércia e vedação ao *non liquet*). Ou seja, a ênfase que parece se dar é ao fato dos jurisdicionados decidirem levar ao âmbito judicial determinadas pretensões.

Já quando se fala em controle judicial de políticas públicas, a ênfase é dada aos parâmetros que devem ser empregados pelos órgãos judiciais ao solucionar esse tipo de demanda, ainda que tal enfoque possa igualmente ser dado ao se utilizar o termo judicialização. Por isso, pode-se dizer que não revelam grandes diferenças entre si.

Como já dito, a judicialização é a transferência de questões políticas, morais e sociais para o Judiciário, a fim de que este decida em caráter final sobre estas. Os órgãos judiciais são provocados e aplicam o direito posto ao caso, não necessariamente inovando normativamente.

Noutro giro, o *ativismo judicial* carrega sentido diverso das expressões anteriores. Este termo consubstancia uma participação mais intensa do Judiciário na concretização dos fins sociais do Estado e implica postura mais proativa e extensiva com relação à Constituição ou à lei. O Judiciário cria normas que não existiam no ordenamento jurídico ou estende o sentido das que existem a situações não expressamente previstas. Isto é, se refere a uma atitude de criação do direito e não mera interpretação e aplicação deste.

Exemplo disso no Brasil é a imposição do dever da fidelidade partidária aos deputados e vereadores (troca de partido após posse no cargo implica perda do mandato) e a declaração de

inconstitucionalidade de lei em casos em que não há manifesta e inequívoca violação à Constituição.

No primeiro exemplo, vê-se que o STF impôs o dever de fidelidade partidária estando ausente qualquer norma legal que o previsse. A questão foi decidida em 2007, primeiramente pelo TSE, que determinou que o mandato do parlamentar eleito pelo sistema proporcional pertencia ao partido e não à pessoa. Posteriormente, o STF confirmou tal entendimento no julgamento de mandados de segurança a esse respeito. Em seguida, no mesmo ano, o TSE editou a Resolução n. 22.610/07 para disciplinar o processo de perda de cargo eletivo por desfiliação partidária sem justa causa.

A criação do dever de fidelidade partidária para conservação do mandato resultou da interpretação do princípio democrático e da ideia de representatividade política, considerando o sistema eleitoral proporcional aos quais os deputados e vereadores estão submetidos.

O fenômeno do ativismo judicial depende da judicialização. É necessário que uma matéria seja judicializada para que haja essa manifestação mais intensa e ativista do magistrado.

A expressão *ativismo judicial* é oriunda do direito norte-americano. Foi utilizada nos Estados Unidos para caracterizar, sobretudo, a performance da Suprema Corte no período em que foi presidida por Earl Warren (1954-1969). Nessa época, a Suprema Corte inovou em diversas práticas políticas relativas aos direitos fundamentais, como, por exemplo, no emblemático caso *Brown vs. Board of Education* (1954), em que a separação de crianças brancas e negras nas escolas americanas foi considerada inconstitucional. Tal ativismo não foi bem visto pelos mais conservadores. A partir de então, naquele país, o termo assumiu uma conotação pejorativa, referente a uma atuação imprópria do Poder Judiciário.

Importa destacar que o ativismo tem uma face positiva, eis que o Poder Judiciário está atendendo demandas que não foram atendidas pelo Legislativo em tempo ou a contento. O negativo é justamente o fato de o Legislativo, instância política por excelência, não conseguir atender os anseios sociais e o Judiciário não ter a visão macropolítica para tomar certas

decisões. De acordo com o Ministro BARROSO³⁵, o ideal é que o próprio Poder Legislativo recupere sua capacidade de atender as demandas sociais, atuando de forma funcional e produzindo consensos políticos.

Vale ainda indicar a existência de um conceito antagônico ao do ativismo judicial, que é o da *autocontenção*, em que o Judiciário busca reduzir sua interferência na arena política.

BARROSO (2012, p. 255) arremata com maestria as diferenças entre os conceitos:

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala — e este é o caso do Brasil — em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes²⁶. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.³⁶

2.2 – O conceito de políticas públicas

O estudo do significado de política pública é essencial para entender a problemática de sua judicialização e distingui-la da judicialização de outras questões. Políticas públicas detêm natureza *sui generis* e não são quaisquer atos ou normas administrativas, mas sim programas de ação visando à consecução dos objetivos e valores sociais determinados pelo Estado. Estão associadas aos direitos sociais (saúde, moradia, educação), os direitos humanos de segunda geração, que necessitam de uma atuação positiva do Estado para assegurá-los, o que implica gastos.

2.2.1 – O custo dos direitos

É um lugar-comum que os direitos humanos de primeira geração, por serem direitos tradicionalmente de defesa, requerem mera abstenção do Estado e, por isso, não implicam

³⁵ Op. cit.

³⁶ Op. cit., p. 255.

gastos públicos. Enquanto os direitos sociais, culturais e econômicos, por implicarem prestações de serviços públicos, são onerosos.

Cumprido destacar que, na verdade, mesmo os direitos civis e políticos, direitos de primeira geração, associados ao valor *liberdade*, demandam planejamento de ações governamentais e gastos de recursos públicos, embora normalmente não sejam vistos assim. Tal desmistificação foi feita com maestria por SUSTEIN e HOLMES na obra *The Cost of rights*³⁷ (*O custo dos direitos* em tradução livre), conforme indicado por FONTE (2015, p. 136 e ss.³⁸).

Todos os direitos, em certa medida, exigem gastos públicos e atuação estatal, ainda que se trate de um direito de defesa em face do próprio Estado. Por exemplo, o aparato do Corpo de Bombeiros, que visa prover proteção e controle de emergências de incêndio, salvamento e resgate, acaba por proteger, além da vida dos envolvidos e a ordem pública de forma geral, o direito à propriedade privada. Sem a atuação dos bombeiros na contenção de incêndios acidentais ou criminosos as propriedades de muitos particulares poderiam ser consumidas pelo fogo, inviabilizando o exercício do direito.

Da mesma forma, o direito à liberdade em suas diversas ramificações (liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de culto, liberdade de circulação) implicam custos em sua proteção. Isso porque, quando estes direitos são violados, é possível recorrer aos órgãos judiciais, os quais têm alto custo de manutenção. Evidente que os órgãos judiciais não se prestam somente a defesa dos direitos de primeira geração, mas a de todos os direitos, estes inclusive. Não podendo se negar os custos envolvidos na defesa de todas as dimensões de direitos.

De igual maneira, é possível afirmar que os direitos de segunda geração, embora tipicamente direitos prestacionais, também ostentam dimensão negativa, notadamente quando se trata de sua proteção contra interferências indevidas dos órgãos do Poder Público.

³⁷ Ver: SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights – why Liberty Depends on Taxes*. 1999.

³⁸ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Seja como for, na maioria dos casos, é possível afirmar que os direitos de defesa têm menor custo global que os direitos sociais, que requerem uma rede de assistência e prestações de serviços públicos complexos e contínuos.

2.2.2 – As políticas públicas enquanto categoria jurídica

Voltando à conceituação de políticas públicas, destaca-se a definição dada pela renomada jurista Maria Paula Dallari Bucci (BUCCI, 2002, p. 241):

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.³⁹

Tal definição foi reformulada pela jurista em seu estudo intitulado *O conceito de política pública em direito* (que faz parte da coletânea *Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*, que foi organizada por BUCCI). O conceito reformulado é expresso da seguinte forma (BUCCI, 2006, p. 39):

Política pública é a ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁴⁰

Assim, a política pública “consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”. (BUCCI,

³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI. (Org.). *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

2006, p. 14)⁴¹. As metas estipuladas pela política pública devem ter marcos temporais definidos para serem alcançadas.

Ronald Dworkin, ilustre doutrinador norte-americano, ao criticar o positivismo jurídico em sua obra *Taking Rights Seriously* (*Levando os Direitos a sério* – traduzido por Martins Fontes⁴²), enuncia *princípios* e *políticas* como categorias jurídicas relevantes a serem postas ao lado das *regras*, pretendendo demonstrar que a solução de problemas jurídicos e casos difíceis requer mais que mera análise de regras propriamente ditas. Para Dworkin: *Princípios são proposições que descrevem direitos, políticas (policies) são proposições que descrevem objetivos* (DWORKIN, p. 90, apud BUCCI, 2006, p. 25)⁴³.

Insta destacar a diferença em inglês dos termos *politics* e *policy*. O primeiro se refere à atuação política em sentido abrangente, enquanto o segundo se refere aos programas de ações governamentais, que são objeto deste trabalho.

Dworkin denomina como política o padrão que estabelece uma meta a ser alcançada, normalmente uma melhoria desejável para a sociedade de caráter econômico, político ou social. Ele a distingue dos princípios, que são padrões que devem ser observados, não porque vão proporcionar melhorias sociais, políticas ou econômicas, mas porque se caracterizam como exigência de justiça ou equidade.

Para encontrar lugar para a categoria jurídica de políticas públicas dentro do plano normativo, Maria Paula Dallari Bucci recorre, na obra citada, a classificação da natureza jurídica das normas proposta por Eros Roberto Grau, em seu livro *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, de 1978⁴⁴. Nele se propõe uma tipologia normativa que contempla três categorias: *normas de conduta, normas de organização e normas-objetivo*. As duas primeiras classificações são feitas de acordo com os estudos de Herbert Hart e a última de acordo com Chebanov, autor soviético.

⁴¹ Ibid, p. 14.

⁴² Ver: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Martins Fontes.

⁴³ Op. cit., p. 25.

⁴⁴ Ver: GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

As normas de conduta, de caráter primário, são aquelas que estabelecem um padrão de comportamento a ser seguido, impondo obrigações. Podem ser imperativas, proibitivas ou permissivas. Já as normas de organização, secundárias, são normas que objetivam dar estrutura e coesão às primeiras e podem ser de reconhecimento, de alteração e de julgamento. Assim as normas de organização possibilitam o reconhecimento normativo das normas de conduta, assim como permitem que estas sofram alterações de acordo com as novas estruturas dinâmicas sociais e regulam a aplicação das leis nos casos concretos.

As normas-objetivo, por sua vez, estabelecem direitos e deveres de vários órgãos, organizações e funcionários, prevendo resultados determinados desejados, expresso sob forma material ou monetária, os quais devem ser atingidos com a administração de recursos e bens do Estado.

De acordo com COMPARATO⁴⁵, política pública não é norma nem ato, mas os conjuga como uma atividade, categoria jurídica distinta com regime jurídico próprio. De tal forma que uma lei editada ou um ato praticado no âmbito de uma política pública poderia ser inconstitucional sem que essa o fosse e o inverso também, isto é, uma política pública poderia ser inconstitucional, em virtude da finalidade almejada, sem que nenhum de seus atos componentes o fossem.

BUCCI⁴⁶ percebe que tal caminho interpretativo de política pública é tormentoso e prefere entender que a atividade decompõe-se em fatos e atos jurídicos e o controle de constitucionalidade incide sobre tais atos e fatos, conforme seus regimes jurídicos. Não há que se falar em um conceito autônomo e novo de atividade, com novo regime, mas apenas ter nesse conceito uma perspectiva de conjugação dos atos tendentes à realização da política pública.

Nesse sentido, a Professora Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 31) afirma:

Nesse debate, delinea-se como linha de trabalho mais fecunda a da admissão das políticas públicas como programas de ação destinados a realizar,

⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998.

⁴⁶ Op. cit.

*sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.*⁴⁷

As políticas públicas se expressam por diversos instrumentos e têm distintos suportes legais. Elas podem se exteriorizar em normas infralegais (decretos e portarias), leis ou disposições constitucionais e até mesmo em instrumentos jurídicos de distinta natureza, como os contratos de concessão de serviço público, que, por exemplo, conformam a política pública de transporte municipal.

Nesse sentido, explica BUCCI (2006, p. 22):

*Como já afirmei em outra passagem, a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Essa característica dificulta muito o trabalho sistemático do cientista do direito nesse campo, uma vez que o seu objeto é multiforme e com grandes áreas de interseção com outros domínios científicos.*⁴⁸

2.2.3 – Os elementos e fases das políticas públicas

Para Felipe de Melo Fonte, as políticas públicas têm natureza procedimental e cíclica e podem ser definidas como “o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública” (FONTE, 2015, p. 334)⁴⁹.

Para o autor, as políticas públicas não estão essencialmente ligadas ao constitucionalismo ou aos direitos fundamentais, mas se referem a necessidade de atuação estatal sobre a ordem social e econômica. As políticas públicas não se confundem com os planos públicos, que, na verdade, lhe compõem em conjunto com outros fatores.

FONTE⁵⁰ sistematiza o estudo das políticas públicas destrinchando seus elementos e as fases que compõe seu ciclo de execução. As políticas públicas são compostas por três

⁴⁷ Op. cit., p. 31.

⁴⁸ Op. cit, p. 22.

⁴⁹ Op. cit. p. 334.

⁵⁰ Op. cit.

elementos, a saber: (i) *orçamento público*; (ii) *planejamento público* e (iii) *discricionariedade administrativa*; e se executam em quatro fases: (i) *fixação da agenda pública*; (ii) *a formulação e escolha de políticas públicas*; (iii) *implementação pelo órgão competente*; (iv) *avaliação pelos mecanismos previstos no ordenamento jurídico*.

Quanto a seus elementos, cabe uma breve digressão sobre cada um. O orçamento público é condição de viabilização da política pública. Sem dinheiro em caixa, a Administração Pública não pode atuar e pôr em prática os projetos tendentes à realização dos objetivos sociais. Alguns fins constitucionais são altamente onerosos, tais como a erradicação da pobreza, universalização da saúde e da educação.

O (i) orçamento público é o meio pelo qual o Estado organiza suas finanças, lançando suas estimativas de receitas e despesas, verifica as receitas reais e ajusta as previsões à realidade conforme necessário.

De acordo com FONTE, 2015, p. 79:

De todo modo, resta claro que a transformação do Estado-gendarme em Estado-providência retirou os orçamentos públicos de um papel apenas marginal (de contação política) e os colocou – ou deveria tê-los colocado – no centro do debate político, pois é na feitura do orçamento onde são feitas as grandes escolhas a respeito da atuação deste novo Estado, agigantado pelas inúmeras tarefas que lhe foram legadas pelas constituições contemporâneas. A importância do orçamento público, portanto, decorre de sua importantíssima vocação para cristalizar escolhas alocativas, efetuadas democraticamente, sobre recursos escassos. O momento de feitura da peça orçamentária é, por excelência, a ocasião em que as forças sociais se encontram para decidir quanto de recursos será retirado da sociedade em favor do Estado, e como serão revertidos na atuação deste.⁵¹

O (ii) planejamento público geralmente é tido como sinônimo de política pública, porém seria mais adequado entendê-lo como parte do fenômeno, já que sem o orçamento público não podem ser executados e sempre se submetem a certo nível de discricionariedade dos agentes políticos.

O plano é um projeto de ação futura racionalizada, através do qual se definem as metas a serem alcançadas e os meios de alcançá-las de forma coordenada. O planejamento atende a duas funções primordiais, a transparência e a racionalização. Ele torna claro quais são as

⁵¹ Op. cit., p. 79.

prioridades políticas dos titulares dos cargos eletivos e as matérias que sequer serão objeto da ação pública e evita a desordem e imprevisibilidade.

A (iii) discricionabilidade administrativa consiste no espaço que possui a Administração para decidir conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, em atenção ao interesse público. Há quem afirme que existe porque é impossível que o legislador preveja todas as situações fáticas existentes, cabendo ao intérprete preencher certos *vazios*. Outros afirmam que, na verdade, os espaços discricionários são propositais, em atenção à divisão de poderes, que tem viés de especialização funcional, sendo o Administrador mais competente para certas decisões.

Quanto às fases das políticas públicas, cabe explicar o que se segue. A definição da agenda pública consiste na constatação de um problema ou questão que demanda mobilização estatal e sua inclusão no rol de atuação do Poder Público. Essa constatação deve ocorrer de ofício, mas a sociedade civil também pode participar através de associações privadas, redes de comunicação de massa etc.

A (i) agenda pode ser elitista ou pluralista a depender da amplitude do grupo que têm influência sobre ela. Pode-se dividir em *agenda sistêmica* e *agenda institucional*. A primeira se refere à percepção dos problemas da comunidade política tanto pela sociedade como pelos detentores dos cargos eletivos e a segunda se refere à agenda oficial dos agentes políticos. O momento de acerto entre as agendas é as eleições. Além disso, existe o que se pode denominar como *agenda constitucional*, que diz respeito às ações governamentais que a CRFB reclama para sua efetivação.

A (ii) formulação e a escolha de políticas públicas se referem à determinação dos objetivos a serem atingidos para a resolução das questões contidas na agenda, de acordo com o princípio da legalidade. A formulação corresponde à etapa em que os atores sociais e políticos elaboram diversas soluções para os problemas que o Estado se propôs a trabalhar. Esta etapa pode ser aberta à ampla participação popular (consulta pública, audiência etc) ou não. Essa ação é, em regra, discricionária. A escolha é a segunda etapa dentro desta fase e corresponde à seleção de uma ou algumas das fórmulas ou instrumentos sugeridos.

Idealmente, a tomada de decisões deveria ser puramente racional, levando em conta o levantamento das estratégias possíveis, as consequências previstas e o custo-benefício de cada uma. Porém, na prática, tais previsões nem sempre são possíveis ou desejadas pelos agentes políticos. As decisões acabam sendo tomadas através de acordos entre as forças sociais e políticas envolvidas, na base da tentativa e do erro.

A terceira fase da execução da política pública se refere à sua efetiva (iii) implementação. Caracteriza-se pela edição de atos administrativos para a alocação de recursos materiais e humanos (servidores e contratados) em dadas atividades, realização de licitações, publicação de editais, empenho e liquidação de despesas etc. A execução fiel dos planos traçados é em essência um problema político. Porém podem ser convertidos em problemas jurídicos e, portanto, de sindicabilidade judicial, por terem a forma de atos normativos, sendo certo que a inobservância da lei pode implicar a responsabilidade administrativa.

A implementação das políticas públicas pode ser inviabilizada ou dificultada por vários fatores limitativos: circunstâncias sociais, econômicas, políticas e tecnológicas desfavoráveis, desorganização e morosidade da máquina administrativa, disponibilidade de receita abaixo do previsto etc.

Por fim, a última fase das políticas públicas consiste em sua (iv) avaliação. Existem diversos mecanismos avaliativos, porém muitas vezes não é possível antecipar os resultados de políticas públicas implementadas, sendo necessário longo período de tempo e estudo. Não é razoável tachar as políticas em fracassos ou sucessos, já que são inúmeras variáveis a serem consideradas. Podem ser elencados quatro mecanismos de avaliação, a saber: político-eleitoral, administrativo-interno, legislativo e judicial.

O primeiro se refere ao controle realizado pelo voto nas democracias modernas. O segundo se refere ao arranjo institucional de órgãos de controle e avaliação, com fulcro no art. 70, parte final⁵², e 74 da CRFB⁵³ (ex.: Controladoria-Geral da União). O terceiro se refere ao

⁵² CRFB, art. 70: *A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

⁵³ CRFB, art. 74: *Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:*

controle externo exercido pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas (ex.: art. 49, V e X⁵⁴, arts. 70 e 71 da CRFB⁵⁵). O quarto se refere ao Poder Judiciário e seu poder-dever de reconhecer a inconstitucionalidade de atos da Administração Pública ou sua ilegalidade.

A priori, fora dos casos de inconstitucionalidade ou ilegalidade, não caberia ao Judiciário revisar os atos administrativos, que estariam inseridos dentro da discricionariedade administrativa ou legislativa. Contudo, esta limitação não é tão simples na realidade, o que é objeto do presente estudo.

Constantemente os magistrados proferem decisões que repercutem nas políticas públicas existem ou determinam que sejam implantadas. Deve ser estudado os contornos e limites da incursão do Judiciário nesta seara, o que se fará mais adiante no texto.

2.2.4 – Políticas públicas na Constituição

A Constituição Brasileira impôs ao Estado o dever de planejar sua atuação em diversas passagens. Existem inúmeras referências ao termo *política*, que não foi utilizado sistematicamente pelo constituinte, não se podendo extrair, *a priori*, um caráter técnico jurídico de seu uso. É possível estabelecer, entretanto, uma divisão entre as *políticas*, em sentido genérico como aparecem na Constituição e demais textos normativos, e as *políticas públicas*, como propriamente programas de ação governamental.

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

⁵⁴ CRFB, art. 49: *É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

(...)

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

⁵⁵CRFB, art. 70: *A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...).

Destaca-se na Constituição a previsão de políticas públicas no tocante ao Título VI (*Da Tributação e Orçamento*). O plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária são, por excelência, expressões de políticas públicas (art. 165, CRFB⁵⁶). O constituinte ao tratar do PPA e da LDO refere-se a objetivos, metas e prioridades da Administração Pública, noções próprias das políticas públicas.

Os Títulos seguintes da CRFB, *Da Ordem Econômica e Financeira* (VII) e *Da Ordem Social* (VIII), também fazem referências às políticas públicas, embora de forma menos sistemática. Fala-se em política urbana, política agrícola, fundiária e política de saúde, para a qual o trabalho irá se voltar.

O Título VII é estruturado em princípios gerais da atividade econômica (Capítulo I), política urbana (Capítulo II), política agrícola e fundiária e da reforma agrária (Capítulo III), e, por fim, sistema financeiro nacional (Capítulo IV).

Dentro deste Título, vale destacar a norma prevista no art. 182 da CRFB⁵⁷, que define competir ao Município a política de desenvolvimento urbano e estabelece como metas o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia de bem estar de seus habitantes. Além disso, a Constituição também traz instrumentos para que os Municípios executem a política urbana, quais sejam: o plano diretor, as desapropriações e as sanções do parágrafo 4º.

Já o Título VIII é ordenado em razão da matéria, enunciando as disposições gerais das áreas e direitos em que se funda a ordem social brasileira (seguridade social – saúde, previdência e assistência social; educação; cultura; desporto; ciência, tecnologia e inovação; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente e idoso; índios).

As previsões constitucionais relativas ao direito à saúde serão melhor estudadas na parte final do trabalho, que se voltará a uma análise mais detida e específica deste tema.

⁵⁶ CRFB, art. 165: *Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

⁵⁷ CRFB, art. 182: *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...)*

2.3 – O controle judicial de políticas públicas

Como já visto, é patente a possibilidade de submeter uma política pública a controle judicial ante a cláusula ampla de acesso ao judiciário ou princípio de acesso à justiça insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição, *in verbis*: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

O elemento fundamental em que se funda o preceito constitucional aludido é a proteção a direito. Assim, o Judiciário pode se imiscuir no âmbito das políticas públicas na medida em que estas representam ou expressam direitos. Assim, não estão incluídos os juízos de qualidade e adequação das estratégias e opções políticas em si.

Existem muitas formas de acionar o Judiciário, mas por terem as políticas públicas caráter geral e coletivo *lato sensu*, a doutrina considera que as ações coletivas são o mecanismo ideal, por excelência, para tratar os litígios envolvendo os direitos expressos em políticas públicas.

No campo das ações coletivas tem grande destaque a ação civil pública, prevista na Lei n. 7.347/85. De acordo com o art. 5º da Lei⁵⁸, tem legitimidade para propor a ação o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, e, por fim, a associação que atenda os requisitos da lei. O Ministério Público é titular, por excelência, da ação civil pública.

Esta ação pode ser empregada para tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Nesse sentido, é de grande relevância a previsão do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor⁵⁹, que especifica o conceito dos interesses difusos,

⁵⁸ Lei 7.347/85, art. 5º: *Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:*

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente: (...).

⁵⁹ CDC, art. 81: *A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

coletivos e individuais homogêneos. Esses marcos legais representam uma superação da cultura individualista e patrimonial do direito.

No entanto, as ações que versam sobre políticas públicas são ajuizadas também de forma individualizada e por distintos instrumentos, dentre os quais cabe destacar: a ação de obrigação de fazer, obrigação de dar, cumprimento de sentença proferida em ação coletiva etc.

As demandas judiciais relativas ao direito à saúde, em especial ao fornecimento de insumos e medicamentos, costumam se materializar pela via da ação de obrigação de fazer.

A judicialização das políticas públicas têm como consequência a pulverização dos pleitos por direitos. Como os magistrados não obedecem à lógica da disponibilidade de recursos, como o Poder Executivo, as repercussões das decisões judiciais são imprevisíveis.

Além disso, é alvo de crítica a suposta usurpação por parte dos órgãos judiciais de competências próprias do Executivo, em especial a competência privativa do Presidente da República para propor leis que versem sobre a organização administrativa e de serviços públicos (art. 62, parágrafo 1º, b, CRFB⁶⁰) e a de remeter plano de governo para aprovação do Congresso Nacional (art. 84, XI, CRFB⁶¹), que são competências dos Chefes do Executivo nas demais esferas por força do princípio da simetria. As críticas serão melhor aprofundadas adiante no texto.

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁶⁰ CRFB, art. 61: § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

⁶¹CRFB, art. 84: *Compete privativamente ao Presidente da República:*

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias

Vale o destaque de dois precedentes judiciais relevantes no âmbito das políticas públicas: A ADPF n. 45/DF de 2004⁶² e o AgRg no RE n. 410.715-5/SP de 2006⁶³.

A ADPF n. 45/DF foi ajuizada pelo PSDB contra ato do então Presidente da República, que havia vetado o art. 59, par. 2º (atual par. 3º), da Lei n. 10.707/2003⁶⁴. Esta Lei tratava das diretrizes para a confecção do orçamento da União Federal para o ano seguinte. Conforme consta do processo, as verbas dirigidas ao Ministério da Saúde eram divididas em quatro rubricas: ações e serviços de saúde; encargos previdenciários; serviços da dívida; e gastos do Ministério da Saúde subsidiados pelo Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP.

O art. 59, par. 2º, da Lei n. 10.707/2003 previa que somente a rubrica relativa às ações e serviços de saúde seriam consideradas para cumprimento do mínimo constitucional reservado à saúde, conforme vinculação orçamentária prevista pela EC n. 29/2000, que deu nova redação ao art. 77 do ADCT⁶⁵.

O veto presidencial tinha por fim fazer com que as verbas destinadas às demais rubricas também fossem contabilizadas no cômputo do mínimo constitucional orçamentário da saúde

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. **ADPF n° 45/DF**, de 2004.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. **AgRg no RE n° 410.715-5/SP** (RE n° 436.996/SP).

⁶⁴ Lei n° 10.707/2003, art. 59, §3º: *Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza.*

⁶⁵ ADCT, art. 77: *Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:*

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

pública a fim de facilitar o alcance do equilíbrio orçamentário. O PSDB, arguente, alegou que tal veto afrontava os artigos 6º e 196 da CRFB⁶⁶, que consagram o direito à saúde. Antes do julgamento da ação, houve a perda do objeto, já que o Presidente da República propôs Projeto de lei ao Congresso Nacional a fim de restaurar o dispositivo, que foi aprovado.

Não obstante, a perda de objeto da ação não impossibilitou o Ministro Celso de Mello de proferir detalhada decisão monocrática, com evidente propósito elucidativo e doutrinário no que se refere ao controle judicial de políticas públicas. A decisão foi assim ementada:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.04.2004).⁶⁷

Primeiramente, o Min. Celso de Mello reconhece a adequação e a idoneidade da ação constitucional proposta para viabilizar a concretização de políticas públicas quando previstas no texto constitucional. Também pontua a sindicabilidade judicial onde houver omissão administrativa, para fins de salvaguarda dos direitos fundamentais de natureza econômica, social e cultural, que necessitam de prestações positivas do Estado. O emérito julgador rechaça o princípio da reserva do possível enquanto argumento genérico de defesa estatal em ações deste tipo, lhe reconhecendo importância quando houver comprovação específica de que não é possível a concretização do direito reclamado ante às finanças públicas e quando a tutela almejada pelo demandante for irrazoável.

⁶⁶ CRFB, art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 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.

⁶⁷ Op. cit.

Esta decisão constitui primeiro precedente histórico de enfrentamento da questão por parte do Supremo Tribunal Federal, ainda que não sob o crivo do colegiado.

Outro importante precedente, este relativo ao direito de educação infantil, é o RE 410.715-AgRg/SP⁶⁸, decidido pela 2ª Turma do Supremo, também de relatoria do Ministro Celso de Mello. O Município de Santo André/SP interpôs o recurso contra decisão monocrática que conheceu e deu provimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de impor à Municipalidade o dever de fornecer creche para menor.

O ilustre Relator Min. Celso de Mello trouxe vasta fundamentação doutrinária e rejeitou as razões esboçadas pelo agravante, reconhecendo um direito subjetivo à vaga em creche oponível aos municípios, em observância aos artigos 208, IV e 212, par. 2º, da Constituição. No voto, o Ministro aprofundou suas considerações feitas na ADPF n. 45/DF, inclusive sugerindo critérios para a judicialização de políticas públicas que são resumidos por FONTE (2015, p. 41) assim:

*(i) a política pública deve ser constitucionalizada e relacionada a direitos fundamentais para que seja possível o controle, pois neste âmbito não há espaço para o exercício de discricionariedade pelo administrador; (ii) deve haver omissão estatal ou prestação deficiente; e (iii) argumentos orçamentários não servem de justificativa para a omissão, salvo se houver comprovação objetiva de que os recursos existente e/ou mobilizáveis foram efetivamente utilizados para a finalidade.*⁶⁹

Vale destacar trecho da decisão:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, “caput”) - qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV).

⁶⁸ Op. cit.

⁶⁹ Op. cit., p. 41.

(...) o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello), o Supremo Tribunal Federal:

(...) É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello (Informativo/STF n.º 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, como adverte a doutrina (Maria Paula Dallari Bucci, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie para em exame.⁷⁰

A técnica adotada pelo Min. Celso de Mello teria similitude com aquela utilizada no controle judicial dos atos administrativos, em que se admite a judicialização relativa a vícios alegados, como desvio de finalidade, por exemplo, e não ao mérito administrativo.

⁷⁰ Op. cit.

3. CRÍTICAS, LIMITES E PARÂMETROS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1. – As críticas ao controle judicial de políticas públicas

Maria Paula Dallari Bucci expressa preocupações com relação aos efeitos do controle judicial de políticas públicas (BUCCI, 2006, p. 36):

O efeito indesejado que pode decorrer desse fato é o deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, dos Poderes Executivo e Legislativo, onde se elabora o planejamento e se define, como consequência, o orçamento público, segundo uma ótica global, para o contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos (ou talvez de uma comunidade, mas nunca ou quase nunca com a mesma abrangência das leis orçamentárias, de âmbito municipal, estadual ou federal).⁷¹

Luís Roberto Barroso identifica em sua obra *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro* (BARROSO, 2012, p. 255)⁷² três objeções à expansão da atuação do Poder Judiciário, que categoriza como: (i) crítica político-ideológica; (ii) crítica quanto à capacidade institucional; e (iii) crítica quanto à limitação do debate.

Primeiramente, os juízes e órgãos judiciais não são titulares de cargos eletivos, não são representantes da vontade popular. Não obstante, ao julgar dada norma como inconstitucional ou impor um dever de atuação ao Poder Público, o Judiciário desempenha papel político, exercendo uma fração do poder político. À possibilidade de o Judiciário se sobrepor às decisões dos políticos eleitos dá-se o nome de *dificuldade contramajoritária*.

Em segundo lugar, tem-se a crítica quanto à capacidade institucional. Com o fito de impedir que o Judiciário tenha indesejável hegemonia sobre os outros dois Poderes, a doutrina constitucional explorou duas ideias pensadas para limitar a ingerência judicial: a de *capacidade institucional* e a de *efeitos sistêmicos*.

⁷¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI. (Org.). *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 36.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 255.

A primeira se refere ao reconhecimento de qual poder é mais competente para produzir a melhor decisão em dada matéria. A segunda ideia se refere ao risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e desagradáveis, que recomendam cautela e deferência do Judiciário com relação às decisões administrativas e legislativas. O juiz é incapaz de realizar a macrojustiça e avaliar o efeito de suas decisões sobre a prestação de um serviço público ou sobre um determinado segmento da economia.

Em terceiro lugar, BARROSO enuncia a crítica quanto à limitação do debate, já que o debate jurídico na esfera judicial requer domínio de conhecimento técnico e treinamento, não sendo acessível às pessoas em geral. Assim, ocorre a elitização do debate e a exclusão daqueles que não dominam a linguagem e os meandros jurídicos. Os institutos da audiência pública, legitimação de sociedade civil para a propositura de ação direta e outros podem minimizar o problema, mas não o eliminam. Além disso, a judicialização pode trazer um excesso de politização dos órgãos judiciais, cedendo lugar a paixões políticas em um ambiente que deveria ser apartidário e guiado pela razão.

No tocante especificamente ao direito à saúde, cabe transcrever algumas críticas de BARROSO (2009, p. 43-44) apresentadas no seu célebre artigo sobre o tema:

Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional.⁴³ Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

Em 2007, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que essa política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde. Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.

Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas

*de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.*⁷³,

No mesmo sentido, para Neil K. Komesar (1994, p. 123-152)⁷⁴, conforme explicitado por FONTE (2015, p. 191)⁷⁵, o Poder Judiciário possui três aspectos estruturais que lhe são característicos e distintivos em relação aos demais poderes:

- (i) **seu acesso é mais formal e difícil**, pois compreende inúmero requisitos compreendidos na legislação. Tais como presença de advogado ou defensor público, salvo raras exceções, pagamento de custas ou requerimento de gratuidade, apresentação de petição inicial e instrução do processo, etc.;
- (ii) **é mais dispendioso e complexo** implementá-lo, uma vez que requer uma ampla estrutura, com juízes, procuradores, defensores, serventuários, espaços físicos, recursos materiais;
- (iii) **os magistrados não têm a responsabilidade político-eleitoral** dos políticos, são mais independentes em relação à opinião pública, não se atendo às exigências da comunidade.

Com relação ao primeiro aspecto, cabe destacar, ainda, que as demandas judiciais, em geral, são morosas, podendo se desdobrar por longos períodos em mais de uma instância em discussões a respeito dos pressupostos processuais (ex. competência do juízo, capacidade das partes) ou condições da ação (ex. legitimidade).

Ademais, aqueles que podem arcar com os custos de um processo acabam por ter vantagem sobre aqueles que não têm a mesma condição. Assim como os mais instruídos

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Jurisp. Mineira. Belo Horizonte, a. 60, nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009, p. 43-44.

⁷⁴ Ver: KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy**, 1994, apud FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷⁵ Op. cit., p. 191.

costumam estar mais aptos a identificar seus direitos e quando os mesmos são lesionados. Por estas razões, o acesso ao Judiciário seria mais restrito e implicaria violação ao princípio da isonomia.

No segundo ponto, percebe-se que a judicialização de políticas públicas acaba tendo impacto prejudicial na organização financeira do Estado. A uma porque a administração da justiça é onerosa em si (por sua estrutura), e a duas porque as diversas decisões judiciais fixando prestações a serem cumpridas pelo Poder Público geram, obviamente, gastos não previstos no orçamento, desviando para demandas individuais recursos que poderiam ser revertidos em prol dos cidadãos de forma uniforme.

O terceiro aspecto se refere à independência dos magistrados e acaba por ser aventado tanto como crítica como vantagem da atuação judicial. Os magistrados são concursados e não se submetem ao clamor popular. Diferentemente é a situação dos políticos, que para manter-se em seus cargos devem necessariamente reagir às mudanças de preferência do eleitorado.

No viés crítico, tem-se que a independência e isolamento do Poder Judiciário se refletem no fato de o juiz não buscar maiores informações ao lidar com políticas públicas, estando restrito aos argumentos trazidos pelos litigantes; assim como no fato de não mensurar os impactos de suas decisões no planejamento público. Daí decorre a afirmação de que os juízes concretizam uma *microjustiça*, ao passo que os administradores públicos são capazes de concretizar uma *macrojustiça*, isto é, planejar ações em uma perspectiva mais ampla de acordo com múltiplos fatores e em prol de toda a sociedade.

Nesse sentido, explica FONTE (2015, p. 193), antes de refutar tal posicionamento:

*Como se infere do exposto, a ampla judicialização de políticas públicas não é positiva do ponto de vista sistêmico, pois drena dinheiro que já é escasso de atividades-fim do Estado para uma atividade-meio. A administração judicial de políticas públicas provoca o inchamento do Poder Judiciário, causando desvios de verba pública que poderiam ser canalizadas para a melhoria do bem-estar dos cidadãos, se os conflitos fossem dirimidos politicamente. Além disso, as decisões judiciais tendem a resolver os problemas individuais, deixando de contemplar o fato de que as necessidades coletivas demandam soluções uniformes e gerais.*⁷⁶

⁷⁶ Op. cit., p. 193.

Por outro lado, FONTE explicita algumas vantagens específicas do Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas. Em primeiro lugar, o Judiciário tem a habilidade de *amplificar as capacidades individuais na arena pública*. Este Poder pode ser mais sensível às demandas de grupos minoritários. O Judiciário pode contemplar direitos fundamentais de minorias que porventura estejam sendo violados no seio social em que estão inseridas. Não faria sentido atribuir tal tarefa aos administradores que devem sua investidura à vontade da maioria que deve ser controlada.

Com relação à *blindagem institucional* do Poder Judiciário, tal característica pode ser vantajosa por permitir que os magistrados atuem em desconformidade ao clamor popular, de forma mais racional.

Chega-se ao terceiro aspecto positivo: O Poder Judiciário é uma *instância racional de debates*, em que os juízes têm o dever de fundamentar suas decisões reconduzindo-as ao sistema jurídico, havendo possibilidade de recurso e de controle das decisões por outros órgãos judiciais. Na Administração dificilmente os verdadeiros motivos por detrás de um ato administrativo serão revelados com clareza e detalhamento.

3.2 – O princípio da reserva do possível e o mínimo existencial

A reserva do possível é um princípio ou uma teoria segundo a qual não há recursos suficientes (escassez de recursos) para atender todas as necessidades da comunidade existentes, cabendo às instâncias políticas, em cada período histórico, decidirem quais são as prioridades a serem observadas, e que áreas não serão contempladas de imediato. Isso é feito mediante a elaboração de políticas públicas (que correspondem ao ciclo: definição da agenda, formulação e escolha de políticas públicas, implementação e avaliação).

O princípio da reserva do possível consiste no reconhecimento do custo dos direitos prestacionais – embora, como já abordado, todos os direitos exijam prestações – e condicionamento das prestações positivas à existência de recursos públicos do ente estatal.

Nesse viés, asseveram SARLET e FIGUEIREDO, 2008:

Com efeito, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo.⁷⁷

O princípio em questão é oriundo da jurisprudência alemã, em especial das discussões levadas a cabo pelo Tribunal Constitucional daquele país a respeito da efetivação dos direitos sociais, impondo-se que as prestações demandadas em face do Estado sejam analisadas com razoabilidade. No julgamento (conhecido como *numerus clausus*) em que o Tribunal desenvolveu o princípio da reserva do possível, se discutia a constitucionalidade das limitações ao direito à livre escolha da profissão, em razão do restrito número de vagas no curso de Medicina nas universidades públicas alemãs. As vagas ofertadas ficavam aquém da demanda estudantil, fazendo com que muitos estudantes fossem privados de seguir essa carreira. Na ocasião, o Tribunal Constitucional Alemão consignou que as pretensões individuais estão submetidas à reserva do possível, no sentido daquilo que é razoável ao particular exigir da sociedade.⁷⁸

A teoria foi introduzida no Brasil e traduz importante argumento contra a sindicalização dos direitos fundamentais prestacionais, considerando que a satisfação dos direitos sociais depende da disponibilidade de meios financeiros.

Nas ações na Justiça Brasileira em que são demandados, os entes públicos geralmente recorrem ao princípio, ainda que genericamente.

Segundo comumente afirmado pela doutrina, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe em seu bojo um conjunto abrangente e heterogêneo de direitos fundamentais, correspondente a aspirações sociais cuja satisfação depende da macroeconomia, organização dos ramos de produção e demais fatores estranhos ao direito propriamente dito.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008.

⁷⁸ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Conforme afirma BUCCI, 2006, p. 04: “Para os países em desenvolvimento, o rol de direito inspirado nas Declarações Internacionais e nos textos constitucionais dos países avançados constitui ideal irrealizável, em vista dos meios disponíveis”.⁷⁹ Nesse sentido, já se afirmou que *a Constituição não cabe no PIB*.

Embora a Constituição tenha instituído o dever de pagar tributos, prevendo a competência para o estabelecimento e cobrança de diversas espécies tributárias, não há previsão de equiparação necessária entre tributação e direitos fundamentais. De tal forma que a satisfação imediata e integral dos direitos sociais não seria viável. Nesse sentido, a reserva do possível funciona como limite jurídico e fático da efetivação dos direitos fundamentais.

A esse respeito, SARLET e FIGUEIREDO (2008) explicam:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

(...)

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.⁸⁰

O que os demandantes sustentam é a inoponibilidade da reserva do possível em face do *mínimo existencial*, o que é normalmente acolhido pelo Judiciário, em especial nas demandas que versam sobre o direito à saúde. O mínimo existencial é uma noção também desenvolvida na Alemanha, tendo ocupado posição de relevo nas discussões do processo constituinte pós-

⁷⁹ Op. cit., p. 04.

⁸⁰ Op. cit.

segunda guerra, que culminou na elaboração da Lei Fundamental da Alemanha de 1949. O desenvolvimento do conceito seguiu após a promulgação da Constituição alemã.

A doutrina jurídica passou a sustentar que o princípio fundamental da dignidade humana, enquanto axioma básico do Estado Democrático de Direito, reclama a salvaguarda de um mínimo existencial, que possibilite uma vida condigna. Logo, os direitos fundamentais não podem ser tidos como meros direitos de defesa, mas também direitos prestacionais. O direito à vida não é o mero direito a não ser morto pelo Estado, mas também de ter prestações mínimas, como acesso à assistência em saúde, moradia, alimentação etc, que garantam a sobrevivência digna e o desenvolvimento pleno da personalidade.

Entende-se que a dignidade não é objeto passível de ser quantificado, devendo o mínimo existencial ser valorado de acordo com as circunstâncias socioeconômicas, políticas, espaciais e temporais de cada sociedade. Ingo Sarlet⁸¹ aponta a existência de duas dimensões do mínimo existencial, uma referente ao mínimo fisiológico, relativo à satisfação das necessidades humanas básicas de sobrevivência (alimentação, abrigo etc) e outra relativa ao mínimo sociocultural (educação, cultura), que visa garantir ao indivíduo o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem estar social e sua inserção na sociedade de forma igualitária. Logo não se trata de mera sobrevivência, mas sobrevivência com o mínimo de qualidade de vida.

As prestações que de fato compõem o mínimo existencial são objeto de intenso debate. “O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial” (SCAFF, 2005, p. 86)⁸².

Nesse viés, lecionam SARLET e FIGUEIREDO (2008):

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta

⁸¹ Op. cit.

⁸² SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Verba Juris ano 4, n. 4, jan./dez. 2005.

perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.(29)

(...) o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material.(34) (...)

De todo o exposto e a despeito de uma série de outros aspectos que ainda poderiam ser colacionados, há como extrair, ainda, outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subseqüentes, qual seja, a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial.(51)⁸³

A jurisprudência brasileira vem entendendo pela prioridade orçamentária dos direitos fundamentais, em observância ao mínimo existencial, e impossibilidade de invocação do princípio da reserva do possível de forma genérica, como argumento apto a obstar *per si* a intervenção judicial. De forma que o princípio da reserva do possível deve ser visto com ressalvas, cabendo ao Poder Público o ônus de demonstrar a real indisponibilidade de recursos necessários para a prestação de um direito, tal como o eficiente e racional emprego dos recursos existentes.

Sobre isso, afirma o preclaro Min. Celso de Mello em trecho de seu voto no RE 410.715-AgRg/SP:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômica-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF n.º 345/2004).⁸⁴

⁸³ Op. cit.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. **AgRg no RE nº 410.715-5/SP (RE nº 436.996/SP)** Disponível em: < <https://goo.gl/YrEhq7>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

3.3 – O mérito administrativo

A judicialização das políticas públicas pode fazer com que, em certa medida, o Judiciário interfira no mérito administrativo e imponha deveres de alocação de recursos ao Estado, que deveriam ser empregados de forma racionalizada e planejada pelo Administrador Público, como será melhor estudado a seguir.

O ato administrativo é composto de cinco elementos, a saber: sujeito/competência, objeto, forma, motivo e finalidade. A competência e a finalidade são, em geral, sempre elementos vinculados à lei. Quanto à finalidade, existe divergência, uma vez que a lei pode se remeter a ela de forma vaga, com conceitos jurídicos indeterminados (ordem pública, segurança, bem estar). Por esta razão, há quem diga haver discricionariedade para definir o que será determinado fim no caso concreto.

Diz-se que o poder do Administrador é vinculado quando o regramento jurídico prevê a conduta a ser praticada, não havendo espaço de escolha. “Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.” (grifo da autora) (DI PIETRO, 2016, p. 255).⁸⁵

Em alguns casos, o ordenamento faculta ao Administrador a possibilidade de decidir entre duas ou mais opções de ação, ou mesmo a opção de atuar ou não, exercendo juízo de conveniência e oportunidade. Isto é, a lei lhe concede certa margem de liberdade para agir conforme sua *expertise* técnica e proximidade ao caso, que o torna capaz de considerar a questão em todos seus matizes. A isso se dá o nome de discricionariedade administrativa, ponto que já fora abordado no tópico 2.2.3 (Os elementos e fases das políticas públicas).

Normalmente há discricionariedade com relação ao momento da prática de um ato administrativo, pois dificilmente a lei irá estabelecê-lo com precisão. Ainda que haja previsão de prazo, o Administrador pode decidir dentro dele quando irá atuar. Há comumente discricionariedade no conteúdo/objeto e no motivo do ato também.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 255.

Desta feita, “se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito” (DI PIETRO, 2016, p. 259).⁸⁶

O mérito administrativo se refere ao juízo que exerce o Administrador Público acerca da conveniência, oportunidade, utilidade, equidade da realização de determinado ato ou não. O seu exame é reservado à competência do Administrador Público, sendo vedado ao Judiciário se imiscuir em sua análise.

Pois bem, chega-se ao ponto deste subcapítulo de maior relevância para o presente estudo. Busca-se saber se o mérito administrativo é realmente insindicável e, o sendo, se as decisões judiciais sobre políticas públicas violam esse ditame.

Sobre a questão delineada, explica com erudição Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Mais recentemente, após a Constituição de 1988 a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário. E, na realidade, houve considerável evolução no controle judicial sobre os atos administrativos, com grandes avanços sobre o exame do chamado mérito. O exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle judicial. (...)

Com o passar do tempo, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização dos princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.⁸⁷

A ilustre doutrinadora explica que a constitucionalização dos princípios fez que com que a legalidade adquirisse sentido ampliado, abarcando não somente os atos administrativos (legalidade em sentido restrito), mas também os princípios constitucionais. O alargamento do conceito de legalidade acarretou a diminuição da discricionariedade e, portanto, daquilo se entendia como mérito, expandindo as possibilidades de controle judicial.

⁸⁶ Ibid, p. 259.

⁸⁷ Ibid, p. 260.

Prosseguindo nessa linha, a mencionada professora elucida o seguinte:

*A grande diferença que se verifica com relação à evolução do mérito, sob o aspecto do seu controle judicial, é a seguinte: anteriormente, o Judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação judicial da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, a priori, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação dos poderes.*⁸⁸

Desta feita, quando se fala que os juízes podem controlar o mérito administrativo, na verdade, deve-se compreender que eles podem analisar se o agente público ao praticar ato discricionário não violou a legalidade, ultrapassando os limites da discricionariedade. Isto é, o Judiciário pode verificar se de fato se trata de mérito ou não. Logo, o controle seria sobre os limites legais da discricionariedade e não sobre o mérito em si. Pode-se entender que há controle de mérito somente no sentido antigo da expressão, que foi reduzido, como já explicado.

No âmbito das políticas públicas, muitos juristas entendem que a oferta das prestações sociais é ato vinculado, de forma que inexistente discricionariedade quanto à realização ou não da política. As prestações sociais previstas constitucionalmente vinculam os administradores, de forma que estes não podem optar não realizá-las. Contudo, há discricionariedade quanto à forma e o valor a ser destinado.

Vale transcrever trecho do trabalho de BARBOZA e KOZICK (2012, p. 78):

Verifica-se que o STJ admitiu a possibilidade de controle judicial de políticas públicas através do orçamento, inclusive direcionando verbas do próximo orçamento. O valor a ser destinado e a política específica a serem adotados, estes sim, ficam na discricionariedade do administrador. Mas não há discricionariedade em não realizar uma política pública exigida constitucionalmente. Esta é vinculante e por isso andou bem o STJ ao exigir destinação específica para atender objetivo da Carta Constitucional. (...)

⁸⁸ Ibid, p. 262.

Nesse mesmo sentido, o ministro Luiz Fux já se manifestou defendendo que a determinação judicial do dever de coleta de lixo, na medida em que causa prejuízo à saúde, não significa ingerência do Judiciário na esfera da administração, uma vez que “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente” já que “nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea” (STJ, REsp 575998, Rel.M inistro Luiz Fux, DJ de 16.11.2004)⁸⁹

Pode-se dizer também que existe certa discricionariedade quanto à extensão da política pública, como é o caso do direito à saúde, em que determinadas prestações são oferecidas e outras não são abarcadas pelo SUS. Mas esse ponto acaba suscitando controvérsias.

Veja-se, por exemplo: Quando um determinado medicamento foi incorporado pelo SUS, integrando a política de saúde, e não é dispensado ao cidadão que dele necessita, há clara violação ao direito fundamental à saúde e à legalidade, sendo a omissão estatal passível de controle judicial. Agora, quando um medicamento não está encartado nas listas de dispensação do SUS, mas o usuário do sistema de saúde recebe prescrição médica para usá-lo, a oferta de tal medicamento é dever do Estado? Cabe ao Judiciário analisar a questão? Ou ingressaria no mérito administrativo quanto à extensão da política pública tendente a atender o direito à saúde?

Existem duas formas de ver a questão. Uma primeira seria a de entender a extensão da política pública como aspecto discricionário. A dispensação de um medicamento ou não incumbe à Fazenda Pública, que no exercício de suas atribuições e por meio de seus órgãos técnicos, irá verificar a necessidade e a viabilidade da medida, sempre visando garantir ao maior número de cidadãos o acesso a maior gama possível de medicamentos, com base em critérios objetivos, impessoais e isonômicos e não em excepcionalidades. Assim, se dado medicamento não consta do rol do SUS é porque não é essencial e não integra o mínimo exigível do direito à saúde, não devendo o Judiciário concedê-lo. É o que defende Barroso em seu artigo sobre a judicialização excessiva da saúde.⁹⁰

⁸⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista DIREITO GV. São Paulo: FGV, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012. p. 78.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Jurisp. Mineira. Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

A segunda forma de conceber o problema é justamente entender se tratar de violação à legalidade. Se a dispensação daquele medicamento for tida como indispensável à devida satisfação do direito à saúde, sua oferta pode ser tida como obrigatória, não se tratando de questão relativa ao mérito administrativo. Para tanto, o Judiciário não se valeria da análise do Poder Público quanto à essencialidade ou não da prestação, mas faria seu próprio exame, preferencialmente com o apoio técnico necessário. Seria o que Di Pietro denominou como controle dos limites da discricionariedade. Ambos os entendimentos são válidos, cotejados com a doutrina e jurisprudência.

A problemática da judicialização do direito à saúde será mais detalhadamente abordada na parte final do presente estudo.

3.4 – Os limites e parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2016, p. 262 e ss.)⁹¹ explica que não há restrição ao escrutínio judicial quanto aos atos vinculados, pois cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, analisar se houve ou não violação à legalidade. Com relação aos atos discricionários, o controle é possível, como já esboçado, com o fim de verificar se os limites à discricionariedade foram extrapolados ou não. Não havendo nenhum vício, o Poder Judiciário não pode se imiscuir no juízo sobre o mérito administrativo e substituí-lo pelo seu próprio.

Importa destacar algumas teorias desenvolvidas para traçar limites ao poder discricionário do administrador. A primeira a se mencionar é a relativa ao desvio de poder. O desvio de poder é materializado quando o Administrador pratica ato para alcançar fim diverso daquele previsto pelo ordenamento. Isso faz com que o Judiciário possa declarar o ato nulo. Uma segunda teoria é a dos motivos determinantes, de acordo com a qual o ato praticado só será válido se os motivos declarados forem verdadeiros.

Há também uma tendência no direito pátrio a restringir a discricionariedade administrativa. Passou-se a considerar que noções imprecisas de conceitos jurídicos indeterminados previstos em lei não necessariamente induzem à discricionariedade. Havendo elementos objetivos extraídos da experiência que tornem possível a demarcação do conceito,

⁹¹ Op. cit., p. 262 e ss.

há vinculação da atuação estatal, de forma que a não observância ao conceito demarcado pela experiência autoriza o Judiciário a rever o ato. Somente se houver valoração subjetiva haverá discricionariedade. E, ainda, mesmo nos casos de discricionariedade, alguns autores admitem a revisão judicial baseada no princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, afirma DI PIETRO (2016, p. 264):

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.⁹²

Felipe de Melo Fonte⁹³ traça alguns critérios e parâmetros para o controle judicial de políticas públicas. Primeiramente, enuncia a ***preferência do processo político sobre a judicialização na implementação de políticas públicas***, já que o Administrador tem a visão macropolítica e pode tomar decisões que beneficiarão o maior número possível de pessoas.

Em segundo lugar, caso seja necessária intervenção, deve se dar ***preferência às vias de tutela coletiva***, a fim de prestigiar o princípio isonômico. “O controle de políticas públicas em demandas individuais padece de um déficit informacional que não pode ser suprido pela atuação do juiz, acabando por gerar impactos sistêmicos negativos” (FONTE, 2015, p. 343)⁹⁴. Em terceiro, o magistrado deve ***primar pelo formalismo interpretativo***, se vinculando aos conteúdos jurídicos já consolidados e se valendo preferencialmente de regras claras, critérios objetivos de aplicação do direito.

Em seguida, o autor propõe como principal parâmetro de atuação do Poder Judiciário a ***distinção entre políticas públicas essenciais (mínimo existencial) e não essenciais***. Com relação às primeiras, defende amplo escrutínio judicial, já que o mínimo existencial não pode ficar totalmente sujeito aos desígnios políticos, com fulcro nos princípios da prioridade orçamentária dos direitos fundamentais e de vedação ao retrocesso.

⁹² Op. cit., p. 264 e ss.

⁹³ Op. cit., p. 342 e ss.

⁹⁴ Op. cit., p. 343.

A delimitação do mínimo existencial só pode ser feita no caso concreto, porém existem parâmetros que podem ser apontados para sua identificação. Para isso, o jurista dividiu o mínimo existencial em (i) *mínimo existencial prima facie* e (ii) *mínimo existencial in concreto*. O primeiro é composto pelo (a) direito à vida (art. 5º, caput, CRFB⁹⁵), do qual se derivam os direitos às prestações de saúde e de alimento; (b) vedação ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CRFB⁹⁶), consistindo em garantia às condições básicas de higiene, abrigo e vestuário; (c) direito à educação básica (art. 5º, caput, e art. 208, §1º, CRFB⁹⁷); (d) acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB⁹⁸).

Já o mínimo existencial in concreto deve ser conhecido caso a caso pelo magistrado de acordo com dois nortes: “(a) o mínimo existencial deve corresponder a prestações passíveis de universalização; e (b) o mínimo existencial deve ter sua extensão delimitada pelo nível de tributação da sociedade, considerado o esquema de seguro hipotético⁹⁹ de Ronald Dworkin”¹⁰⁰.

Quanto às políticas públicas não essenciais, que o autor define como aquelas que se destinam a efetivar o espaço não nuclear dos direitos fundamentais, delas não se extraem direitos subjetivos em face da Fazenda Pública. No entanto, por estarem submetidas a uma série de normas constitucionais e infraconstitucionais, as políticas públicas não essenciais são suscetíveis de revisão de constitucionalidade ou legalidade pelo Judiciário. Tal análise judicial deve ser feita sob a perspectiva dos princípios da eficiência, isonomia e transparência. O controle judicial pode ser feito em caráter instrumental para zelar pela legalidade das políticas, mas não em caráter material satisfativo de demandas individualizadas.

⁹⁵ CRFB, art. 5º: *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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.*

⁹⁶ CRFB, art. 5º: *III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.*

⁹⁷ CRFB, art. 208: *O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.*

⁹⁸ CRFB, art. 5º, XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

⁹⁹ Op. cit., p. 160: *Neste esquema o Estado figura como segurador e a tributação equivale ao prêmio pago pelos particulares-segurados contra o risco do evento danoso ocorrer.*

¹⁰⁰ Op. cit., p. 344.

Especificamente no campo do direito à saúde, destacam-se os parâmetros para a atuação judicial elaborados por Luís Roberto Barroso no seu clássico artigo sobre o tema¹⁰¹. Ele apresenta esses parâmetros sob três prismas: (i) em relação às ações individuais, (ii) às ações coletivas e (iii) à legitimidade passiva.

Com relação às ações individuais, Barroso defende como parâmetro que *(i) os magistrados se atenham a determinar a dispensação de medicamentos encartados nas listas do SUS*. Assim, o Judiciário deve apresentar deferência às políticas levadas a cabo pelos outros Poderes, concretizando as opções já eleitas pelos entes federativos responsáveis, em atenção à universalidade e isonomia. O art. 196 da CRFB¹⁰² prevê expressamente que a garantia à saúde se dará através de políticas sociais e econômicas. Além disso, são os representantes do povo que detêm a legitimidade para definir como os recursos públicos serão gastos e quais prioridades serão observadas.

Nesse sentido, afirma BARROSO (2009, p. 47):

*Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliam, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliam também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.*¹⁰³

Já com relação às *(ii) ações coletivas, estabelece como parâmetro que são as vias adequadas para discutir possível alteração das listas de dispensação do SUS*. Isso porque ainda que se presuma que os Poderes Públicos fizeram um adequado estudo das necessidades sociais para elaborar as listas de medicamentos incorporados pelo SUS, tal presunção não é absoluta, de forma que eventuais abusos ou ilegalidades podem ser discutidos judicialmente.

Nesse sentido, se propõe que este tipo de análise ocorra só em ações coletivas (defesa de direitos coletivos *lato sensu*), já que possibilitam a discussão de forma mais global e não

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Jurisp. Mineira. Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

¹⁰² CRFB, art. 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.*

¹⁰³ Op. cit., p. 46.

individualizada, produzem *efeito erga omnes*. Assim, têm o condão de alterar a política pública em favor de toda a coletividade e não de um indivíduo isolado. Além disso, estas ações não têm como efeito a desorganização administrativa e o desperdício de recursos públicos, o que ocorre com a pulverização das demandas individuais, que requerem uma mobilização significativa de recursos materiais e humanos.

Além disso, prevê mais três parâmetros complementares: *a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil.; c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.*

Por fim, prevê como parâmetro final que *(iii) o legitimado passivo da demanda seja o ente responsável pela lista na qual consta o medicamento demandado*. O entendimento jurisprudencial de que os entes públicos têm responsabilidade solidária e, portanto, devem solidariamente cumprir uma obrigação de fornecer determinado medicamento, por exemplo, só desorganiza o complexo sistema de repartição de competências entre os entes, além de desperdiçar os recursos públicos, por mobilizar mais de um ente para uma única ação judicial.

Ainda sobre o tema, oportuno transcrever as seguintes lições de SARLET e FIGUEIREDO (2008):

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez. Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.(...)

Neste contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos)(76) seja aos particulares de um modo geral.(77) Além disso, nunca é demais recordar que a

proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência,(78) além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância(79) (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Op. cit.

4. SAÚDE PÚBLICA E DEMANDAS JUDICIAIS

Uma das maiores manifestações de controle judicial de políticas públicas se refere às demandas relativas à saúde. As ações individuais objetivando prestações específicas (medicamentos e tratamentos) pautadas no direito à saúde são crescentes e trazem os problemas e discussões já apontados no decorrer do texto (ex.: disparidade entre os administrados, desorganização financeira do Estado etc).

Por outro lado, evidentemente, não se pode ignorar que o acesso à justiça é um inestimável princípio e direito que beneficia inúmeros cidadãos. Além de que a massificação das ações tem como grande mérito pressionar a Fazenda Pública a adotar medidas que de outro modo não adotaria, como a criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS no município do Rio de Janeiro.

O direito fundamental à saúde é um desdobramento direito do direito à vida e está expressamente previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Brasileira, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 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.

Conforme explica Maria Paula Dallari Bucci, mais relevante que a definição do direito é a estruturação dos serviços de saúde desenhada na Carta Magna:

Mas mais importante que essa definição é a própria estruturação das prestações estatais em matéria de saúde, que a Constituição Federal ordenou, de forma inédita, no Sistema Único de Saúde. Resultante de um aprimoramento de modelos anteriores à Constituição de 1988, a partir da evolução das primeiras propostas técnicas, mas, mais importante, agregando a mobilização política e social do movimento pela democratização da saúde, o SUS é inscrito nos arts. 198 a 200 da Constituição, com vistas a alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico.

(...) O SUS não é um programa que visa resultados, mas uma nova conformação, de tipo estrutural, para o sistema de saúde, cujo objetivo é a coordenação da atuação governamental nos diversos níveis federativos no Brasil (“rede regionalizada e hierarquizada”, cf. art. 198 da CF), para a realização de

*três diretrizes: descentralização, atendimento integral prioritariamente preventivo e participação da comunidade.*¹⁰⁵

Importante ressaltar também a edição da Emenda Constitucional nº 29/2000, com o objetivo de “assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde”. Esta Emenda altera o Ato de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT para fazer vigorar um rol de obrigações demarcadas no tempo para a União, Estados e Municípios quanto ao financiamento da saúde, aumentando a vinculação de recursos à efetivação do direito. Trata-se, sem dúvida, de política pública, ainda que engendrada por expediente tecnicamente questionável (alteração da ADCT).

4.1. – O cenário atual das demandas relativas ao direito à saúde

De acordo com estudo¹⁰⁶ da INTERFARMA – Associação de Indústria Farmacêutica de Pesquisa, a judicialização da saúde no Brasil tem aumentado vertiginosamente, comprometendo parcela significativa dos recursos públicos.

Como a INTERFARMA (Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa) já demonstrou em levantamentos anteriores – inclusive em recente publicação em formato de cartilha intitulada “Por que o brasileiro recorre à Justiça para adquirir medicamentos?” – a chamada judicialização da saúde movida somente contra o governo federal cresceu 129% em apenas três anos, acumulando mais de R\$ 1,7 bilhão em despesas.

*Apesar do número expressivo, ele não retrata toda a amplitude das ações. Elas têm seguido outros caminhos e impactado o Sistema Único de Saúde (SUS), por meio dos estados e municípios. Contudo, esses dados são muito mais difíceis de serem compilados, em comparação com as despesas diretas do Ministério da Saúde.*¹⁰⁷

A pesquisa aponta como causas do crescimento de ações judiciais na área da saúde: a ausência de subsídios para que o cidadão possa comprar medicamentos, a crise econômica, o

¹⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI. (Org.). Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, p. 1-49, 2006, p. 17.

¹⁰⁶ BRITTO, Antônio (Sup.). **Judicialização da saúde na prática: Fatos e dados da realidade brasileira.** INTERFARMA. Setembro de 2016. Estudo estatístico. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

¹⁰⁷ Ibid.

envelhecimento da população, os cortes no orçamento da saúde, a não incorporação de medicamentos e deficiências na logística.

A pesquisa identificou 75.587 processos relativos à saúde nos estados de São Paulo (janeiro e setembro), Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul (janeiro e setembro), no ano de 2015. Deste total, foram selecionadas 14.978 ações para análise individual, tendo se identificado um total de 6.930 processos que se enquadram como judicialização da saúde. Os processos relacionados à saúde, mas que não implicavam demanda por prestações foram desconsiderados.

Deste total de 6.930, 64% eram relativos a pedidos de medicamentos. Os 46% restantes eram relativos a outros produtos de saúde, procedimentos, consultas médicas e outros. Em mais de 90% os demandantes eram pessoas físicas (6.403), enquanto que nos casos restantes o autor era o Ministério Público (527). A Justiça concede liminar em pelo menos 87% dos casos.

A Administração Pública negou 56,3% dos requerimentos de incorporação de novos medicamentos ao SUS no período de três anos (de 2012 até julho de 2015).

*No Brasil, o gasto com a judicialização da saúde subiu 500% entre 2010 e 2014, somando R\$ 2,1 bilhões nesse período, segundo o Ministério da Saúde. O Estado de São Paulo já gasta em média R\$ 1 bilhão por ano com ações judiciais enquanto seu custo total para a assistência farmacêutica em todo o SUS é de R\$ 600 milhões. Estudo do perfil dessas ações pelo Estado de São Paulo mostram uma predominância de prescrições inadequadas com precária justificativa clínica e probatória, sem solicitação administrativa prévia, 70% oriundas de prescrições particulares, desconhecimento dos médicos do CONITEC e do RENAME, 24% pedem marcas específicas, 90% não listados pelo SUS e 5% não possuem registro da ANVISA.*¹⁰⁸

Por fim, a pesquisa aponta como propostas a criação de canais de diálogo entre a população, os gestores públicos e demais autoridades envolvidas; a criação de varas especializadas para maior concentração das informações relativas ao direito à saúde, de forma que o magistrado possa ter uma visão amplificada sobre a realidade das ações; criação de grupos de apoio técnico compostos por profissionais ligados às universidades públicas e não

¹⁰⁸ Ibid.

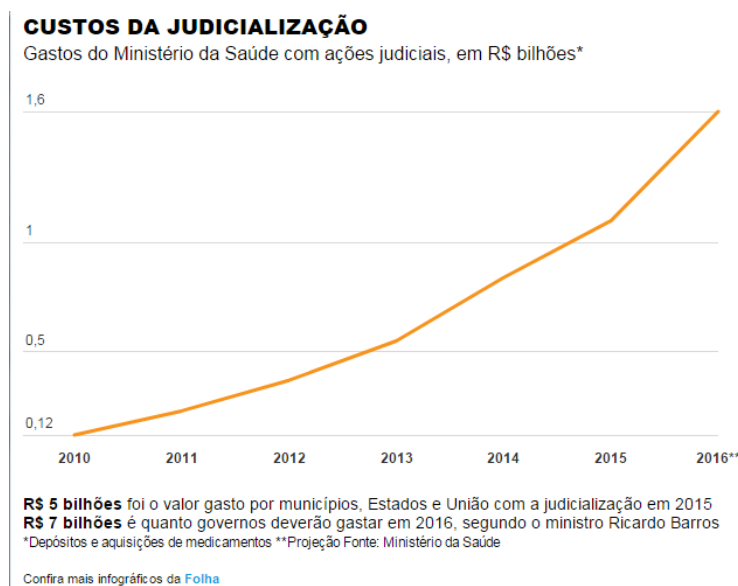
só às Secretaria de Saúde, cujo pessoal pode não ter a isenção necessária; e remodelação na política de incorporação.

*É uma situação paradoxal: a falta de recursos gera parte da judicialização, que por sua vez, reflete na falta de recursos financeiros à medida que o medicamento judicializado acaba sendo fornecido por valores superiores, que poderiam ser adquiridos por meio de compras públicas planejadas. Portanto, é preciso que Governo e setor privado transformem esse círculo vicioso em uma mesa aberta de negociação, em que se defina quais medicamentos são realmente urgentes e indispensáveis para incorporação, baseados nas demandas existentes e no parecer da comunidade científica; busquem preços e condições que facilitem a atuação do Estado; e sejam estabelecidos limites de tempo e quantidade para que a incorporação seja viável.*¹⁰⁹

De acordo com matéria veiculada no sítio eletrônico JUSBRASIL:

*Nos últimos seis anos, os custos do governo federal destinados ao cumprimento de decisões judiciais foram de R\$ 3,9 bilhões. São sentenças que determinam que a União adquira medicamentos, insumos e até mesmo itens como álcool gel, loção hidratante, óleos de girassol e linhaça, protetor solar, rolo de fita crepe ou xampu anticaspa, entre outros. No ano passado, esses gastos totalizaram R\$ 1,2 bilhão.*¹¹⁰

Nesse sentido, veja-se o gráfico representativo dos gastos do Ministério da Saúde¹¹¹:



¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ FREITAS, Ytalo. **STF decide se Estado deve fornecer remédios de alto custo.** JUSBRASIL. 29/09/2016. Disponível em: <<https://goo.gl/iKTUoV>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

¹¹¹ CANCIAN, Natália. **Decisão do STF sobre fornecimento de remédios guiará ações pelo país.** Folha de São Paulo. Seção: Cotidiano. Brasília. Edição de 24/09/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-aco-es-pelo-pais.shtml>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Aproveita-se para colacionar duas ementas selecionadas de decisões de 2ª instância do TJRJ, com o fito de exemplificar as decisões judiciais proferidas nas demandas relativas ao direito à saúde:

0052644-90.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Des(a). BENEDICTO ULTRA ABICAIR - Julgamento: 22/07/2016 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DECISÃO QUE DETERMINOU O ARRESTO DAS VERBAS PÚBLICAS. DESCUMPRIMENTO DE TUTELA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva não apreciada, uma vez que a matéria não foi objeto de análise pelo Juízo de primeiro grau. 2. Quanto ao mérito, a matéria já vem sendo reiteradamente apreciada por esta Corte, que sempre reconhece ser dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde. 3. Ademais, inexistente qualquer ilegalidade ou abusividade na decisão impugnada, vez que apenas visa a garantir a efetividade da prestação jurisdicional, com esteio no artigo 536, §1º do NCPC/15, tutelando bens jurídicos de extrema relevância para o indivíduo, como o direito à vida e à saúde. 4. Por fim, não há que se falar em violação ao art. 100 do Código Civil ou ao art. 910 do NCPC/15, uma vez que o direito à saúde de qualquer cidadão tem prevalência sobre outros direitos disponíveis, ainda que da Fazenda Pública. 5. Aplicação do verbete da Súmula nº 178 deste Tribunal. 9. Negativa de seguimento ao recurso, nos termos do artigo 932, IV, 'a' do NCPC/15.

0005697-44.2009.8.19.0046 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA - Des(a). AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 30/05/2017 - OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. O Estado brasileiro, indistintamente por todos os entes que o compõem, tem o dever de prestar a assistência necessária às pessoas carentes, inclusive fornecendo medicamentos e insumos, realização dos exames necessários e/ou procedimentos cirúrgicos indispensáveis ao tratamento de moléstias crônicas. A prova documental produzida pela parte autora demonstrou de forma irrefutável a necessidade de uso dos medicamentos requeridos. Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Ausência de afronta à reserva do possível. Possibilidade de fixação de multa diária contra a Fazenda Pública. Multa cominada na quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, que se mostrou razoável, especialmente pelo risco à saúde do demandante. Taxa judiciária. Correta a condenação do município réu, consoante o disposto no Enunciado nº 145 da Súmula deste Tribunal de Justiça. É cabível a condenação da municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios, revertidos em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública, nos termos do Enunciado nº 221 da Súmula deste TJRJ. Todavia, os honorários advocatícios devem ser reduzidos, em observância ao teor do Verbo nº 182 da Súmula desta Corte. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO para reduzir os honorários advocatícios para a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), mantida a sentença, no mais, em reexame.

Note-se que como já dito, os Tribunais costumam acolher os pedidos autorais de prestações (medicamentos principalmente) relativas ao direito à saúde, fixando multa em caso de descumprimento pelo ente público, considerando o caráter essencialíssimo da saúde.

4.2 – Os casos emblemáticos no STF

Dois recursos extraordinários com repercussão geral estão pendentes de julgamento no STF. O primeiro, o RE 566.471/RN, versa sobre a obrigatoriedade de a Fazenda Pública custear medicamento de alto custo. O segundo, RE 657.718/MG, se refere a pedido de fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA. O Relator Marco Aurélio Mello, votou favoravelmente ao pedido no primeiro caso e contrariamente no segundo.

Veja-se:

RE 566.471/RN

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

RE 657.718/MG

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controversia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

As decisões finais nesses casos irão reorientar a jurisprudência nacional na matéria.

4.3 – O fenômeno da desjudicialização do direito à saúde

Por derradeiro, cabe traçar algumas linhas gerais a respeito do fenômeno da *desjudicialização do direito à saúde*. A desjudicialização é uma tentativa de retirada dos litígios sobre saúde do âmbito do Judiciário para o âmbito administrativo, a fim de minimizar a drenagem dos cofres públicos e garantir a uniformidade de tratamento entre os usuários do sistema público de saúde.

Como já elucidado, há uma sobrecarga de demandas judiciais nos tribunais brasileiros versando sobre o direito à saúde, em especial sobre pedidos de medicamentos. Além disso, a judicialização da saúde é passível de várias críticas, conforme trabalhado no subcapítulo 3.1. (As críticas ao controle judicial de políticas públicas).

De acordo com ALÔ, o fortalecimento do contencioso administrativo prévio é um caminho possível para contornar a judicialização da saúde. Nesse sentido, assevera:

Tentou-se emplacar o embrião de tal conceito com a aprovação da Lei Federal de Processo Administrativo, Lei n. 9.784/99, a qual deveria ser aplicada subsidiariamente aos demais entes federativos. Contudo, na prática, o que se verifica é a total falta de padronização procedimental, adotando cada Município e cada Estado sua própria sistemática, restando a aplicação da Lei n. 9.784/99 restrita ao processo federal, ignorando-se seus dispositivos em grande parte dos Estados e Municípios.

Assim, a judicialização de demandas acaba sendo o caminho natural para os administrados que se veem perdidos em uma burocracia estatal que não traz normas claras e prazos fatais, fomentando uma prática nociva à credibilidade da Administração Pública, qual seja, o silêncio administrativo diante de um requerimento que, muitas vezes, exige urgência. Vale lembrar que autorizada doutrina destaca que o silêncio administrativo configura o interesse processual necessário para o ajuizamento da demanda (MELLO, 2011, p. 416). Contudo, tal omissão estatal, além de atentar contra a confiabilidade da Administração Pública, fomenta o crescimento exponencial do número de questões enfrentadas pelo sistema de justiça.¹¹²

O autor propõe a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro de um Código Modelo de Processos Administrativos, a fim de garantir a necessária uniformização do contencioso administrativo; a expansão das Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde; a criação de uma Câmara Nacional de Resolução de Litígios de Saúde; debates por meios de audiências públicas; e a implantação de um cadastro nacional de ações civis públicas relativas à saúde para melhor acompanhamento dos casos. O jurista destaca a necessidade de que sejam conferidos meios às autoridades administrativas capazes de assegurar sua independência.

Nessa perspectiva, cabe analisar mais detidamente de forma breve o que é a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde e como atua no âmbito do estado do Rio de Janeiro.

¹¹² ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo.** Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/vfPFHk>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

4.3.1 – A câmara de resolução de litígios de saúde - CRLS

O Novo Código de Processo Civil privilegiou as tentativas de solução extrajudicial de conflitos a fim de dar maior celeridade a resolução de lides e diminuir o grande número de demandas judiciais.

Munido deste espírito, o legislador ordinário fez constar no CPC/2015 o seguinte:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do Estado do Rio de Janeiro foi instituída a partir de um esforço conjunto de vários órgãos públicos pela desjudicialização da saúde e retomada da discussão das questões afetas aos serviços de assistência em saúde para o âmbito administrativo, possibilitando maior controle e melhor gerenciamento e planejamento dos órgãos da Administração Pública.

Assim explica o jurista e Defensor Público Federal Bernard Alô:

*O projeto da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), instituído por meio do Convênio de Cooperação n. 3/504/2012, celebrado em 12 de junho de 2012, congrega membros da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro e da Defensoria Pública da União, bem como procuradores do Estado do Rio de Janeiro, procuradores do Município do Rio de Janeiro e equipes de apoio técnico da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro e da Secretaria Municipal de Saúde desse Estado, a fim de promover o atendimento, em local único, de hipossuficientes assistidos pela DPGE-RJ e pela DPU-RJ que demandem prestação de serviço de saúde, fomentando-se a resolução administrativa para oferta de medicamentos, agendamento de procedimento cirúrgico, ou exame médico, em detrimento da judicialização dos casos.*¹¹³

¹¹³ Ibid.

A CRLS representa um importante avanço institucional no campo da saúde. A Câmara foi inaugurada em 17/09/2013 e funciona na Rua da Assembleia, nº 77-A, Centro, Rio de Janeiro/RJ.

Reúne no mesmo prédio membros da Defensoria Pública do Estado e da Defensoria Pública da União, assim como equipes de apoio técnico das Secretarias Municipal e Estadual de Saúde. Os membros das Defensorias atuam na coordenação dos atendimentos, na adoção de medidas extrajudiciais e judiciais, no acompanhamento dos casos e na formulação de propostas de ações na área das políticas públicas em saúde. Os representantes das Secretarias de Saúde realizam o atendimento humanizado e prestam apoio técnico.

As Procuradorias Gerais do Município e do Estado do Rio de Janeiro devem indicar procuradores para atuar em audiências de conciliação e mediação na CRLS quando vierem a ocorrer, assim como prestar orientação jurídica às Secretarias de Saúde.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é responsável por designar mediadores e supervisionar e coordenar a atividade de mediação quando ocorrerem.

Cabe a Procuradoria Geral do Estado a manutenção da atual sede da Câmara, que é um bem que foi desapropriado pelo órgão.

O objetivo comum dos entes envolvidos é atender os hipossuficientes que buscam as Defensorias Públicas para obter prestações de serviços de saúde (fornecimento de medicamentos, procedimentos cirúrgicos etc). Tal atendimento prioriza a busca de soluções administrativas em detrimento da judicialização dos casos através da reunião de diferentes órgãos para melhorar o fluxo de informações.

Nos primeiros três meses de funcionamento, a Câmara atendeu a quase quatro mil pessoas e obteve solução administrativa para cerca de 40% dos casos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por finalidade compreender o fenômeno da judicialização de políticas públicas, com maior ênfase à judicialização da saúde. Procurou-se entender *(i)* como o Judiciário responde ao fenômeno da judicialização das políticas públicas frente aos princípios da separação dos poderes e do acesso à justiça; *(ii)* a quais limites e parâmetros os magistrados devem se submeter; se haveria um juízo sobre o mérito administrativo; *(iii)* quais princípios em conflito prevalecem; e *(iv)* quais as implicações das decisões judiciais.

O primeiro capítulo abordou as razões que conduziram ao fortalecimento do Poder Judiciário no seio social brasileiro. No âmbito internacional, o surgimento e evolução do Estado constitucional de direito, pós-segunda Guerra, fez com que as Constituições ganhassem força normativa, impusessem deveres de atuação para o Estado, além de que previssem um amplo rol de direitos fundamentais. Além disso, passou-se a constar nos textos constitucionais a existência de um tribunal constitucional, com função precípua de zelar pela Carta Magna.

Nesse viés, Luís Roberto Barroso atribui a ascensão do Judiciário ao desenho institucional vigente, à crise de representatividade dos parlamentos, à própria conveniência política, em alguns casos, e, principalmente, ao modelo de constitucionalização abrangente adotado no país e ao sistema de controle de constitucionalidade.

Após, o trabalho se deteve à análise do princípio fundamental da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República, o qual determina a decomposição do exercício do poder político por diferentes atores estatais, zelando pela especialização funcional, com base na ideia de que sua concentração favorece o arbítrio e a tirania. O princípio prevê o sistema de freios e contrapesos, através do qual um Poder do Estado é capaz de conter o outro, assim mantendo a harmonia entre si.

O princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) permite que praticamente qualquer questão seja judicializada, de maneira que mesmo matérias que deveriam competir a outro Poder acabem sendo discutidas na via judicial.

Soma-se a isso a previsão legal de mecanismos de tutela coletiva, como as ações civis públicas, e a eficácia positiva de normas constitucionais programáticas, fatores que corroboram para a ampliação da atuação do Judiciário.

Ato contínuo, fala-se em judicialização para referir-se a este processo de transferência de matérias relevantes da perspectiva social, política ou moral para o Poder Judiciário, a fim de que este tome a decisão final sobre elas. O controle judicial de políticas públicas é expressão sinônima, com aparente ênfase aos parâmetros que devem ser empregados nas manifestações do fenômeno.

Aproveitou-se para distinguir o conceito de judicialização do de ativismo judicial, dirimindo qualquer dúvida eventualmente existente nesse sentido. O ativismo consubstancia postura mais proativa e criativa do Judiciário, que não meramente decide casos que lhe são submetidos aplicando o direito posto, mas efetua, de certo modo, a criação do próprio direito através de métodos hermenêuticos.

Em seguida, o trabalho voltou-se à detida e minuciosa análise sobre as políticas públicas, tendo como principal marco teórico Maria Paula Dallari Bucci. Políticas públicas são programas de ação governamental que objetivam a realização dos fins e valores sociais determinados pelo Estado através de estabelecimento de instrumentos e metas a serem alcançadas em prazo definido. As políticas públicas são meio necessário de efetivação dos direitos sociais, direitos tipicamente prestacionais (ainda que todos os direitos o sejam em certa medida).

As políticas públicas constituem categoria jurídica *sui generis*, podendo ser definidas como normas-objetivo, que caracterizam atividades jurídicas que podem ser decompostas em fatos e atos. As políticas públicas se expressam por uma infinidade de instrumentos e suportes legais (normas constitucionais, decretos, portarias, contratos de concessão).

Além disso, as políticas públicas podem ser sistematizadas em elementos (*orçamento, planejamento e discricionariedade*) e fases (*agenda; formulação e escolha de programas; implementação e avaliação*), conforme teoriza Felipe de Melo Fonte.

No terceiro e último subcapítulo da segunda parte do trabalho, foi feita a apresentação e a caracterização do controle judicial de políticas públicas propriamente dito. As políticas públicas podem ser judicializadas na medida em que expressam direitos. São muitas as ações possíveis para acionar o Judiciário em matéria de políticas públicas, tanto individuais como coletivas, porém a doutrina considera as últimas como mecanismo ideal, por excelência, para tratar tais litígios. Isso porque as ações coletivas produzem efeitos *erga omnes* e facilitam à uniformização da decisão judicial para os jurisdicionados, zelando pelo princípio isonômico.

Foram estudados os importantes precedentes da ADPF nº 45/DF e do AgRg no RE nº 410.715-5/SP, nos quais o Relator Min. Celso de Mello se manifesta com claro objetivo doutrinário. O emérito julgador esclarece que há sindicabilidade em matéria de políticas públicas onde houver omissão legislativa ou administrativa, para fins de proteger os direitos fundamentais. Ele rechaça o princípio da reserva do possível cunhado de forma genérica, lhe reconhecendo importância quando for acompanhado de comprovação específica acerca da impossibilidade da concretização de um direito. No segundo processo, o Ministro esboçou entendimento de que não há espaço para discricionariedade do administrador quanto à implementação ou não de política pública constitucionalizada.

No terceiro capítulo do trabalho as atenções foram voltadas às críticas, limites e parâmetros do controle judicial de políticas públicas. As críticas aventadas pela doutrina são muitas, valendo o destaque das seguintes. A pulverização dos pleitos faz com que as decisões judiciais sejam imprevisíveis, já que os magistrados não obedecem à lógica da disponibilidade de recursos públicos e planejamento público. Barroso sistematiza três principais críticas, a primeira de caráter *político-ideológico* (juízes não são representantes do povo), a segunda quanto à *capacidade institucional* do Judiciário e a terceira quanto à *limitação do debate* em sede judicial.

Além disso, vale o destaque de que o acesso ao Judiciário é mais formal, dispendioso e complexo, o que faz com que definitivamente não tenha a característica de universalidade que deveria revestir as políticas públicas.

A seguir, são estudados os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, ambos de origem alemã. A cláusula da reserva do possível consiste no reconhecimento de que há escassez de recursos, o que faz com que nem todas as necessidades da comunidade possam

ser atendidas ao mesmo tempo. Deve o Administrador Público selecionar as prioridades da ação estatal para cada momento histórico. Assim, as prestações positivas relativas aos direitos fundamentais dependem da disponibilidade financeira e capacidade do ente público de garanti-las. Tal princípio é normalmente invocado pela Fazenda Pública como argumento para que as demandas em seu desfavor sejam julgadas improcedentes.

Os demandantes, por sua vez, defendem a inoponibilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial, tese geralmente abraçada pelo Judiciário. O mínimo existencial se refere às prestações básicas necessárias (saúde, alimentação, abrigo) para que uma pessoa tenha uma vida digna. Inclui não só o necessário para a sobrevivência como também um mínimo sociocultural (educação, cultura) que garanta o pleno desenvolvimento humano e o bem estar.

A jurisprudência brasileira entende pela prioridade orçamentária dos direitos fundamentais, de modo que a cláusula da reserva do possível deve ser vista com ressalvas, só sendo aplicável quando efetivamente demonstrada a real indisponibilidade de recursos e o adequado emprego dos recursos existentes.

A seguir, passou-se a analisar o conceito de mérito administrativo e seus contornos com relação à judicialização de políticas públicas. Pois bem, ato vinculado é aquele cuja prática é delimitada em lei, não havendo espaço de escolha. Já ato discricionário é aquele cujo exercício pode ser exercido com certa margem de liberdade pelo Administrador Público.

O mérito administrativo se refere justamente a esse juízo acerca da conveniência e oportunidade do ato que a Administração faz, sendo vedado ao Judiciário se imiscuir em seu exame. Ocorre que muitas questões que antes eram associadas ao mérito passaram a se ver ligadas à legalidade do ato discricionário. Em função da constitucionalização dos princípios, estes passaram a integrar à legalidade do mérito. O alargamento do conceito de legalidade significou redução da discricionariedade e expansão das possibilidades de controle judicial.

Muitos juristas entendem que a implementação de política pública que expressa direito fundamental é ato vinculado, isto é, insuscetível de juízo de conveniência e oportunidade do Administrador. O Poder Público deve implementar a política, sob pena de revisão judicial.

Por fim, foram abordados na última parte do capítulo três os limites e parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas. Não há restrição ao escrutínio judicial sobre atos vinculados da Administração. Quanto aos atos discricionários, estes também são passíveis de revisão quanto à sua legalidade e quanto aos limites da discricionariedade.

Felipe de Melo Fonte tece alguns critérios e parâmetros para o controle judicial de políticas públicas. Primeiramente se aplicam três critérios: (i) *preferência do processo político sobre a judicialização na implementação de políticas públicas*; (ii) *preferência das vias de tutela coletiva*; e (iii) *minimalismo e formalismo interpretativo*, preferência das regras e conceitos jurídicos objetivos.

O principal parâmetro para controle judicial de políticas públicas é a ***distinção entre políticas públicas essenciais e não essenciais***. As políticas públicas essenciais se referem ao mínimo existencial (incluindo *mínimo prima facie* e *mínimo in concreto*). As não essenciais se referem ao espaço não nuclear dos direitos fundamentais. As essenciais são relativas a direitos subjetivos sindicáveis e permitem amplo escrutínio judicial, enquanto as não essenciais não são suscetíveis de serem satisfeitas via judicial com demandas individualizadas para tutela de direitos fundamentais. Podem sim se submeter à revisão judicial, como qualquer ato administrativo, por eventual vício de legalidade.

Por derradeiro, cabe destacar os parâmetros previstos por Barroso especificamente quanto à judicialização do direito à saúde: (i) ***que os magistrados se atenham a determinar a dispensação de medicamentos encartados nas listas do SUS***; (ii) ***as ações coletivas são as vias adequadas para discutir possível alteração das listas de dispensação do SUS***; (iii) ***o legitimado passivo da demanda seja o ente responsável pela lista na qual consta o medicamento demandado***.

Ainda sobre o tema, relevante é a lição de Ingo Sarlet quanto ao emprego do princípio da proporcionalidade como parâmetro do controle judicial de políticas públicas, em sua dupla função, de proibição de excesso e de insuficiência.

No capítulo final desta monografia analisou-se de forma breve a situação atual das demandas judiciais relativas ao direito à saúde. Foram levantados dados estatísticos com relação ao número de ações (de acordo com certo recorte temporal e geográfico). Verificou-se

o crescimento vertiginoso das ações de judicialização da saúde, que abarrotam os tribunais e levam ao desperdício de recursos públicos que poderiam ser melhor empregados de forma uniforme e universal.

Contudo, não se ignora a importância do acesso à justiça para salvaguardar a saúde e a dignidade de muitos administrados, como também a da judicialização enquanto forma de pressionar o Poder Público a se voltar para as demandas prioritárias para os cidadãos.

Uma das ações de destaque do Poder Público no âmbito do Rio de Janeiro na tentativa de contornar a judicialização da saúde foi a implantação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS em 2013, âmbito de resolução administrativa de controvérsias relativas a prestações na área da saúde. A Câmara tem se mostrado bem sucedida nos casos que lhe são submetidos, embora ainda não tenha se observado, de 2013 até então, queda na judicialização da saúde, ao contrário.

Isso significa que a implantação da CRLS por si só não é capaz de dar conta da litigiosidade em saúde no Rio de Janeiro, devendo o Poder Público continuar desenvolvendo medidas nesse viés. Em especial, medidas preventivas e de incremento da atenção básica em saúde.

Quanto aos questionamentos suscitados, acredita-se que os mesmos foram satisfatoriamente respondidos. O Judiciário brasileiro responde ao fenômeno da judicialização das políticas públicas com decisões de mérito (judicial), em respeito ao princípio do acesso à justiça e à vedação do *non liquet*. O princípio da separação dos poderes não pode ser invocado no sentido de afastar a tutela jurisdicional, notadamente em casos que versem sobre direitos fundamentais, cláusulas constitucionais pétreas, cuja proteção é ponto basilar do Estado Democrático de Direito. Ademais, o próprio princípio não estabelece separação rigorosa e intransponível, ao contrário, prima pela harmonia através do sistema de pesos e contrapesos.

Os magistrados devem respeitar o mérito administrativo, não podendo interferir nas legítimas opções feitas pelo Poder Público a fim de substituí-lo. O que ocorre é que o conteúdo do mérito sofreu grande esvaziamento. Muito do que anteriormente era visto como mérito administrativo, hoje está abrangido pelo conceito de legalidade, que inclui os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, da dignidade da pessoa

humana e do mínimo existencial, dentre outros. Sendo assim, ao Poder Judiciário é permitido pela doutrina realizar o juízo sobre a legalidade e sobre os limites da discricionariedade, a fim de verificar se esta não foi extrapolada.

Permanecem certas questões tormentosas quanto à sindicabilidade de certas prestações, com relação ao direito à saúde, destacadamente as prestações relativas a medicamentos não encartados nas listas de dispensação do SUS. A depender da perspectiva adotada, é possível entender tanto pela inviabilidade da satisfação desse tipo de demanda como pela viabilidade (caráter de vinculação do direito à saúde mesmo na ausência de norma regulamentadora que preveja aquela prestação específica).

O que se tem por certo é que o ideal é primar pelas políticas públicas implementadas pelos Poderes Políticas de forma igualitária e universal, sendo o Poder Judiciário via legítima de controle dos atos administrativos e inclusive de satisfação de prestações sociais quando da omissão administrativa e legislativa.

Na prática de atuação dos magistrados, os princípios conflitantes que prevalecem são o da prioridade orçamentária dos direitos fundamentais, proteção ao mínimo existencial e acesso à justiça. O princípio da reserva do possível é corriqueiramente afastado, já que não pode ser oposto diante do mínimo existencial, ainda mais quando alegado genericamente.

Tendo em vista as grandes implicações negativas das decisões judiciais, relativas ao desarranjo das políticas públicas, sequestro de verbas destinadas à coletividade para atender demandas individualizadas, violação aos princípios da igualdade e universalização que devem guiar a política em saúde, tem-se como fundamentais as iniciativas tendentes à desjudicialização de políticas públicas, cabendo destaque à criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS no estado do Rio de Janeiro. Como já dito, essa medida não é capaz de contornar sozinha a problemática da judicialização, mas é um importante passo institucional, que deve ser seguido de outros mais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo.** Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: < <https://goo.gl/vfPFHk>>. Acesso em: 19 jun. 2017.
- ALVES, Ivete Maria de Oliveira. **Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais.** Revista de Direito Brasileira. Brasília: CONPEDI, 2012. Disponível em <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/viewFile/74/73>>. Acesso em: 30 mai. 2017.
- BADIN, Arthur. **Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar.** São Paulo: Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12092012-151652/en.php>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas.** Revista DIREITO GV. São Paulo: FGV, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Revista de Direito do Estado, Porto Alegre, n. 3, p. 17-54, jul./set. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Jurisp. Mineira. Belo Horizonte, a. 60, nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.
- _____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid, nº 13, p. 17-32, 2009.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BORGES, Alice Gonzalez. **O controle jurisdicional da Administração Pública.** Revista de Direito Administrativo, v. 192, p. 49-60, 1999.

- BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial.** Revista de Direito Sanitário, Brasília, v. 10, n. 1, p. 13-38, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13144>>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI. (Org.). Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, p. 1-49, 2006.
- _____. **Políticas públicas e direito administrativo.** Brasília, a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/GQBy68>>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- _____. (Org.). **Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRANDÃO, Rodrigo. **A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, mai./ago. 2013.
- BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 2016.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/zaRrL>>. Acesso em: 06 jun. 2017.
- BRASIL. Lei 7.347 de 1985. **Lei da Ação Civil Pública.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. **ADPF nº 45/DF**, de 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/U9oDza>>. Acesso em: 17 jun. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. **AgRg no RE nº**

410.715-5/SP (RE nº 436.996/SP) Disponível em: < <https://goo.gl/YrEhq7>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

- **BUSCA por medicamentos é principal motivo para ações judiciais na saúde.** G1, Brasil, edição de 28/09/2016. Matéria jornalística exibida em Rede nacional no programa Bom Dia Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/busca-por-medicamentos-e-principal-motivo-para-acoes-judiciais-na-saude.html>>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- BRITTO, Antônio (Sup.). **Judicialização da saúde na prática: Fatos e dados da realidade brasileira.** INTERFARMA. Setembro de 2016. Estudo estatístico. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.
- **CÂMARA de resolução de litígios de saúde – CRLS (vídeo).** Produção de Comunicação DPU/RJ. Rio de Janeiro: DPU/RJ, 2014. (15:04 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MsdF8QGSKWk>>. Acesso em: 08 jun. 2017.
- CANCIAN, Natália. **Decisão do STF sobre fornecimento de remédios guiará ações pelo país.** Folha de São Paulo. Seção: Cotidiano. Brasília. Edição de 24/09/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-acoes-pelo-pais.shtml>>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. In: BUCCI, Maria Paula. (Org.). **Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 29ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, São Paulo, n. 21, mar./mai. 1994.
- FONTE, Felipe de Melo. **A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, mai./jul. 2009.

- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 33, n. 164, p. 9-28, out. 2008. Disponível em : < <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969>>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- HESS, Heliana Maria Coutinho. **Ativismo Judicial e Controle de Políticas Públicas**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.
- HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**. Fordham Law Review. Nova York, v. 75, n. 2, p. 721, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.
- MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Eficácia positiva das Normas Programáticas**. Revista Brasileira de Direito, 11(1): p. 34-45, jan./jun. 2015.
- _____. **Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio**. JurisPoiesis, ano 13, n. 13, jan./dez. 2010.
- PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 05 jun. 2017.
- SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Verba Juris ano 4, n. 4, jan./dez. 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais.** In: NETO, Claudio; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 587-59, 2008.
- **TJ-RJ tem nota máxima em eficiência, mas não responde às demandas sociais.** Revista Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, edição de 10/12/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-10/justica-rio-eficiente-nao-responde-demandas-sociais>>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política.** Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2017.