

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
DOUTORADO EM DIREITO SOCIOAMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE**

ADRIANA TIMOTEO DOS SANTOS ZAGURSKI

**O TONEL DAS DANAIDES: JUDICIALIZAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE NO BRASIL – UMA CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DA
TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

**CURITIBA
2018**

ADRIANA TIMOTEO DOS SANTOS ZAGURSKI

**O TONEL DAS DANAIDES: JUDICIALIZAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE NO BRASIL – UMA CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DA
TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Socioambiental e Sustentabilidade como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Linha de pesquisa: Justiça, Democracia e Direitos Humanos.

Orientadora: Professora Doutora Danielle Anne Pamplona.

Coorientadora: Professora Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal

**CURITIBA
2018**

FOLHA DE APROVAÇÃO

ADRIANA TIMOTEO DOS SANTOS ZAGURSKI

O TONEL DAS DANAIDES: JUDICIALIZAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL – UMA CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Socioambiental e Sustentabilidade, Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela banca examinadora formada pelos professores:

Orientadora: Professora Doutora Danielle Anne Pamplona
Coorientadora: Professora Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal

Professor Doutor André Parmo Folloni

Professora Doutora Melina Girardi Fachin

Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Professor Doutor Luiz Alexandre Carta Winter

AGRADECIMENTOS

Esta tese é fruto do esforço de diversas pessoas que estiveram comigo ao longo desta caminhada: colegas do doutorado (em especial Adriana Campagnoli, pelo incentivo inicial), colegas de magistério e alunos da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, familiares e amigos. Sem o apoio e incentivo de todos nada poderia ser possível.

Agradeço especialmente a meus pais Otília e Idalvino e minha irmã Andrea, pelo apoio incondicional.

Ao meu filho João Pedro, que dos 4 aos 8 anos de idade, apesar de sua pouca idade, dividiu sua mãe com o notebook e os livros, viagens e ausências, sempre sorrindo.

Às professoras Dra. Danielle Anne Pamplona e Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal, pela orientação segura e paciente, essenciais para a realização deste trabalho.

À professora Cinthia Obladen de Almendra Freitas, pelo auxílio na realização da pesquisa.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, a todos os professores e funcionários, pela missão de desenvolver e promover o apoio à pesquisa científica.

À Capes – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pelo financiamento proporcionado, e à Universidade Estadual de Ponta Grossa, pelo suporte durante os anos de afastamento.

Ao meu amado filho João Pedro, razão da minha vida.

Hospitais em crise fecham 1 em cada 3 leitos desde 2014.

(Agora, Portal UOL, 16.06.2017)

70 % dos desvios nas cidades afetam a saúde e a educação.

(Estadão, 5.12.2016)

Corrupção desvia mais de R\$1,2 bi da saúde desde 2003.

(Portal R7, 09.12.2016)

Desvios da Saúde no MA passam de R\$ 1 bilhão, afirma delegado da PF.

(Portal G1, 17.11.2015)

PB perde 995 leitos de internação na rede pública em 5 anos.

(Jornal da Paraíba, 15.05.2016)

Centro de saúde mental da Santa Casa tem pacientes no chão.

(Portal G1, 28.09.2016)

Em greve, médicos denunciam abandono da saúde pública em Salvador.

(Varela Notícias, 18.06.2015)

Pacientes denunciam cancelamento de cesarianas por falta de material cirúrgico.

(Roraima em tempo, 08.03.2017)

Justiça determina aumento de leitos de UTI neonatal em Foz e região.

(Portal G1, 26.01.2015)

RESUMO

A tese buscou demonstrar como é possível incrementar a atuação do Poder Judiciário brasileiro no controle das políticas públicas com vistas à realização do direito fundamental à saúde. A principal hipótese é que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas de saúde no Brasil tem ocorrido de forma inadequada, merecendo ser reformulada a partir da teoria dos diálogos institucionais. A escolha do tema deve-se à percepção de que a atuação do Judiciário necessita ser repensada num novo modelo de interpretação constitucional, de modo a possibilitar o compartilhamento dessa tarefa com os demais atores institucionais. No Brasil, o direito à saúde é previsto constitucionalmente como um dever do Estado e seu principal modo de realização se dá por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), política pública que tem como princípios a universalidade, integralidade e gratuidade. No entanto, esse sistema vem enfrentando inúmeros problemas, que somados a fatores diversos vistos no trabalho, gerou o fenômeno da judicialização da saúde. Desta forma, o tema das políticas públicas – antes restrito ao Poder Executivo – foi trazido para dentro do Judiciário, o que gerou questionamentos e desafios antes não experimentados. Foram vistos no trabalho as objeções e os argumentos favoráveis à intervenção judicial, bem como a posição do STF sobre o assunto. Também, analisaram-se as políticas públicas, em especial o *policy cycle*, e a atuação dos poderes Estatais. Com isso e a partir de uma releitura da teoria da separação dos poderes, distinguiu-se judicialização e ativismo, demonstrando-se que a concretização dos direitos fundamentais é tarefa que deve ser realizada por todos os Poderes Estatais, incluindo a atuação relevante do Poder Judiciário. Para esse mister (voltado especificamente ao direito à saúde), buscou-se um modelo que priorizasse as contribuições dos demais poderes e da sociedade civil, tendo-se optado pela teoria dos diálogos institucionais. Buscou-se demonstrar que a última palavra não deve ser do Judiciário, que as cortes não devem agir isoladamente e sim mediante um diálogo entre os diversos atores institucionais, o que não configura ofensa à harmonia entre os Poderes ou ao sistema de controle de constitucionalidade adotado. Para a construção do trabalho, foi realizado um estudo teórico exploratório, consistente em revisões bibliográficas acerca do problema, bem como pesquisa documental, mediante a técnica de revisão sistemática de literatura, para investigar a atuação dos tribunais estaduais selecionados no âmbito da judicialização do direito à saúde.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Políticas Públicas. Intervenção do Poder Judiciário. Judicialização da Saúde. Teorias do diálogo institucional.

ABSTRACT

This thesis aimed to show the possibility of increasing the Brazilian Judiciary's actions in controlling public policies, in order to fully realize the fundamental right to healthcare. The main hypothesis is that, when the Judiciary intervenes in Brazil's public health policies, it's inadequate in doing so, causing a necessity to reformulate the system, starting from the theory of institutional dialogues. The theme was chosen due to the perception that the Judiciary's actions need to be rethought in a new model of constitutional interpretation, in a way that allows the task to be shared with other institutional agents. In Brazil, the right to healthcare is constitutional, to be provided by the State, and the main way to achieve that is through the Single Healthcare System ("Sistema Único de Saúde", in Portuguese, also known as SUS), a public policy that has universality, integrality and gratuity as its principles. However, this system has been facing some problems which, added to several factors seen at work, has generated the phenomenon of judicializing healthcare. Thus, the theme of public policies – previously limited to the Executive – was brought to the Judiciary, which brought up questions and challenges hitherto unseen. Working on this topic, a study was made on the objections and considerations for the judicial intervention, as well as the Supreme Federal Court's position on the matter. Also, an analysis was made on the public policies, especially the "policy cycle", and the actions of State powers. With all of this considered, and stemming from a rereading of the theory of separation of powers, a distinction was made between judicialization and activism, showing that the realization of the fundamental rights is a task to be accomplished by all State Powers, including the relevant action of the Judiciary. To achieve this task (aimed specifically at the right to healthcare), there was a search for a model that prioritized the contributions from the other powers and from the civil society, having opted for the theory of institutional dialogues. The aim was to show that the last word shouldn't come from the Judiciary, that the courts shouldn't act in isolation, but rather through dialog with several institutional agents, which wouldn't configure an offense against the harmony between the Powers, or against the constitutionality control system currently adopted. To construct this thesis, an exploratory theoretical study was made, consistent with bibliographical revisions on the theme, along with documentary research, by means of the systematic literature revision technique, in order to investigate the action of the state courts looked at in the scope of judicializing the right to healthcare.

Keywords: Constitutionalism. Public Policies. Intervention by the Judiciary. Judicialization of Healthcare. Theories of institutional dialog.

RESUMEN

La tesis buscó demostrar cómo es posible incrementar la actuación del Poder Judicial brasileño en el control de las políticas públicas, especialmente en lo relativo a la realización del derecho fundamental a la salud. La principal hipótesis es que la intervención del Poder Judicial en políticas públicas de salud en Brasil ha ocurrido inadecuadamente y merece ser reformulada a partir de la teoría de los diálogos institucionales. La elección del tema se debe a la percepción de que la actuación del Poder Judicial necesita ser repensada en un nuevo modelo de interpretación constitucional que posibilite el intercambio de esta tarea con otros actores institucionales. En Brasil, el derecho a la salud es previsto constitucionalmente como un deber del Estado y su principal modo de realización ocurre por el Sistema Único de Salud (SUS), política pública que tiene como principios la universalidad, la integralidad y la gratuidad. Sin embargo, ese sistema ha enfrentado innumerables problemas, que sumados a varios factores vistos en el trabajo, ha generado el fenómeno de la judicialización de la salud. Así, el tema de las políticas públicas – antes restringido al Poder Ejecutivo – ha sido traído al Poder Judicial, lo que ha generado cuestionamientos y desafíos antes no experimentados. En el trabajo, se han notado las objeciones y los argumentos favorables a la intervención judicial, así como el posicionamiento del STF sobre el tema. También se han analizado las políticas públicas, en especial el *policy cycle*, y la actuación de los poderes Estatales. Con ello y a partir de una relectura de la teoría de la separación de los poderes, se ha distinguido la judicialización y el activismo, demostrando que la materialización de los derechos fundamentales es tarea que debe ser realizada por todos los Poderes Estatales, incluyendo la relevante actuación del Poder Judicial. Para esa necesidad (orientada específicamente al derecho a la salud), se ha buscado un modelo que priorizara las contribuciones de los otros poderes y de la sociedad civil, y se ha optado por la teoría de los diálogos institucionales. Se ha buscado demostrar que la última palabra no debe ser del Poder Judicial, que las cortes no deben actuar aisladamente, sino mediante un diálogo entre los diversos actores institucionales, lo que no configura ofensa a la armonía entre los Poderes o al sistema de control de constitucionalidad adoptado. Para la construcción de este trabajo, se ha realizado un estudio teórico exploratorio, que ha consistido en revisiones bibliográficas acerca del problema, así como en investigación documental, mediante la técnica de revisión sistemática de literatura, para investigar la actuación de los tribunales estatales seleccionados en el ámbito de la judicialización del derecho a la salud.

Palabras clave: Constitucionalismo. Políticas Públicas. Intervención del Poder Judicial. Judicialización de la Salud. Teorías del diálogo institucional.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CAPs	Caixas de Aposentadorias e Pensões
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EUA	Estados Unidos da América
HIV	Human Immunodeficiency Virus
IAPs	Institutos de Aposentadorias e Pensões
ICS	Índice de Confiança Social
LOS	Lei Orgânica da Saúde
MP	Ministério Público
NATs	Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PSF	Programa Saúde da Família
RE	Recurso Extraordinário
RSL	Revisão Sistemática de Literatura
STA	Suspensão da Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJMA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
TJPB	Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRR	Tribunal de Justiça do Estado de Roraima

TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF 4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
UTI	Unidade de Tratamento Intensivo

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Tribunais selecionados para a pesquisa do CNJ, com base nos critérios do Relatório Justiça em Números (CNJ, 2015).....	1477
Quadro 2 – Tribunais selecionados para a tese, com base nos critérios do Relatório Justiça em Números (CNJ, 2016).....	148
Quadro 3 – Julgados selecionados	1644

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Demonstrativo de acórdãos do TJSP.	1545
Gráfico 2 – Demonstrativo de acórdãos do TJPR	1577
Gráfico 3 – Demonstrativo de acórdãos do TJBA.....	15959
Gráfico 4 – Demonstrativo de acórdãos do TJMA.....	1600
Gráfico 5 – Demonstrativo de acórdãos do TJPB.....	1622

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	177
2	DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS	26
2.1	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS	277
2.2	ATRIBUTOS ESSENCIAIS DOS DIREITOS SOCIAIS	300
2.3	EFICÁCIA DAS NORMAS QUE DISPÕEM SOBRE DIREITOS SOCIAIS	355
2.4	POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	400
2.4.1	Gênese das políticas públicas	434
2.4.2	O ciclo das políticas públicas	4949
2.5	DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	522
2.5.1	Eventos de relevância histórica-jurídica das políticas públicas de saúde no Brasil	555
2.5.2	Impressões sobre a situação atual da saúde pública brasileira	600
3	OS PODERES ESTATAIS E A EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO	644
3.1	A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS	644
3.1.1	As funções dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário	688
3.1.1.1	Funções típicas e atípicas dos poderes	700
3.2	O PROTAGONISMO JUDICIAL	777
3.3	CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DOS DEMAIS PODERES ESTATAIS	833
3.3.1	O fenômeno da Judicialização.....	877
3.3.2	Ativismo judicial	888
3.4	CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	922
3.4.1	Objecções ao controle judicial das políticas públicas	977
3.4.1.1	Mínimo existencial, escassez de recursos e a teoria da reserva do possível	99
4	PODER JUDICIÁRIO E INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	1077
4.1	BREVE HISTÓRICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.....	1099
4.2	A ATUAÇÃO DO STF E A TENTATIVA DE ESTABELEECER CRITÉRIOS PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	1111
4.2.1	Intervenção judicial e o desafio da concretização dos direitos sociais.....	1200
4.3	AÇÕES INDIVIDUAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	1300
4.4	A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ.....	1366
4.5	O PROJETO DE LEI nº 8.058/2014	1400
5	A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS NO BRASIL	1444
5.1	METODOLOGIA DA AMOSTRAGEM DE DADOS	1455
5.2	OS DADOS COLETADOS	1522
5.2.1	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP	1522

5.2.2	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR.....	1555
5.2.3	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – TJBA.....	1577
5.2.4	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA.....	159
5.2.5	Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – TJPB.....	1611
5.2.6	Tribunal de Justiça do Estado de Roraima – TJRR.....	1622
5.3	A AMOSTRA.....	1644
5.4	SÍNTESE DOS JULGADOS SELECIONADOS.....	166
5.4.1	A política pública objeto da discussão e o tipo de providência almejado....	1722
5.4.2	A resposta dada pelo Poder Judiciário (incluindo considerações aos argumentos que guiaram as decisões dos magistrados).....	174
5.4.3	As consequências das decisões judiciais e seu possível impacto nas políticas públicas.....	1833
6	DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	1866
6.1	AINDA A QUESTÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATÉ ONDE O JUDICIÁRIO PODE IR?.....	1888
6.2	UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL.....	1900
6.3	TEORIAS DIALÓGICAS.....	1933
6.3.1	A contribuição de Conrado Hübner Mendes.....	1944
6.3.2	A sistematização de Christine Bateup.....	1977
6.3.2.1	Teorias do método judicial.....	1988
6.3.2.2	Teorias estruturais de diálogo.....	2011
6.3.2.3	Fusão dialógica.....	2044
6.4	AS CONTRIBUIÇÕES DE ROSALIND DIXON E CESAR GARAVITO E A NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL..	2055
6.4.1	Pontos cegos e encargos de inércia como obstáculos para a efetividade da sentença.....	2066
6.4.2	Remédios fortes <i>versus</i> efeitos fracos.....	2099
6.5	DIÁLOGOS E AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS – ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA.....	2144
6.5.1	O modelo brasileiro: o artigo 102 CF/88.....	2188
6.5.2	Audiências públicas.....	219
7	CONCLUSÃO.....	Erro! Indicador não definido.
	REFERÊNCIAS.....	2366
	JURISPRUDÊNCIA PESQUISADA.....	2577
	ANEXOS.....	2633
	ANEXO I – ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP).....	2644
	ANEXO II – ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ (TJPR).....	266
	ANEXO III – ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA (TJBA).....	2744
	ANEXO IV – ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO (TJMA).....	2755

ANEXO V – ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA (TJPB)	2800
ANEXO VI – CÓPIAS DE E-MAILS ENVIADOS PELOS TRIBUNAIS	2922

1 INTRODUÇÃO

Em países como o Brasil, onde há extrema desigualdade social e se padece dos males da violência e corrupção, o direito parece estar distante do povo, transformando-se em objeto de desconfiança. A todo momento, as pessoas escutam o discurso de que direitos fundamentais¹ como saúde, educação e moradia devem ser garantidos, mas não verificam a concretização de tais direitos. Um direito que lhes pertence, mas não possuem.

É justamente esse descompasso entre o direito e o povo que constitui a crítica fundamental do constitucionalismo popular². Além de criticar a ideia de supremacia judicial (teoria da última palavra), essa nova forma de conceber o constitucionalismo, tal como explica Gargarella (2006), convida a todos para participar na formação do direito constitucional através de ações políticas; dá um papel central para a sociedade civil na interpretação da Constituição; mostra como a sociedade pode influenciar e às vezes reconstruir ou minar o valor das decisões judiciais.

Nessa esteira, o constitucionalismo popular pode contribuir, em muito, para uma mudança nas práticas jurisdicionais no Brasil. Não se defendem aqui ideias como a extinção do controle judicial de constitucionalidade (Waldron, Tushnet) ou a soberania do parlamento. Ao contrário, o que se defende é a participação³ dos demais atores sociais na tarefa da interpretação constitucional.

¹ Importante esclarecer, em relação à terminologia, conforme Sarlet (2007, p. 35), a seguinte distinção: “em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

² O constitucionalismo popular é uma corrente norte-americana relativamente nova, representada principalmente por autores como Jeremy Waldron, Richard Parker, Larry Kramer, Mark Tushnet, Robert Post, Reva Siegel e Barry Friedman. O principal debate que esta corrente tem gerado centra-se na supremacia judicial da interpretação constitucional.

³ Adotou-se aqui o entendimento de que a participação popular pode ocorrer através de diversos mecanismos, entre os quais se destacam: Conselhos de Políticas Públicas, Comissão de Políticas Públicas, Conferência Nacional, Ouvidoria Pública Federal, Mesa de Diálogo, fórum Interconselhos, Audiência Pública, Consulta Pública e Ambiente Virtual de Participação Social. No entanto, há diferentes definições e expectativas sobre o que é uma participação efetiva, já que ela pode incluir desde uma simples consulta até a co-gestão. A participação envolve uma série de metodologias e técnicas que não serão exploradas neste trabalho, em função do espaço e do tema.

É nessa linha que a tese se apoia na teoria dos diálogos institucionais. Esta teoria busca demonstrar como a interpretação e aplicação da Constituição devem ser uma tarefa dialógica e cooperativa entre os Poderes, sem descuidar da participação popular.

O trabalho parte ainda de um enfoque substancialista, sob a ótica da jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais. No Brasil, esse modelo advém da Constituição da República Federativa de 1988, que possui como elemento central a dignidade humana (SARLET, 2008, p. 70) e consagra direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizam relevantes valores de uma sociedade (justiça, liberdade e igualdade). Para que esses valores não se transformem em meras promessas, também os juízes e tribunais devem buscar implementar tais aspirações constitucionais.

Sob essa perspectiva, no presente estudo, buscou-se analisar se a teoria em comento poderia contribuir para a concretização do direito social à saúde no Brasil: como e em que medida a participação dos demais poderes e da sociedade favorece a realização desse direito.

A realidade brasileira mostra que, nos últimos anos, tem sido crescente o ajuizamento de ações reclamando diversos direitos sociais⁴, trazendo a análise de questões políticas para dentro do Poder Judiciário: a chamada judicialização. Ressalte-se, ainda, que o tema da judicialização em matéria de saúde está inserido num debate amplo e polêmico sobre as relações entre os poderes, constitucionalismo e democracia.

Este debate apresenta-se no Estado Constitucional de Direito (cujo papel central é a realização dos direitos fundamentais) e parece intrínseco à sua própria natureza: de um lado, a vontade do povo, cristalizada na democracia (vontade da maioria) e, de outro, a ideia de limitações determinadas pela Constituição⁵.

⁴ Na literatura, encontram-se diversas formas de referir-se aos direitos fundamentais sociais. Muitas vezes, esses direitos são referidos pela sigla DESCAs (Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais). No entanto, optou-se na tese pela expressão “direitos sociais”, utilizada de forma genérica, abrangendo sempre os demais direitos fundamentais (econômicos, culturais e ambientais).

⁵ De acordo com Milcherman (1999), a democracia aparece como auto-governo do povo – as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política. O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição – *law of lawmaking*, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar).

O modelo de Estado atualmente adotado⁶ assume a tarefa de reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais, outorgando também aos juízes um poder de controle sobre o legislador e o governo, porquanto a norma constitucional com um conteúdo amplo de obrigações positivas e negativas começa a irradiar e influir em vastos campos da atividade política e da vida social.

No Brasil, especialmente após 1988, com a redemocratização, verificou-se uma expansão do papel do Judiciário. Essa expansão decorre, dentre outros fatores, da constitucionalização dos direitos fundamentais na Carta de 1988, da previsão de questões políticas na Constituição; do sistema de controle de constitucionalidade; da criação de institutos processuais que facilitaram o acesso à justiça. Nesse cenário, o juiz, como intérprete da Constituição,

[...] conta com a faculdade de invalidar decisões legislativas contrárias às normas e princípios constitucionais. Como também pode – em aplicação direta da Constituição – obrigar o legislador e o governo a assegurar por via de ações positivas as normas constitucionais (ABRAMOVICH, 2009, p. 5).

Diante desses fatores, inevitável que o Judiciário fosse chamado a se manifestar sobre diversas questões, passando a fazer parte da arena política, surgindo a necessidade de redefinição da relação entre os poderes do Estado. Soma-se, ainda, a esse cenário os últimos acontecimentos na vida política do Brasil: o impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016, os frequentes escândalos relacionados à corrupção, a operação Lava Jato e a permanente desconfiança e questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Tudo isso contribui para o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário.

Gradativamente, as questões políticas e sociais passam a ser absorvidas pelo Direito e tendem a se resolver através do procedimento judicial, especialmente com a evolução do papel das cortes na definição de políticas públicas e no controle das deliberações dos demais poderes pelo Poder Judiciário.

A judicialização tem ocorrido em diversas áreas, inclusive em relação aos direitos sociais. Incorporados na Constituição Federal de 1988 – CF/88 (BRASIL, 1988), esses direitos definiram um marco para o desenvolvimento das políticas públicas no

⁶ Essa questão será melhor elucidada na sessão 2.

Brasil e o seu reconhecimento impõe obrigações ao Estado (às vezes negativas, outras vezes positivas) mediante a implementação dessas políticas.

Entretanto, o fenômeno da judicialização das políticas públicas tem enfrentado severas críticas doutrinárias e muitas dificuldades práticas na sua operacionalização. Se por um lado, deseja-se a observância concreta dos direitos fundamentais sociais previstos na CF/88, por outro, critica-se a intervenção judicial⁷ sob diversos fundamentos⁸.

Especialmente em relação ao direito à saúde, diante da explosão do número de processos demandando fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado e uma enorme gama de procedimentos médicos que geram altos custos para a administração pública, numerosos são os argumentos contrários à judicialização (muitas vezes essas críticas apoiam-se no argumento financeiro, nos custos elevados advindos do cumprimento de decisões judiciais⁹).

Porém, se há aqueles que criticam a intervenção judicial, há também que se considerar a realidade caótica da saúde pública do Brasil e do cidadão que tem somente no Sistema Único de Saúde (SUS) a possibilidade de atendimento médico¹⁰. Diante da ineficiência dos serviços públicos de saúde noticiados diariamente no Brasil¹¹, que

⁷ Conforme será melhor aprofundado na sessão 4, na literatura, encontram-se nomenclaturas diversas para referir-se à atividade judicial no âmbito das políticas públicas: controle de políticas públicas, intervenção em políticas públicas, ingerência... Importante salientar que os verbos “controlar” e “intervir” têm naturezas e fundamentos distintos, no entanto, até que sejam feitas essas distinções, serão utilizados os verbos controlar e intervir como sinônimos.

⁸ Langford (2009, s/p) lista duas objeções filosóficas e jurídicas mais recorrentes na doutrina: a primeira “é a afirmação de que a justiciabilidade dos DESC é ilegítima do ponto de vista democrático, o que não se limita necessariamente a direitos sociais e econômicos (WALDRON, 2006; BELLAMY, 2008)”. A segunda é institucional, segundo a qual “os juizes não possuem capacidade para esta tarefa, já que não apenas carecem dos conhecimentos específicos necessários e de informação sobre questões econômicas e sociais relevantes, como também não estão em posição de resolver as questões políticas em conflito, tampouco lidar com as consequências políticas decorrentes de suas decisões”.

⁹ Nesse sentido, vide Mazza e Mendes (2014).

¹⁰ Segundo dados do Ministério da Saúde, cerca de 70% da população brasileira dependem exclusivamente do SUS e, em alguns Estados como Acre, Roraima e Maranhão, esse índice chega a mais de 90%. Disponível em: <<http://www.jornalatribuna.com.br/?p=101580>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

¹¹ Má gestão e corrupção são problemas também na área da saúde. Segundo reportagem do *Jornal Estado de São Paulo*, publicada em 25 de dezembro de 2016, 70% dos desvios nas cidades afetam a saúde e a educação. Levantamento do Estado com dados do Ministério da Transparência aponta que 729 cidades sofreram com desvios de verbas federais desde 2003; o prejuízo estimado é de R\$ 4 bilhões. Ainda segundo a reportagem, “Desde 2003, foram deflagradas 247 operações envolvendo desvios de verbas federais repassadas aos municípios. Os investigadores identificaram organizações que tiravam recursos públicos de quem mais precisava para alimentar esquemas criminosos milionários e luxos particulares. Além de saúde educação, também há desvios em áreas como transporte, turismo e infraestrutura”. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/70-dos-desvios-nas-cidades-afetam-a-saude-e-a-educacao/>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

alternativa resta ao cidadão comum senão bater na porta do Judiciário? E qual resposta o Judiciário deve dar?

Questiona-se também: o Judiciário seria o fórum adequado para resolver tal problema? Poderia este poder intervir no âmbito das políticas públicas, tradicionalmente tratadas como afetas somente ao Poder Executivo? Poderia o Judiciário ordenar a realização de gastos públicos e a implementação de políticas públicas na área de saúde?

Essas e outras questões inserem-se dentro do impasse que a tese ora apresentada aborda. Intitulada “O tonel das Danaides¹²: judicialização e políticas públicas de saúde no Brasil – uma contribuição a partir da teoria dos diálogos institucionais”, parte das seguintes premissas: a) a missão de concretização dos direitos fundamentais também é responsabilidade do Judiciário; b) o Judiciário tem legitimidade para intervir em matéria de políticas públicas; c) mesmo nos casos em que há intervenção judicial em políticas públicas de saúde, muitas vezes o direito à saúde não é concretizado, pois não há o efetivo cumprimento da decisão judicial.

Por outro lado, problematiza-se a questão, pois, a partir do fenômeno da expansão do Judiciário, havendo intervenção deste Poder no âmbito das políticas públicas de saúde, os mecanismos utilizados para esse fim têm se mostrado suficientes para atingir a concretização do direito fundamental à saúde, tal como preconizado na Constituição brasileira?

Para este problema, apresenta-se a seguinte hipótese: a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas de saúde no Brasil tem ocorrido de forma inadequada, merecendo ser reformulada a partir da teoria dos diálogos institucionais.

Desta feita, para sustentar a hipótese, traçou-se como objetivo geral da tese propor estratégias dialógicas a serem utilizados pelo Poder Judiciário para contribuir para a efetivação do direito à saúde, por meio de políticas públicas. Foram traçados como objetivos específicos: a) conceituar os direitos sociais e localizá-los enquanto direitos fundamentais inseridos no texto constitucional dependentes de atuação estatal para sua concretização mediante das políticas públicas; b) demonstrar a possibilidade de intervenção judicial para efetivação dos direitos sociais e investigar o fenômeno da

¹² Na mitologia grega, as Danaides eram 50 gêmeas que se casaram, e na noite de núpcias mataram os seus respectivos maridos, exceto uma, que se apaixonou. Pelo crime, foram castigadas a encher tonéis sem fundo pelo resto da vida. Assim, a expressão “tonel das Danaides” passou a significar, figuradamente, o esforço infindável porque nunca termina; o trabalho feito repetidamente sem que nunca apresente um resultado proveitoso. Daí também a ideia de danação, castigo ou maldição.

judicialização; c) verificar os critérios utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro para intervenção em políticas públicas de saúde; d) investigar a atuação dos tribunais estaduais selecionados no âmbito da judicialização da saúde mediante pesquisa documental; e) propor a necessidade de se estabelecer um diálogo institucional para a concretização do direito fundamental à saúde no Brasil.

Para alcançar os objetivos e ratificar a hipótese, a tese foi elaborada a partir da pesquisa bibliográfica e documental por meio da revisão de livros, artigos e periódicos. Como um dos objetivos deste trabalho é analisar empiricamente as decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro sobre intervenção em políticas públicas de saúde, também foi realizada uma seleção de elementos dos julgados a ser analisada, utilizando-se o método da Revisão Sistemática de Literatura (RSL). Esse método busca o maior aprofundamento possível dentro de determinada área do conhecimento, bem como a confiabilidade e replicabilidade dessa revisão¹³.

Mediante a técnica da RSL, foram selecionados os argumentos de pesquisa: políticas públicas e saúde, visando analisar como os tribunais estaduais pátrios tem atuado. Diante da impossibilidade de analisar todos os 27 tribunais estaduais brasileiros e a totalidade das decisões proferidas por eles, foram traçadas as seguintes delimitações espaciais e temporais: analisaram-se as decisões proferidas durante o biênio 2015-2016 por 6 tribunais estaduais, sendo 2 de pequeno porte, 2 de médio porte e 2 de grande porte, conforme classificação adotada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Foram selecionadas e analisadas as decisões estruturais (GARAVITO, 2014) sobre políticas públicas, desprezando-se aquelas ações individuais em que se pleiteiam medicamentos e outros insumos¹⁴.

Os dados coletados foram analisados permitindo traçar um perfil dos julgados proferidos pelos tribunais estaduais brasileiros a respeito da judicialização das políticas públicas de saúde.

¹³ A revisão sistemática de literatura permite que se afastem os chamados ‘vieses’, que podem, inadvertidamente, se introduzir em um estudo – quando substituem a seleção aleatória por alguma forma de escolha intencional. Dessa forma, evitam-se os problemas comuns nas revisões narrativas, a irreplicabilidade dessas revisões, tendo em vista que, mesmo utilizando as mesmas referências bibliográficas sobre o tema, outro revisor pode chegar a conclusões totalmente diferentes. Pode-se afirmar, com Epstein e King, que “desatentar para a aplicação das regras de inferência na condução de pesquisas empíricas compromete a validade e credibilidade dos resultados” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 7).

¹⁴ Esta opção será melhor explicada na sessão 5.

Para atingir seu propósito, já na primeira sessão a tese estabelece algumas premissas teóricas que irão guiar todo o restante do trabalho: a compreensão dos direitos fundamentais sociais (dentre eles o direito à saúde), o processo histórico de sua constitucionalização, alguns caracteres distintivos desses direitos e importantes para o desenvolvimento do estudo, o alcance de sua eficácia e a necessidade de sua concretização mediante políticas públicas. A partir disso, a tese se debruça sobre o tema das políticas públicas, com o intuito de traçar contornos gerais sobre as mesmas, abordando com mais profundidade o processo denominado *policy cycle*, que são as fases ou ciclos pelos quais transitam as políticas públicas. A sessão se encerra com uma revisão histórica das políticas públicas de saúde no Brasil. Isso se faz necessário para, na sequência, entender em que momento e de que forma os poderes estatais atuam nas diferentes etapas do ciclo das políticas públicas.

Dando continuidade à primeira ideia, a sessão seguinte aborda as funções desempenhadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mostrando como foi inicialmente concebida a teoria da Separação dos Poderes. No entanto, a partir de uma releitura, a sessão mostra como esta teoria deve ser entendida hodiernamente, sem mais se falar em uma separação estanque entre os poderes; ao contrário, fala-se em cooperação.

Na sequência, a sessão trata da expansão de autoridade do poder Judiciário, de poder nulo, com menor importância que os demais, o Judiciário ocupa hoje posição central no cenário institucional, atribuindo-se a ele a última palavra em matéria de interpretação Constitucional¹⁵.

A partir daí, a tônica da sessão é a conduta do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. Procurou-se demonstrar a possibilidade da sua intervenção nas políticas públicas, cotejando-se os argumentos contrários e favoráveis (com destaque para

¹⁵ Conforme assinala Benvindo, há farta literatura a respeito da defesa de que o local do desacordo sobre direitos deve ser trabalhado pelo parlamento de forma mais legítima (WALDRON, 1998; 1999; 2006; TUSHNET, 1999). Aqui se apresenta toda uma necessidade de desmistificar o Judiciário e resgatar uma legitimidade perdida do parlamento. Waldron, por exemplo, chega a afirmar que os filósofos do direito “estão intoxicados pelas cortes e cegados para tudo o mais em função dos prazeres da jurisdição constitucional” (WALDRON, 1999, p. 9) e, por isso, defende que as “cortes são também um fórum para tomar decisões sociais em um contexto de desacordo, mas, embora tenham muitas vantagens, não são necessariamente as mais representativas ou as mais respeitadoras das vozes divergentes na comunidade” (WALDRON, 1999, p. 16). Tushnet (1999), por sua vez, ainda mais radical, escreve um livro cujo título clama por retirar a Constituição das cortes: *Taking the Constitution Away from the Courts* (BENVINDO, 2014, p. 79).

a questão da insuficiência de recursos financeiros), distinguindo-se, ainda, os fenômenos do ativismo e da judicialização.

A próxima etapa debruça-se sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de intervenção em políticas públicas de saúde. Embora esta não seja uma tese sobre a saúde, os reflexos dos problemas de saúde chegam ao Judiciário e é exatamente esse fenômeno e a forma como este poder tem tentado dar respostas às demandas em saúde que despertam o interesse do estudo: iniciando com as ações individuais para obtenção de remédios retrovirais contra o HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), passando pela Audiência Pública realizada em 2009, até a atuação do CNJ.

Ao analisar a evolução do entendimento da Suprema Corte a respeito da judicialização da saúde no Brasil, verificou-se que o STF buscou traçar alguns parâmetros na tentativa de balizar a conduta dos magistrados brasileiros nas análises de ações semelhantes, no entanto, esses ainda parecem ser insuficientes para conter o crescimento do número de demandas, uniformizar a jurisprudência e conferir efetividade ao direito à saúde (aqui entendida como cumprimento efetivo, em tempo hábil, da sentença exarada no processo). Nesse contexto, as ações individuais em que se pleiteiam medicamentos e outros insumos também são abordadas. Questiona-se em que medida essas ações resultam em intervenção judicial nas políticas públicas de saúde. Ainda a respeito da intervenção judicial, a sessão aborda o Projeto de Lei nº 8.058/2014, que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Na quinta sessão, são trazidos os resultados da pesquisa realizada nos 6 (seis) tribunais de justiça estaduais selecionados. Utilizando a técnica da RSL, foi obtida uma amostra com 29 elementos (processos em que foram proferidas decisões estruturais), que constitui exemplos práticos da intervenção judicial em políticas públicas de saúde no Brasil. A amostra foi analisada a partir de três aspectos relevantes: a) política pública objeto da discussão e o tipo de providência almejado; b) a resposta dada pelo Poder Judiciário (incluindo considerações aos argumentos que guiaram as decisões dos magistrados); c) as consequências das decisões judiciais e seu possível impacto nas políticas públicas.

Feita a análise dos dados coletados e, caminhando para o final do estudo, aborda-se a teoria dos diálogos institucionais na promoção do conteúdo dos direitos,

defendendo a possibilidade de ausência de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos na tarefa de interpretação constitucional. O objetivo dessa sessão é demonstrar como a atuação jurisdicional na interpretação e aplicação da Constituição pode ser melhor realizada quando encarada a partir de estratégias dialógicas.

Apesar de tratar de diferentes autores e perspectivas, a tese não busca conciliá-los. Tampouco deseja-se aqui perquirir eventuais identidades ou diferenças entre suas categorias. Ao contrário, o que se busca é colocar em relação seus conceitos e análises com o objeto do presente trabalho. Ou seja, mostrar como esses distintos autores e teorias, nas suas diferenças e oposições, abrem possibilidades e oferecem importantes instrumentos para a tese. A opção por Mendes, Bateup e Dixon deu-se em razão de sua importância no cenário brasileiro e internacional, uma vez que são referenciais teóricos da teoria dos diálogos institucionais e estudiosos da interpretação constitucional.

Por sua vez, a utilização de autores latino-americanos (Abramovich, Gargarella, Garavito) que provêm de uma sociedade e uma realidade marcadas por profundas desigualdades pode contribuir para a aplicação das teorias dialógicas numa realidade como a do Brasil. Especialmente quando se tratar de direitos sociais como a saúde (em que o conhecimento da realidade e o acompanhamento da execução pelos interessados faz toda a diferença), as teorias dialógicas podem auxiliar na concretização desses direitos.

Ressalte-se que o desenvolvimento do tema proposto visa propiciar uma mudança na forma do Judiciário colaborar para a implementação de políticas públicas e concretização do direito à saúde. Para esse fim, é necessário que a tarefa de interpretação e aplicação da Constituição seja compartilhada entre o povo, os Poderes e diversas instituições da sociedade.

2 DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Nesta sessão, buscou-se conceituar os direitos sociais e localizá-los enquanto direitos fundamentais inseridos no texto constitucional dependentes de atuação estatal para sua concretização.

Da previsão constitucional desses direitos decorrem importantes consequências, entre elas destaca-se a aplicabilidade imediata. Por outro lado, a mera positivação desses direitos na Constituição não é suficiente para a correspondente eficácia no mundo dos fatos. Para alcançar essa realidade e, em especial, para a concretização dos direitos sociais, por vezes, a legislação dispõe sobre a implementação de políticas públicas.

Políticas públicas podem ser estudadas mediante diferentes enfoques, marcos conceituais e modelos de análises. Não sendo objetivo deste trabalho fazer uma análise aprofundada, traçou-se um panorama sintético, forçosamente seletivo e, por certo, incompleto a respeito das mesmas, com a finalidade somente de trazer contornos gerais, conceituar e analisar o ciclo das políticas públicas¹⁶. Buscou-se, ainda, dentro do estudo, analisar as políticas públicas de saúde em nível nacional, as quais visam concretizar esse direito social.

No Brasil, destacam-se como marcos regulatórios da construção da saúde pública o Projeto da Reforma Sanitária e a Constituição Federal de 1988, que resultaram na idealização e implantação do SUS, tornando o acesso à saúde universal e gratuito para todos os cidadãos. Com o propósito de entender esse contexto, fez-se um breve histórico da saúde pública no Brasil e das políticas públicas de saúde (em especial o SUS), bem como um panorama da situação atual, destacando-se a crise financeira e de gestão pela qual passa o sistema de saúde pública no país.

O cenário brasileiro atual põe em xeque o sistema do SUS e leva à necessidade de se repensar a atuação do poder público, uma vez que levar os direitos fundamentais a sério não é tarefa de apenas um dos Poderes Estatais.

¹⁶ Como dito, existem várias correntes teóricas que se ocupam do estudo das políticas públicas, as quais não serão analisadas, tendo em vista os limites propostos nesta tese. Contudo, para um melhor aprofundamento, vide: FREY (2000); SOUZA (2006).

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos fundamentais comportam difícil conceituação e diversidade semântica. Apesar de sua matriz constitucional, não se limitam aos direitos constitucionalmente previstos, inobstante a previsão Constitucional demonstre a importância jurídica normativa desses direitos num determinado ordenamento jurídico.

No entanto, para fins e nos limites propostos neste trabalho (uma vez que não há espaço para uma discussão mais aprofundada acerca do conceito), pode-se entender direitos fundamentais como direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente (CANOTILHO, 2001, p. 371). Já em relação à terminologia, conforme magistério de Ingo W. Sarlet (após discorrer sobre a problemática da definição na seara terminológica), dois argumentos justificam a opção pela denominação direitos fundamentais: inicialmente, pelo argumento ligado ao direito positivo (a previsão constitucional), e outro argumento refere-se ao direito internacional e ao estágio atual de evolução dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 34-35).

De fato, a Constituição Brasileira utiliza a expressão “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” no Título II, abrangendo todas as outras espécies ou categorias de direitos fundamentais: individuais (Capítulo I), coletivos (Capítulo II), relativos à nacionalidade e direitos políticos (Capítulos III e IV).

Antes de analisar especificamente o direito à saúde, vale lembrar com Luño (2004, p. 29-43) que a positivação dos direitos fundamentais foi resultado de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais (iniciando-se no século XIII, com a Magna Carta de 1215, passando pelo *Bill of Rights* de 1689, com destaque para a Constituição Norte-Americana de 1776, a Declaração Francesa de 1789, a Constituição de Weimar (1919) e Lei Fundamental da República Alemã de 1949.

Dado esse gradativo reconhecimento, percebe-se, nas primeiras constituições de matriz liberal-burguesa, uma preocupação com os direitos de liberdade (ou de defesa, de caráter individualista). Posteriormente, houve o reconhecimento dos demais direitos, razão pela qual Norberto Bobbio consagrou a ideia de gerações de direitos¹⁷: direitos de

¹⁷ Para Bobbio (2004, p. 32), o “desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases”, surgindo a ideia de gerações de direitos. No entanto, em virtude de representar uma evolução histórica, dando a entender que há uma substituição gradativa dos direitos, o que na prática não ocorre, atualmente, o termo geração de direitos tem sido substituído por dimensões de direitos, conforme leciona Sarlet (2007, p. 55). Além dos direitos de liberdade (primeira dimensão), direitos sociais, culturais e econômicos

primeira geração (de raiz jusnaturalista) são o direito à vida, à liberdade, à propriedade e igualdade; direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais; e, finalmente, direitos de terceira geração onde situam-se os direitos de solidariedade e fraternidade.

Nessa perspectiva, os direitos sociais estariam inseridos na chamada segunda geração (dimensão), relacionados ao bem-estar da coletividade (como saúde, educação e moradia). Decorrem dos fenômenos verificados no final do século XIX, como as crises sociais e econômicas oriundas da industrialização e lutas do proletariado (SARLET, 2007, p. 56), que geraram uma erosão da matriz individualista, ensejando uma maior participação estatal na realização da justiça social.

Para a gênese dos direitos sociais, contribuíram ainda a ascensão do Estado Social de Direito e o declínio do Estado Liberal. Destaca-se que, no Estado Social de Direito, defende-se a intervenção estatal na atividade econômica de modo a assegurar condições mínimas para uma existência digna, daí a sua relação direta com os direitos sociais. Contudo, com a Segunda Guerra Mundial, o Estado surge como o grande violador de direitos humanos e, consoante Bobbio (2004, p. 49), a questão dos direitos humanos “passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”. Questiona-se a simples positivação de direitos e entra em xeque o papel do Estado.

Como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo regime nazista, surge um movimento de reconstrução dos direitos humanos, em que os países democráticos passam a normatizar os direitos fundamentais (PIOVESAN, 2004), de modo a conferir-lhes maior chance de proteção e efetivação. Nesse cenário, tem-se atualmente um novo paradigma Estatal: o Estado Constitucional de Direito. Esse modelo tem como característica central a afirmação da normatividade constitucional e efetiva vinculação dos poderes públicos às normas constitucionais, sendo que estas gravitam em torno dos direitos fundamentais. Promoveu-se, ainda, a busca de ampliação da participação do povo na coisa pública.

Nessa ordem de ideias, um esforço internacional pelo reconhecimento dos direitos fundamentais resultou na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada

(segunda dimensão), direitos de solidariedade (terceira dimensão), a doutrina sustenta a existência de uma quarta e quinta dimensões, referentes aos direitos à democracia, à informação, ao pluralismo e à paz (BONAVIDES, 2008).

em 10 de dezembro de 1948, e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966 (Promulgado no Brasil através do Decreto nº 592, de 06 de julho 1992). Criou-se um sistema internacional de proteção para os direitos humanos mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais. No entanto, para o cumprimento dessas normas internacionais, não basta a ratificação por parte dos Estados partes. É imprescindível que as partes contratantes empreendam políticas externas e internas que visem à consecução dos objetivos contidos nos Pactos e tratados internacionais¹⁸.

Da mesma forma que no âmbito internacional, também no Brasil, os direitos sociais são fruto de um movimento histórico que resultou, inicialmente, na sua positivação na Constituição de 1934, influenciada pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar (1919). Posteriormente, os direitos sociais também foram encartados nas Constituições de 1937 e 1946, mas somente na Constituição Federal de 1988 (CF/88) foram incluídos entre os direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, com a CF/88, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais passou a ser mais visível por meio da inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, inciso III, e ainda no artigo 5º, que elenca um rol de direitos fundamentais e determina sua aplicabilidade imediata (§ 1º). A CF/88 ainda protege os direitos fundamentais através do art. 60, § 4º, inciso IV CF, elencando-os como cláusula pétrea, tornando-os insuscetíveis de modificação e demonstrando expressamente sua opção por eles enquanto princípios norteadores de toda ordem constitucional. Importante destacar também a cláusula de abertura (na condição de norma geral inclusiva) contida no artigo 5º, § 2º, da CF/88, que possibilita a identificação de outros direitos fundamentais não escritos ou constantes de outras partes do texto constitucional (SARLET, 2007, p. 101).

Desta forma, a Constituição Brasileira arrola também como fundamentais (além dos direitos e garantias previstos no artigo 5º) os direitos sociais previstos no art. 6º: direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância e assistência aos desamparados.

¹⁸ Outro grande marco inovador produzido pelo sistema universal dos direitos humanos é a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que tornou possível, com a sua entrada em vigor em 5 de maio de 2013, a garantia de apresentação de queixas perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais quando houver violações aos direitos inseridos no Pacto.

Também em relação aos direitos sociais há dificuldade de conceituação, partindo-se, muitas vezes, da função desempenhada por estes direitos para a elaboração de um conceito: direitos a prestações, direitos de crédito, poderes de exigir. Justamente porque o conceito de direitos sociais confunde-se com suas atribuições e finalidades, passa-se à análise destas.

2.2 ATRIBUTOS ESSENCIAIS DOS DIREITOS SOCIAIS

Luño (2004, p. 184) sustenta que direitos sociais podem ser entendidos, em um sentido objetivo, como o conjunto de regras através das quais o Estado desempenha a sua função de equilibrar e moderar as desigualdades sociais. No sentido subjetivo, podem ser entendidos como os poderes dos indivíduos para participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em certos direitos e prestações, que direta ou indiretamente são realizados pelo poder público. Canotilho (2001) e Alexy (2006), ao conceituarem os direitos sociais em sua dimensão objetiva e subjetiva (conforme se verá a seguir), partem de um conceito de direito a prestações.

No Brasil, é conhecida a definição clássica de José Afonso da Silva (2011, p. 286-287), segundo a qual direitos sociais

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Verifica-se que, apesar das críticas à classificação de Norberto Bobbio (que divide os direitos fundamentais em gerações), o conceito de direitos sociais acaba recorrendo, em alguma medida, a essa classificação e às características decorrentes. Assim diferem (segundo seu regime jurídico) dos direitos de primeira geração, uma vez que requerem prestações positivas¹⁹ do Estado (por isso chamados de direitos de crédito), enquanto aqueles (negativos) requerem a abstenção do Estado para sua observância (direitos de liberdade).

¹⁹ A existência de prestações negativas ou abstenções do Estado em relação aos direitos sociais será abordada adiante.

Sob esse critério, o ponto nodal que distingue os direitos sociais seria sua dimensão positiva, uma vez que não mais se está diante de situações nas quais se busca evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual; ao contrário, busca-se a garantia de participação do indivíduo no bem-estar social. Para tanto, via de regra, dependem para sua eficácia da atuação dos Poderes estatais, em especial Executivo e Legislativo. No entanto, a doutrina recente tem reconhecido ao Judiciário um papel secundário nesta atividade

[...] le corresponde actuar cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho, o por incumplir con las acciones positivas debidas (ABRAMOVICH; COURTIS, 2001, s/p).

Todavia, conforme adverte Sarlet (2016?), essa conceituação embasada nas prestações estatais, trazida para o caso brasileiro, não se faz tão simples:

[...] é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas. [...] Também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores, isto sem falar na tradição da vinculação dos direitos dos trabalhadores à noção de direitos sociais, registrada em vários momentos da evolução do reconhecimento jurídico, na esfera internacional e interna, dos direitos humanos e fundamentais.

Sem tirar a importância de se conceituar os direitos sociais, revela-se primordial entender suas funções. Na doutrina, destacam-se as classificações de Canotilho e Alexy, sendo que ambas distinguem dois grupos de funções dos direitos fundamentais: direitos de defesa e direitos a prestações. Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, objetivam limitar a atuação do Estado (exemplos o direito de liberdade, propriedade, etc.).

Interessa, em função do tema, os direitos a prestações, ou seja, aqueles que exigem uma ação do Estado, no intuito de realizar os fins constitucionais como correção das desigualdades, promoção das necessidades básicas do indivíduo.

Canotilho (2001, p. 468) afirma que, a partir da dimensão subjetiva dos direitos sociais, pode-se sustentar a existência de direitos a prestações, os quais se referem ao acesso e à utilização de prestações do Estado. São divididos em direito originário a prestações e direitos derivados a prestações:

[...] afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever do Estado em criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação? [...] à medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (é o fenómeno que a doutrina alemã designa por *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: - o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos); - o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex.: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez) (CANOTILHO, 2001, p. 467-469).

Alexy (2006, p. 442) divide o grupo dos direitos a prestações em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Todo direito a uma ação do Estado é um direito a prestação, ou seja, o oposto ao direito de defesa (abstenção estatal). Nessa ordem de ideias, os direitos a prestações em sentido estrito são relacionados aos direitos às prestações sociais, enquanto que os direitos a prestações em sentido amplo apresentam outra divisão: direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento.

Abramovich e Courtis criticam essa classificação, uma vez que os direitos sociais não se distinguem dos direitos civis e políticos pela natureza das prestações frente ao Estado (positivas ou negativas). Tanto os direitos sociais quanto os direitos civis e políticos demandam tanto obrigações positivas quanto negativas por parte do Estado. Abramovich alerta ainda para a problemática decorrente da via judicial para a sua proteção:

[...] o limite entre uma categoria e outra é certamente tênue. Quando não existem mecanismos diretos de tutela judicial dos direitos económicos, sociais

e culturais no direito interno dos Estados, ou no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, uma estratégia indireta consiste em reformular as obrigações sujeitas à justiça do Estado em matéria de direitos civis e políticos, de modo a discutir a violação por essa via. [...] poderia então ser dito que a adscrição de um direito ao catálogo de direitos civis e políticos, ou ao de direitos econômicos, sociais e culturais, tem um valor heurístico, ordenador, classificatório; no entanto, uma conceitualização mais rigorosa levaria a admitir um continuum de direitos, no qual o espaço de cada direito estaria determinado pelo peso simbólico do componente de obrigações positivas ou negativas nele delineadas. Por esse raciocínio, alguns direitos, claramente passíveis de serem caracterizados segundo obrigações negativas do Estado, ficam enquadrados no horizonte dos direitos civis e políticos – caso, por exemplo, da liberdade de pensamento ou da liberdade de expressão sem censura prévia. No outro extremo, alguns direitos que em sua essência se caracterizam por obrigações positivas do Estado estarão contidos no catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais – por exemplo, o direito à moradia. No espaço intermediário entre esses dois extremos há um espectro de direitos que conjugam uma combinação de obrigações positivas e negativas, em graus diversos: identificar se um deles está na categoria dos civis e políticos, ou no grupo dos econômicos, sociais e culturais resulta de uma decisão convencional, mais ou menos arbitrária (ABRAMOVICH, 2005, p. 193).

Na mesma linha adverte Sarlet: nem todos os direitos sociais são prestacionais. As chamadas liberdades sociais, dentre as quais se enquadram o direito de greve e a liberdade sindical, são identificadas como direitos sociais, mas não exigem para a sua implementação uma postura ativa por parte do Estado (SARLET, 2007, p. 240).

Prosseguindo no estudo dos direitos fundamentais, destaca-se sua fundamentalidade tanto formal como material. Segundo Canotilho (2001, p. 373) e Alexy (2006, p. 503), a fundamentalidade formal decorre do direito positivo, como parte da Constituição escrita, submetidos aos limites formais (procedimentais) e materiais (cláusulas pétreas). A fundamentalidade material decorre do núcleo de valores inseridos na Constituição, porque a partir deles se tomam decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Já em relação à titularidade, como esclarece Sarlet (2007, p. 166), os direitos fundamentais (incluindo-se os sociais) podem ser considerados tanto direitos subjetivos individuais quanto “elementos objetivos fundamentais da comunidade”. No mesmo sentido, Hachem (2013) afirma que todos os direitos fundamentais ostentam a titularidade transindividual alegadamente exclusiva dos direitos de terceira geração, bem como, simultaneamente, a titularidade individual pretensamente típica dos direitos de primeira e segunda geração.

Pode-se, então, falar em dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. A primeira refere-se a “determinados conteúdos que a norma de direito

fundamental agrega ao ordenamento jurídico estatal, sem depender de sua titularidade em concreto por qualquer indivíduo ou grupo em uma relação social e jurídica específica”; a segunda trata de “identificar quais os direitos e deveres, prestações e encargos, que determinado indivíduo ou grupo experimentam subjetivamente em relações intersubjetivas concretas” (RIOS, 2009, s/p).

Em conclusão, dada a dupla faceta (subjetiva e objetiva), esses direitos podem ser tutelados de forma individual ou pelo sistema de tutela coletiva, já que algumas das pretensões que deles derivam se enquadram na primeira hipótese e outras na segunda.

A tutela judicial se faz necessária porque a constitucionalização dos direitos fundamentais não garante por si só sua observância:

[...] evidente que a mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais (SARLET?, 2016, s/p).

Logo, conclui-se que não basta atribuir ao sujeito um direito através da lei, como ocorre com o direito à educação, por exemplo, faz-se necessária uma atuação do Estado para sua implementação, como a construção de escolas, o aumento de vagas em escolas públicas, a criação de contra turnos, etc.²⁰.

Canotilho (2001, p. 402) considera que a função de prestação dos direitos fundamentais está relacionada a “três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais”. O primeiro deles se refere aos direitos sociais originários, que considera a possibilidade de os particulares poderem derivar as pretensões prestacionais diretamente das normas constitucionais. O segundo se refere aos direitos sociais derivados, relacionado ao direito de exigir do legislador uma atuação apta a concretizar as normas de direitos sociais. E o terceiro “relacionado ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos”, no sentido de obrigarem estes a políticas sociais ativas. Conclui respondendo à última questão positivamente, ou seja, que as normas

²⁰ Daí, como antes afirmado, também serem chamados de direitos prestacionais (positivos), pois exige-se um agir do Estado.

consagradoras de direitos sociais, econômicos e sociais impõem políticas socialmente ativas.

Essa questão remete à problemática da eficácia das normas consagradoras de direitos sociais e sua exigibilidade, conforme será visto a seguir.

2.3 EFICÁCIA DAS NORMAS QUE DISPÕEM SOBRE DIREITOS SOCIAIS

A eficácia da norma constitucional foi objeto de muitos debates até se chegar ao consenso de que inexistente norma constitucional sem eficácia.²¹ Parte-se da premissa de que a norma constitucional sempre será eficaz, porém, a efetividade no mundo dos fatos poderá ser gradual, dependendo de outros fatores para gerar os efeitos almejados.

Assim, eficácia difere de efetividade. Conforme ensina Barroso (1993, p. 79):

[...] efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Na mesma linha de raciocínio, Sarlet (2007, p. 249) afirma que é preciso estabelecer a distinção entre o conceito de eficácia jurídica e eficácia social da norma. Enquanto a eficácia jurídica representa a qualidade da norma produzir, em maior ou menor grau, determinados efeitos jurídicos ou a aptidão para produzir efeitos, dizendo respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, a eficácia social da norma se confunde com a ideia de efetividade e designa a concreta aplicação dos efeitos da norma juridicamente eficaz. A eficácia social ou a efetividade está intimamente ligada à função social da norma e à realização do Direito. Ocorre que nem sempre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – e sua efetividade – é possível em sua forma plena, dependendo inclusive de fatores histórico-sociais (CANOTILHO, 2001, p. 464).

Relativamente aos direitos fundamentais sociais, como dito antes, travou-se grande discussão acerca da eficácia da norma, dependendo da forma de sua posituação, que, segundo a doutrina clássica, poderia dar-se de quatro formas: como normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos

²¹ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, ver a obra de Sarlet (2007, p. 254-262).

(CANOTILHO, 2001, p. 464). Especialmente as normas programáticas, onde situavam-se os direitos prestacionais derivados (dependentes da intervenção e da mediação concretizadora do Estado), dada sua natureza, não teriam eficácia plena, daí a relevância da discussão acerca da dimensão subjetiva relacionada aos direitos sociais e ao seu nível e forma de exigibilidade.

Essa ideia foi defendida no Brasil, conforme a classificação²² desenvolvida por José Afonso da Silva, antes da CF/88, que divide as normas em: normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. Desta forma, algumas normas seriam plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata; outras, de eficácia reduzida, dependeriam de legislação que lhes integre o sentido e atue sua incidência; não são de aplicabilidade imediata, mas são aplicáveis até onde possam (SILVA, 1998, p. 47).

Assim, algumas normas não seriam autoexecutáveis, mas destituídas de aplicabilidade direta. Neste campo estariam as chamadas normas programáticas, as quais, conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva, são aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 1968, p. 132).

Neste sentido, admite o autor que algumas normas constitucionais necessitam de legislação integrativa para que possam ser aplicadas e produzir todos os seus efeitos jurídicos. É justamente por exigirem um fazer do Estado e serem positivados, via de regra por meio de normas chamadas programáticas, que poder-se-ia negar a aplicabilidade imediata, e, conseqüentemente, a eficácia dos direitos sociais.

Nas palavras de Abramovich e Courtis (2001, s/p), por muito tempo se repetiu que as normas que estabelecem direitos sociais são “normas programáticas que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables”. Somam-se a esse fato outras questões também que põem em xeque a exigibilidade dos direitos sociais:

[...] se dice que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y

²² Sobre a concepção a respeito da eficácia das normas constitucionais e sua classificação, há ainda a posição de Bastos e Britto (1982) e de Diniz (1997).

que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer.

Devido a essa concepção e a dificuldade em se conferir aplicabilidade imediata aos direitos sociais, surgiram críticas à classificação desses direitos como instituídos mediante normas programáticas. Silva afirma que não é possível mais sustentar a classificação formulada por José Afonso da Silva:

[...] todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis. Em geral, é até mesmo difícil - às vezes impossível - distinguir o que é restringir e o que é regulamentar direitos. Em vista disso, a conclusão, que já foi mencionada ao longo dos tópicos anteriores, só pode ser a seguinte: se tudo é restringível, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível; além disso, se tudo é regulamentável e, mais do que isso, depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada (SILVA, 2006, p. 47).

Para Silva, o grande problema na classificação que prevê normas programáticas estaria em admitir a existência das normas constitucionais de eficácia limitada, justificando a não aplicabilidade de determinadas normas constitucionais. Assim, não restaria alternativa ao cidadão senão esperar a ação do poder público, uma vez que não seria possível exigir sua aplicabilidade. Já em concepção diversa, ao exigir o cumprimento imediato da norma, estar-se-ia admitindo ao operador do direito substituir o juízo de conveniência e oportunidade dos poderes públicos pelos seus próprios. Assim, nenhuma das proposições seria adequada e sim

[...] aquela que se disponha a um desenvolvimento e a uma proteção dos direitos fundamentais baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional, mas a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade (SILVA, 2006, p. 51).

Não obstante, a polêmica sobre as normas programáticas perde sua importância frente ao novo posicionamento do constitucionalismo contemporâneo (dentro do Estado Constitucional). Isso porque, especialmente em relação aos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo busca uma reinterpretação das normas

constitucionais voltadas para a proteção dos direitos humanos, tendo em vista a aplicação do princípio da máxima efetividade (ROSSI; GOMES, 2014, p. 17).

Importante registrar, conforme lição de Sanchís (2010, p. 203-204), que esse novo constitucionalismo (entendido como um modelo de Estado Constitucional de Direito), decorre da reunião de elementos de duas tradições constitucionais: europeia (forte conteúdo normativo, a constituição como encarnação de um projeto político) e norte-americana (supremacia constitucional e garantia jurisdicional). Para o neoconstitucionalismo, a Constituição deve ser transformadora, de modo a condicionar a decisão da maioria; enquanto no constitucionalismo tradicional os direitos fundamentais eram pressupostos da democracia, no neoconstitucionalismo os direitos fundamentais são limites à democracia.

Segundo Barroso (2005, p. 5), o neoconstitucionalismo pode ser definido como um movimento jurídico-político-filosófico que altera a concepção e interpretação do Direito com três características fundamentais: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

Partindo dessa concepção, a aplicabilidade imediata refere-se a todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, pois estes direitos inserem-se no mesmo status dos direitos fundamentais individuais previstos no artigo 5º, não podendo ser considerados “primos pobres da família” ou “que não gozam de eficácia imediata”, como afirma Comparato (2001, p. 76). Com efeito, o que o legislador quis foi impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais, evitando que permaneçam letra morta no texto da Constituição. Em outras palavras, a constitucionalização de direitos implica na sua eficácia jurídica e social.

No mesmo sentido, destaca Cléve que os direitos fundamentais sociais receberam título próprio,

[...] por isso, os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a plena efetividade dos comandos constitucionais” (CLÉVE, 2003, p. 19).

Entendido que as normas de direitos sociais possuem eficácia plena, surge a questão da efetividade concreta, no mundo dos fatos, e, conseqüentemente sua exigibilidade em caso de descumprimento.

Abramovich e Courtis (2004, p. 19), a partir da análise das normas internacionais garantidoras de direitos sociais, elaboraram estudo profundo buscando demonstrar que estas normas geram obrigações concretas ao Estado, exigíveis judicialmente se necessário. Sustentam que, na busca pela efetividade plena, evidencia-se que o que caracteriza a existência de um direito social como direito pleno não é simplesmente a conduta a ser cumprida pelo Estado, mas a existência de algum poder jurídico que compreenda a ação do titular do direito, entregando ao seu titular uma sentença que obrigará a parte inadimplente a cumprir com a obrigação exigida pelo direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 37-38).

Em outra oportunidade, Abramovich (2009, p. 1) constata que

[...] el desarrollo jurisprudencial en materia de derechos sociales manifiesta que la exigibilidad judicial de éstos es claramente reconocida y permite ir dejando definitivamente atrás los cuestionamientos teóricos que negaban cualquier rol judicial en relación con estos derechos [...].

Vale destacar ainda a positivação no âmbito internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais da qual decorre necessariamente a possibilidade de sua exigência em caso de inobservância. Como alerta Piovesan (2004), não se trata de uma obrigação moral dos Estados, mas uma obrigação jurídica. Contudo, ainda que a norma que dispõe sobre direitos sociais seja imediatamente aplicável, a efetividade dos direitos sociais no mundo dos fatos depende dos mecanismos de proteção colocados à disposição no ordenamento jurídico, da postura do Judiciário²³ ante o não cumprimento desses direitos.

Essa questão será novamente abordada na sessão seguinte, quando se tratar da judicialização dos direitos sociais.

²³ Luigi Ferrajoli, no prólogo da obra de Abramovich e Courtis, alerta para os limites da jurisdição como instrumento para garantia dos direitos sociais. Essa tarefa especialmente consiste em apontar violações, uma vez que o poder Judiciário não pode substituir o Legislativo e o Executivo na formulação de políticas sociais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 13). No entanto, ao final da obra, os autores concluem que a participação do Judiciário, mesmo ao reprovar a omissão dos demais poderes para a concretização dos direitos sociais, pode ser concebida como a participação em um 'diálogo' entre os poderes estatais (2004, p. 251). O presente trabalho aponta nesta perspectiva, que será objeto das sessões seguintes.

2.4 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Repisa-se que, admitida a aplicabilidade imediata e eficácia das normas de direitos sociais, para sua efetivação merece destaque o papel do Estado. Conforme leciona Sarlet: “os direitos sociais prestacionais se encontram intimamente vinculados às tarefas exercidas pelo Estado na condição de Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes” (2007, p. 235).

Por este prisma, os órgãos estatais deverão aplicar todos os seus esforços na concretização dos direitos ali previstos, estando obrigados a concretizar programas, políticas e fins conforme os parâmetros estabelecidos na Constituição. Qualquer óbice, como a insuficiência de recursos, por exemplo (que será objeto de estudo na próxima sessão), deverá ser suficientemente justificado sob pena de invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais.

É o que Canotilho (2001, p. 430), ao comentar a Constituição portuguesa em seu artigo 18/1, denomina cláusula de vinculação das entidades públicas através das normas consagradoras de direitos fundamentais. Para o autor português, o texto constitucional pretende tornar claro que a decisão constitucional vincula explicitamente todas as entidades públicas, desde o legislador aos tribunais e à administração (até mesmo em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, já mencionada). Em seu sentido proibitivo, veda ao legislador a possibilidade de criar atos contrários às normas e princípios constitucionais, lesivas aos direitos fundamentais. Em sua dimensão positiva, significa o dever de realizar tais direitos, otimizando sua normatividade e atualidade. Em relação ao administrador, da mesma forma, obriga a execução de leis constitucionais, isto é, conforme os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias e a praticar atos de execução das mesmas (CANOTILHO, 2001).

No Brasil, consoante Sarlet (2007, p. 388-389), inobstante a CF/88 não possuir uma norma explícita como a portuguesa, o texto constitucional desejou fazer o mesmo através do § 1º do artigo 5º, ao proclamar a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, sendo que a omissão legislativa não significa a desvinculação dos poderes públicos a esses direitos: “inexiste ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais”.

Neste sentido, como já mencionado antes, inserindo-se muitos dos direitos sociais na categoria dos direitos prestacionais dirigidos ao Estado (ainda que nem todos os direitos prestacionais dirijam-se ao Estado, como ocorre com os direitos dos trabalhadores), por vezes a CF/88 remete sua realização às normas que exigem a elaboração de políticas públicas (artigos 196, 216-A, 227 §8º, inciso II).

As políticas públicas decorrem da transformação do Estado, os direitos sociais surgem como resultado da ampliação dos bens jurídicos que são objeto de proteção constitucional, como consequência da transição normativa e fática do Estado Liberal ao Estado Social e, posteriormente, para o Estado Constitucional de Direito.

Se o Estado, antes Liberal, era mínimo e não intervencionista, passando depois a ser Estado de Bem Estar Social ou intervencionista, agora necessário se faz repensar esse papel, de forma a perseguir uma maior eficiência na gestão dos problemas públicos.

Com o intuito de modernizar o Estado e administrá-lo usando a razão, deixando a emoção e a política de lado, surge a ideia de que se deveria desenvolver um campo de estudo capaz de melhorar a racionalidade do processo político, de governar por *policy* (políticas públicas) e não por *politics* (atividade política).

O objetivo era governar com técnica, determinar quais os fins públicos a cumprir, quais poderiam ser realizados e através de quais instrumentos e opções de ação, uma vez que o Estado de Bem Estar Social também não conseguiu oportunizar a todos os cidadãos os direitos sociais previstos constitucionalmente. Para atingir esse objetivo, fez-se necessário analisar o problema público através de uma ciência própria: as políticas públicas. Mas o que se entende por políticas públicas?

Não há um consenso sobre o conceito de políticas públicas, e dada sua natureza multidisciplinar, vários enfoques são dados pela doutrina, como se verá a seguir.

Para Lasswell, precursor no estudo sobre política pública, é “um programa projetado com metas, valores e práticas”. Já para Easton, significa “a alocação oficial de valores para toda a sociedade”. Para Lowi, política pública é “uma regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular, o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas” (SOUZA, 2007, p. 68).

No Brasil, também não há um consenso sobre o conceito de políticas públicas, por este ser ainda um campo recente da ciência política. Destaca-se o entendimento de Rúa (1998): “a política compreende um conjunto de procedimentos destinados à resolução pacífica de conflitos em torno da alocação de bens e recursos públicos”. Todos os envolvidos nestes conflitos são chamados atores políticos. Os atores políticos são diversos e possuem características distintas. Para começar, pode-se distinguir entre atores públicos e atores privados. Os atores públicos são aqueles que se distinguem por exercer funções públicas e por mobilizar os recursos associados a estas funções. Dentre os atores públicos, por sua vez, pode-se diferenciar, grosso modo, duas categorias: os políticos e os burocratas (RUA, 1998, p. 02).

Também destacam-se os conceitos elaborados por Bucci (2006, p. 39):

[...] políticas públicas é o programa de 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.

Ainda, por Souza (2007, p. 69): “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”.

Esses diferentes conceitos ora trazem como enfoque central o agente do Estado, sendo pública toda a política que tem o Estado como seu implementador, ora destacam a sua finalidade: alocação de valores, projetos, práticas²⁴. Possuem, ainda, um caráter temporal, devendo durar pelo tempo necessário à realização dos seus objetivos²⁵.

Dentro dessa ordem de ideias, faz-se necessário distinguir políticas públicas das políticas sociais. Conforme dito antes, as políticas públicas são aqui compreendidas como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção – a partir de um processo de tomada de decisões que envolvem órgãos públicos e diferentes

²⁴ Essa abordagem relaciona-se ao entendimento sobre quem são os atores das políticas públicas, o que será visto adiante.

²⁵ Para um estudo mais aprofundado sobre o conceito de políticas públicas, vide, por exemplo, a obra de Muller e Surel (2002), especialmente o capítulo “O que é uma política pública?”.

organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada. Em outras palavras, são públicas as políticas que preveem um programa de ação e realização concreta das decisões tomadas pelo Estado.

Já as políticas (públicas) sociais se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais, visando à diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. Segundo Höfling (2001, p. 31), “as políticas sociais têm suas raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais”. Muitas políticas públicas adotadas no Brasil, referentes à saúde e moradia, por exemplo, são também sociais, especialmente ante os princípios constitucionais de erradicar a pobreza e reduzir a desigualdade social.

Há, ainda, que se distinguir políticas públicas de Estado e de Governo. Para Heidemann (2009, p. 30), as políticas de Estado “teriam caráter particularmente estável e inflexível e obrigariam todos os governos de um Estado em particular a implementá-las, independentemente dos mandatos que os eleitores lhes confiassem, em momentos históricos distintos”. Diversamente, as políticas de governo são aquelas que têm menor durabilidade, com institucionalização mais fraca: “dizem respeito diretamente à concretização do programa de governo vitorioso num processo eleitoral e são formuladas e implementadas diretamente pelo Executivo” (RIANI, 2013, p. 147).

Levando em conta os objetivos da política pública, Aith (2006, p. 235) define políticas de Estado “quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública”, e políticas de governo quando os objetivos das políticas públicas “forem o de promover ações pontuais de proteção e promoção dos direitos humanos específicos expressos em nossa Carta”.

A partir da ideia de direitos sociais como direitos fundamentais dependentes de atuação estatal para sua concretização por meio de políticas públicas, passa-se ao estudo destas.

2.4.1 Gênese das políticas públicas

As políticas públicas surgiram no final do século XX, quando o papel do Estado (e sua intervenção) passa a ser questionado face o aprofundamento da crise do *welfare state*, com as crises econômicas, sociais e políticas (TREVISAN; VAN BELLEN, 2008, p. 530).

No mesmo sentido, afirma Heidemann (2009, p. 25) que, no período pós-guerra (a partir de 1945), o Estado desenvolve um novo papel, com a responsabilidade de promover ações reguladoras, equilibrando a relação entre economia, mercado e sociedade.

Com a crise econômica dos anos 70, teve início a crise do Estado de Bem Estar Social, dando espaço para a ideologia neoliberal, em oposição ao pensamento intervencionista. Uma nova visão do papel dos governos (e do Estado) substituiu as políticas keynesianas²⁶ do pós-guerra e evidenciou a importância de estabelecer estudos sobre as políticas públicas. Assim, segundo Pereira e Silva (2014, p. 12),

[...] a introdução do termo políticas públicas nas atividades Estatais aparece como instrumento estratégico para ação dos Governos, com o propósito de estabelecer medidas e padrões de sua ação política (intervenção) na vida econômica e social das sociedades.

Nessa ordem de ideias, também “os estudos sobre políticas públicas surgem em um contexto de mudança político-ideológico sobre a ação dos governos no campo econômico e social” (PEREIRA; SILVA, 2014, p. 2)²⁷.

A doutrina aponta que a origem das políticas públicas se deu nos Estados Unidos e posteriormente na Europa. Nos Estados Unidos, segundo Frey (2000), as políticas públicas começaram a ser estudadas no início dos anos 1950 (*policy science*), e na Europa, apenas a partir dos anos 1970, em consequência da ascensão da social democracia, quando o planejamento e as políticas setoriais foram estendidos significativamente.

²⁶ O keynesianismo é uma doutrina *ativista* que preconiza a ação do Estado na promoção e sustentação do pleno emprego em economias empresariais (CARVALHO, 2008).

²⁷ Para uma síntese dos acontecimentos históricos que levaram à crise do liberalismo e do Estado mínimo (mercado autorregulado), surgimento no século XX do Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), com papel formulador, agenciador e implementador de bens e serviços públicos, “trazendo em seu bojo a preocupação finalista de desenvolver políticas que visassem a justiça social através de políticas econômicas e sociais mais inclusivas” e o surgimento do neoliberalismo, vide Pereira e Silva (2014).

Para Secchi (2013, p. XIII), embora na década de 1930 importantes contribuições tivessem sido desenvolvidas sobre a análise racional das políticas (*rational policy analysis*), o ano de 1951 caracterizou-se como o marco para o estabelecimento da área disciplinar de estudos de políticas públicas, com a publicação de duas obras fundamentais: O livro de David B. Truman, *The governmental process* (1951), foi pioneiro sobre grupos de interesses, suas estruturas e as técnicas de influência sobre os processos de políticas públicas no Executivo, Legislativo, Judiciário e no corpo burocrático da administração pública. Já o livro de Daniel Lerner e Harold D. Lasswell, *The policy sciences* (1951), contém um capítulo intitulado “The policy orientation”, no qual é discutido o crescente interesse de pesquisadores sobre a formulação e avaliação do impacto das políticas públicas.

No mesmo sentido, observa Geraldo Di Giovanni, economista da Unicamp, em seu artigo “Estruturas Elementares das Políticas Públicas”, sobre a autonomização dos estudos de políticas públicas, que foram os Estados Unidos os pioneiros nas investigações sobre as intervenções do Estado, influenciados que são por um ethos pragmático e de uma forte cultura política. O interesse pelo tema tem como origem os anos anteriores a 1960, com a realização de pesquisas, durante a 2ª Guerra, relativas aos países envolvidos no conflito e sobre o perfil de soldados americanos. O objetivo era fornecer subsídios à ação dos governos (DI GIOVANNI, 2009).

Souza (2006) considera que a área de políticas públicas contou com quatro grandes “pais” fundadores: Lasswell, Simon, Lindblom e Easton. Harold Lasswell, com sua obra *Politics: Who Gets What, When, How* (Quem ganha o quê, quando e como), publicada em 1936, pela primeira vez utiliza o termo *policy analysis* (análise de políticas públicas).

Em 1957, Hebert A. Simon publica a obra *Models of man*, em que focaliza seus estudos nos problemas encontrados na formulação de políticas públicas, introduzindo o conceito de racionalidade nos seus estudos. Ao se referir a *policy makers*, Simon aponta uma racionalidade limitada dos decisores públicos, isto é, que a racionalidade das decisões públicas é sempre limitada por problemas como informação incompleta ou imperfeita, autointeresse dos decisores; no entanto, sustenta que a racionalidade pode ser maximizada pela criação de regras e incentivos que modele o

comportamento na direção de resultados desejados, impedindo a maximização de interesses próprios (SOUZA, 2007).

Charles E. Lindblom questionou o racionalismo e propôs a incorporação das relações de poder e interação entre as diferentes fases do processo decisório, o que implicava a importância dada ao papel das eleições, das burocracias, dos partidos e dos grupos de interesses. Lindblom introduz seus estudos questionando a visão multidimensional atribuída à política pública, colocando em dúvida a ênfase no racionalismo de Lasswell e Simon. Esses questionamentos são encontrados em duas obras: a primeira, publicada em 1959, sob o título *The Science of Muddling Through*, na *Public Administration Review*, e a segunda, intitulada *Still Muddling, not yet Through*, publicada em 1979.

Finalmente, David Easton apresenta, em 1965, a política pública como resultado do sistema político, em sua obra *A Framework for Political Analysis*. Definiu políticas públicas como um sistema, a relação entre formulação, resultados e ambiente, afirmando que elas recebem *inputs* dos partidos, mídia e grupos de interesses, os quais influenciam os resultados e seus efeitos (SOUZA, 2007).

Em relação à nomenclatura, segundo Di Giovanni (2009), importante a diferença entre o termo utilizado nos Estados Unidos da América (EUA) e na Europa, e suas consequências no campo teórico, vale dizer, na minimização dos efeitos da política sobre o universo das *policies*. A esse respeito, convém esclarecer que a língua inglesa diferencia os termos *politics* e *policy*, para referir-se à atividade de consecução e permanência no poder, e ao instrumento por meio do qual se pretende dar tratamento aos problemas públicos, respectivamente.

Em português, por outro lado, utiliza-se o termo política para ambas as definições²⁸. O termo política em inglês tem dois desdobramentos: (i) *politics* significa a política como fenômeno do poder (partidos, eleições, representação política); (ii) *policy* traduz as formas de ação e condutas para a solução de problemas no campo da administração.

²⁸ Situação semelhante ocorre com o termo direito em português – usado indistintamente para se referir ao conjunto de instituições que regulam o comportamento humano e para designar a faculdade concedida a um indivíduo para exigir legalmente a observância de um bem jurídico, o que, em inglês, denomina-se *Law* e *Right*, respectivamente.

Para Harold Lasswell, um dos pais fundadores da área de políticas públicas, o termo *policy studies* poderia livrar os estudos da conotação de militância e corrupção do termo *politics* (DI GIOVANNI, 2009).

Na Europa, o estudo de políticas públicas sempre esteve subordinado ao estudo da política. Ainda, alguns exemplos da apontada diferença podem ser vistos nas obras de David Easton, para quem a política pública é vista como linha de ação e linha política; de Norberto Bobbio, cujo *Dicionário de Política* não traz o termo *politiche publique*, e de Alessandro Pizzorno, que usava o termo política absoluta para se referir à política e política relativa para se referir à política pública (DI GIOVANNI, 2009).

Consoante já afirmado, no Brasil, os estudos ainda são recentes. Nos anos 80, houve um ciclo de análises sobre o tema – consequência, dentre outros fatores, do fim do período autoritário, da difusão internacional da ideia de reforma do Estado – voltado para se eliminar a instabilidade econômica e promover valores democráticos e, nos anos 90, um segundo ciclo, pautado por uma complexa agenda de estabilização, reformas institucionais e consolidação do processo democrático (SOUZA, 2006).

Almeida (2007, p. 9) esclarece que “a área de estudos de políticas públicas, no Brasil, nasce com a transição do autoritarismo para a democracia, entre o final dos anos 1970 e a primeira metade dos 1980”.

Souza (2007, p. 65-66) elenca como fatores que contribuíram para a maior visibilidade dos estudos sobre políticas públicas e sua inserção como disciplina acadêmica: (i) políticas restritivas de gastos em países em desenvolvimento, tendo o desenho e a execução de políticas sociais e econômicas adquirido visibilidade; (ii) novas visões sobre o papel dos governos substituíram políticas keynesianas do pós-guerra por políticas restritivas de gastos; ajustes fiscais implicaram orçamentos equilibrados entre receitas e despesas e restrições à intervenção do Estado na economia e políticas sociais (países latino-americanos foram dominados na década de 80 por esta filosofia); (iii) falta de coalizão nos países latino-americanos para desenhar políticas públicas para o desenvolvimento econômico e inclusão social.

Na mesma linha de raciocínio, Trevisan e Van Bellen (2008) afirmam que o forte crescimento do campo das políticas públicas no Brasil, nas últimas três décadas, está profundamente relacionado às mudanças históricas, políticas e econômicas pelas quais o país tem passado, enxergadas pelos governos como desafios.

Como já dito, em relação aos atores das políticas públicas, existem duas abordagens: uma estatista (ou estatocêntrica) e outra multicêntrica (ou policêntrica).

Segundo Secchi (2013), a abordagem multicêntrica considera como atores das políticas públicas, juntamente com os atores estatais (protagonistas), as organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais, redes de políticas públicas (*policy networks*).

Para Rua e Romanini (2013, p. 7, grifos do autor), nessa abordagem, “a dimensão ‘pública’ de uma política (*policy*) é dada pelo fato de ela consistir em decisões e ações revestidas do *poder extroverso* e da *autoridade soberana* do Estado”.

Já a abordagem estatista admite que atores não estatais “até tenham influência no processo de elaboração e implementação de políticas públicas, mas não confere a eles o privilégio de estabelecer (decidir) e liderar um processo de política pública” (SECCHI, 2013, p. 3).

Embora haja argumentos sustentando as duas posições, prevalece na Ciência Política, segundo Rua e Romanini (2013, p. 10), a “compreensão de que o fator decisivo para uma política ser ‘pública’ está em seu respaldo pela autoridade do Estado – não a personalidade jurídica dos que nela atuam, tampouco a natureza do problema em que se circunscreve”.

Compartilha-se desse entendimento especialmente porque, no Brasil, a CF/88 expressamente coloca ênfase no papel crucial do Estado para a conceituação de política pública. Quando trata da participação da população na formulação de políticas públicas, conforme verifica-se no art. 204 CF/88, o texto refere-se às ações governamentais, dando a entender que são ações oriundas do Poder Público. A participação popular é prevista, mas o que se depreende da norma é que o principal ator é o ente público²⁹.

Logo, a análise atenta do artigo revela a opção pela abordagem estatista, em que o Estado age, desenvolve papel central, havendo participação da sociedade. Um exemplo é dado por Rua (2009, p. 21): uma ação por parte da sociedade para tratar de um problema público, o Movimento pela Cidadania contra a Fome e a Miséria, “movimento

²⁹ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

...

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (BRASIL, 1988).

do Betinho”, tem-se uma ação privada de interesse público. Diferentemente, o Programa Bolsa Família é parte de uma política pública de combate à fome e à miséria.

2.4.2 O ciclo das políticas públicas

É indiscutível que as políticas públicas representam uma possibilidade de reduzir o fosso entre o normativo e o factual, um instrumento de transformação, para o planejamento e regulação – como faz a norma – mas também para organizar, implementar e avaliar o cumprimento dos direitos sociais. Todas essas atividades evoluem através de processos.

A perspectiva sistêmico-heurística³⁰ considera esses processos, como a realização de estágios, fases ou etapas – que Muller e Surel (2002) denominam abordagem sequencial – formando o ciclo da política pública.

Essa divisão, inicialmente, foi proposta por Lasswell (LASSWELL, *apud* HOWLETT *et al.*, 2013), para quem as etapas da política pública consistem na compreensão, recomendação, prescrição, colocação em prática, execução, avaliação e terminação (originalmente denominadas de *intelligence; recommending; prescribing; invoking; applying; appraising; e terminating*).

Partindo dessa perspectiva, a formulação e análise de políticas públicas constituem-se de etapas (aspecto temporal), como um ciclo deliberativo constituindo um processo dinâmico denominado *policy cycle*:

As várias fases correspondem a uma sequência de elementos do processo político-administrativo e podem ser investigadas no que diz respeito às constelações de poder, às redes políticas e sociais e às práticas político-administrativas que se encontram tipicamente em cada fase (FREY, 2000, p. 226).

O modelo de Lasswell influenciou vários outros, e os autores divergem sobre essas etapas, porém, comum a todas as propostas são as fases da formulação, da

³⁰ Segundo Antezana (2013), há ainda as perspectivas behaviorista e da seleção temporal aleatória. A perspectiva behaviorista é focada no estudo dos indivíduos e dos sistemas políticos (DAHL, 1961), mais especificamente no comportamento político, nas ações e nas interações de indivíduos e grupos envolvidos no processo de governar (TRUMAN, 1951 *apud* BLOKLAND, 2011). Assim, o behaviorismo está voltado para a compreensão dos fenômenos do governo em termos do comportamento observado e observável. A perspectiva da seleção temporal aleatória, por sua vez, enfatiza o tempo e o acaso; sob esse ponto de vista, os processos de formação e implementação são formados por combinações instáveis de fatores ao longo do tempo.

implementação e avaliação das políticas públicas. Veja-se alguns exemplos: para Souza (2006), o ciclo da política pública é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação. Para Heidemann, o ciclo conceitual das políticas públicas compreende as etapas: tomada de decisão, implementação, verificação se as partes interessadas estariam satisfeitas (prestação de contas) e, enfim, avaliação das políticas com vistas a sua continuidade, aperfeiçoamento, reformulação ou descontinuidade (HEIDEMANN, 2009, p. 34).

Frey (2000, p. 226) propõe distinguir entre as seguintes fases: “percepção e definição de problemas, *agenda-setting*, elaboração de programas e decisão, implementação de políticas, a avaliação de política e a eventual correção da ação”. Ainda segundo o autor, na primeira fase, conforme a nomenclatura sugere, os fatos problemáticos são analisados pelos atores envolvidos (grupos sociais isolados, mas também por políticos, grupos de políticos ou pela administração pública), bem como sua relevância política. Somente na *agenda-setting* se decide se um tema será incluído numa política pública ou será adiado para momento posterior. Isso demanda uma análise de custos, benefícios e chances do tema se impor na arena política³¹.

Na fase seguinte, ocorre o processo decisório. Escolhe-se, ou melhor, negocia-se sobre a mais apropriada entre as várias alternativas de ação. Na implementação de políticas, são comparados projetos e programas de ação, seu conteúdo, qualidade material e técnica. A fase de implementação é o momento em que a política pública começa a ser executada, em que os recursos alocados começam a se transformar em ações capazes de agir e mudar certa realidade. Aqui, a política adquire uma concretude objetiva maior e, por isso, começa a revelar mais explicitamente as dificuldades de sua introdução e operação pelos agentes encarregados de “pôr a mão na massa” (NASCIMENTO, 1991).

³¹ Diante da questão de como os governos definem sua agenda, Souza elenca quatro modelos: Garbage Can, desenvolvido por Cohen, March e Olsen (1972), no qual as escolhas políticas são feitas como se as alternativas estivessem numa lata de lixo (vários problemas e poucas soluções); o modelo Coalização de defesa de Sabatier e Jenkins-Smith (1993), em que se destacam as instituições e os processos políticos como responsáveis pela percepção do problema e como ele será tratado. Um terceiro modelo – arenas sociais –, no qual a formação da agenda depende dos atores envolvidos: é preciso que as pessoas se convençam de que algo precisa ser feito. E o quarto modelo – equilíbrio interrompido – foi elaborado por Baumgartner e Jones (1993). A política pública se caracteriza por longos períodos de estabilidade, interrompidos por períodos de instabilidade, que geram mudanças nas políticas anteriores (SOUZA, 2007, p. 75-77).

A etapa final destina-se à “avaliação de políticas e da correção de ação (*evaluation*), na qual se apreciam os programas já implementados no que diz respeito aos seus impactos efetivos” (TREVISAN; VAN BELLEN, 2008, p. 531). Na avaliação, são confrontadas as perspectivas inicialmente almejadas com os resultados efetivamente alcançados. Uma espécie de retorno à etapa inicial de formulação, com verificação de falhas de execução e desvios dos objetivos. A avaliação de políticas públicas tem sido classificada:

[...] em função do seu timing (*ex ante*, durante ou *ex post* da implementação da política ou programa), da posição do avaliador em relação ao objeto avaliado, destacando a questão da neutralidade da avaliação (interna, externa ou semi-independente) e da natureza do objeto avaliado (contexto, insumos, processo e resultados) (TREVISAN; VAN BELLEN, 2008, p. 541).

Contudo, ainda que se fale em fases, Massa-Arzabe (2006, p. 70) alerta que “é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução”.

Como visto, o estudo das políticas públicas é extenso, podendo analisar-se as diversas tipologias³² e os modelos de análise, no entanto, dentro dos limites deste trabalho, passa-se à problemática das políticas públicas para realização do direito fundamental à saúde, uma vez que o fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado (BERCOVICI, 2006, p. 144).

³² De acordo com Souza, uma das tipologias mais disseminadas atualmente na literatura é a de Theodor Lowi, que classifica as políticas públicas em quatro formatos, a saber: I. Políticas distributivas: são aquelas que acabam por privilegiar determinados grupos sociais ou regiões, em prejuízo do restante; aqui é desconsiderada a questão dos poucos recursos. II. Políticas regulatórias: são aquelas que envolvem a burocracia, os políticos e, também, os grupos de interesse. III. Políticas redistributivas: são aquelas que têm por objetivo atingir um maior número de pessoas; geralmente são “políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário” (SOUZA, 2007, p. 72-73), em que alguns grupos serão mais beneficiados que outros; e IV. Políticas constitutivas: são aquelas responsáveis por lidar com os procedimentos.

2.5 DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS

A concepção que se tem hoje de saúde pública é fruto de um processo histórico. Num breve relato histórico, pode-se destacar que os gregos se preocupavam em buscar uma explicação racional para os acontecimentos fáticos, descartando elementos mágicos e religiosos, considerando a observação empírica, a importância do ambiente, a sazonalidade, o trabalho e a posição social do indivíduo. Porém, foi com o Renascimento e o Estado moderno que a preocupação com a saúde se acentuou. Foi inaugurada a era das ciências com a necessidade de descobrir a origem das matérias (LOURENÇO *et al.*, 2012).

Por outro lado, a experiência das epidemias trouxe a necessidade de medidas de prevenção. Especialmente na Alemanha, predominou a ideologia hegemônica que afirmava que um bom governo deveria proteger a saúde de seus súditos.

O Iluminismo contribuiu para a não aceitação do charlatanismo (prevalente na Idade Média) e para promover a aceitação do Estado como controlador das práticas médicas. Porém, a noção contemporânea de saúde passou a ser mais nítida no final do século XVIII, envolvendo a assistência social e médica. Mas foi no século XX que surgiu a proteção sanitária como política do Estado:

[...] o Estado do Bem-Estar social da segunda metade do século XX reforçou a lógica econômica, especialmente em decorrência da evidente interdependência entre as condições de saúde e de trabalho, responsabilizando-se pela implementação da prevenção sanitária. O final do século XX revelou uma nova concepção da saúde pública influenciada seja pelo relativo fracasso das políticas estatais de prevenção, que não conseguiram superar os limites impostos pela exclusão social, seja pela constatação agora científica da importância decisiva de comportamentos individuais no estado de saúde (DALLARI, 2006, p. 248).

As mudanças nas sociedades levaram à necessidade de uma ampliação do entendimento sobre saúde. Após a II Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou a Organização Mundial de Saúde (OMS) em 7 de abril de 1948 (desde então o Dia Mundial da Saúde). A OMS desenvolveu o conceito de saúde na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários da Saúde, realizada em Alma-Ata:

Saúde – estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente à ausência de doença ou enfermidade – é um direito fundamental, e que a consecução do mais alto nível de saúde é a mais

importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde (OPAS/OMS, 1978).

Segundo Batistella (2007, s/p), surgiram críticas a esse conceito, por um lado por seu caráter utópico, inalcançável:

A expressão ‘completo estado’, além de indicar uma concepção pouco dinâmica do processo – uma vez que as pessoas não permanecem constantemente em estado de bem-estar –, revela uma idealização do conceito que, tornado inatingível, não pode ser usado como meta pelos serviços de saúde. Por outro lado, afirma-se a sua carência de objetividade: fundado em uma noção subjetiva de ‘bem estar’, implicaria a impossibilidade de medir o nível de saúde de uma população.

No entanto, ainda que o conceito de saúde reflita a conjuntura econômica, social e cultural de uma época e lugar, é importante compreender que

[...] sua definição e o estabelecimento de práticas dependem do grau de conhecimento disponível em cada sociedade. O fato de o conceito de saúde ser impreciso, dinâmico e abrangente não impede que seja possível tomá-lo como eixo para a reorientação das práticas de saúde (BATISTELLA, 2007, s/p).

Com essa perspectiva, foram previstos no plano internacional outros dispositivos protetivos relacionados ao direito à saúde, além da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU e do PIDESC, já mencionados anteriormente: a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, artigos 4.º e 5.º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o denominado Protocolo de São Salvador, art. 10 (direito à saúde).

Dito isso, pode-se afirmar que o reconhecimento do direito à saúde implica na obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde mediante políticas públicas.

No Brasil, ainda que desde 1934 as Constituições disciplinassem algumas atividades relativas à saúde pública, foi somente com a Constituição de 1988 que houve a previsão do direito à saúde enquanto direito fundamental (artigo 6º CF/88: “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”, e artigo 196 CF/88: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”) (BRASIL, 1988).

De acordo com o que já foi dito antes, sendo norma de aplicabilidade imediata, o direito à saúde:

1. possui as dimensões objetiva e subjetiva, tendo titularidade individual e transindividual; 2. em sua dimensão objetiva, pode ser objeto de proteção judicial pelos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, sendo a legitimação processual ativa definida na Constituição, objetivando a defesa do Direito Constitucional à saúde em si mesmo; 3. em sua dimensão subjetiva, o direito à saúde é direito individual, denominado pelos juristas como “direito subjetivo público”, isto é, direito de alguém exigir certa prestação estatal e direito transindividual, em suas duas subespécies: direito coletivo e direito difuso (RIOS, 2009, s/p).

Também já se falou que a mera previsão normativa não garante a observância prática da norma, assim, necessária a previsão de outros meios que viabilizem a produção de resultados no plano fático. Um desses meios foi a política pública estabelecida através do SUS – Lei nº 8.080 de 1990 (BRASIL, 1990).

O Título II (Do Sistema Único de Saúde), da “Disposição Preliminar”, artigo 4º da referida lei, dispõe que o SUS é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Importante mencionar que o enquadramento do SUS como política pública poderia ser questionado, tal como observa Bucci (2006, p. 17), uma vez que a política pública “tem como nota distintiva atingir objetivos sociais em tempo e quantidade previamente determinados”; porém, vale frisar que o programa não visa resultados, mas objetiva uma nova conformação governamental em matéria de saúde. Outrossim, conforme dito antes, ainda que as políticas públicas possuam um caráter temporal, devendo durar pelo tempo necessário à realização dos seus objetivos, a ausência de menção a este lapso temporal não desnatura o conceito de política pública, sendo certo que o SUS possui objetivos sociais definidos.

Para fins deste trabalho, de modo a delimitar o objeto de pesquisa, conceitua-se política pública de saúde como as ações e os serviços de saúde prestados pelo poder público observados os critérios de gratuidade, igualdade, integralidade e universalidade, incluindo, aí, o SUS. Foram também consideradas, para fins da pesquisa, as atribuições

do SUS previstas na lei nº 8.080/90 (artigo 6º): a vigilância epidemiológica, a vigilância sanitária, a saúde do trabalhador e a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, bem como em outras áreas³³. Como existem leis específicas que tratam do bem-estar de idosos, crianças e adolescentes e estabelecimento prisional, esses temas não foram incluídos.

2.5.1 Eventos de relevância histórica-jurídica das políticas públicas de saúde no Brasil

Os estudos das políticas públicas de saúde no Brasil, ainda que de forma precária, remontam ao período Colonial, com a vinda da família Real³⁴. Nessa época, não havia um sistema de saúde estruturado. Apenas algumas ações em forma de campanhas eram desenvolvidas pontualmente, de forma a combater os surtos de doenças presentes à época.

Fatos como abolição da escravatura e, posteriormente, a proclamação da República, a intensificação da vinda de imigrantes para o Brasil, aliados à falta de uma política de saúde, propiciaram surtos de febre amarela e peste bubônica. Esse contexto acabou levando à política de higienização, sendo a questão sanitária tratada como uma

³³ Entende-se por assistência às pessoas a atenção à saúde tudo o que envolve o ser humano, como as ações de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação. A vigilância epidemiológica é um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças e agravos. Vigilância sanitária compreende as ações controle sanitário de medicamentos, alimentos, bebidas, cigarros, vacinas, serviços de saúde, portos, aeroportos e fronteiras, entre outros no intuito de eliminar e prevenir riscos à saúde.

A saúde do trabalhador são as ações que visam à vigilância epidemiológica e sanitária para promoção e proteção da saúde dos trabalhadores. Assistência farmacêutica envolve conservação, controle, segurança, eficácia, acompanhamento, avaliação e obtenção dos medicamentos (parágrafos 1º a 3º da Lei nº 8.080/90).

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados

³⁴ Para uma leitura aprofundada sobre o processo histórico que conduziu ao desenvolvimento de políticas públicas na área de saúde no Brasil, vide: LIMA (2002).

questão política. Foi criado o Departamento Nacional de Saúde e desenvolvidas campanhas de vacinação (BERTOLOZZI; GRECO, 1996, p. 382).

Em 1923, a Lei Elói Chaves representou um marco no surgimento da Previdência Social Brasileira, com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs). Por meio delas, algumas empresas, inicialmente as das estradas de ferro, ofereciam aos seus funcionários assistência médica, além de aposentadorias e pensões. A assistência médica curativa prestada pelas CAPs era financiada pelas empresas e seus empregados

Somente na década de 30³⁵, a partir da Revolução e do Estado Novo, foi criado no Brasil o Ministério da Educação e Saúde (em 1931). Esse período caracterizou-se ainda por alterações introduzidas pelo governo de Getúlio Vargas, como a Consolidação da Legislação Trabalhista e a estatização da previdência social, que passou a ser organizada por meio dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), criados em 1932. Esses institutos congregavam grupos de categorias profissionais, que contribuía obrigatoriamente (empregadores e empregados).

Contudo, conforme lembra Barroso (2007, p. 13), a saúde pública não era universalizada, beneficiando apenas os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência.

Com a instauração do regime militar, os antigos IAPs foram unificados, concentrando recursos financeiros, culminado com a criação, em 1965, do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Foram ainda criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social.

No entanto, todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. Porém, grande parte da população brasileira, “que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública” (BARROSO, 2007, p. 14).

³⁵ Segundo relatam Risi Junior e Nogueira (2002, p. 122): “as políticas sociais no período anterior à Revolução de 1930 eram fragmentadas e emergenciais, embora existam algumas iniciativas de políticas sociais importantes na década de 1920, como a instituição por lei dos Departamentos Nacionais do Trabalho e da Saúde, a promulgação, em 1923, do Código Sanitário e da Lei Eloy Chaves sobre assuntos previdenciários”.

O final do governo militar caracterizou-se por forte oposição e organização de movimentos populares, dentre eles o surgimento do Partido dos Trabalhadores. Intensificou-se também o movimento sanitário, em oposição às políticas de saúde até então adotadas (BERTOLOZZI; GRECO, 1996, p. 390).

O processo de reforma sanitária, desencadeado por intelectuais e profissionais do Movimento Sanitário, levou à realização da VIII Conferência Nacional da Saúde, em 1986, com o tema: Direito à Saúde, Sistema de Saúde e Financiamento. A conferência foi um grande avanço técnico e político, ao propor a criação do SUS, tendo como diretrizes: a universalidade, a integralidade das ações e a participação social, além de ampliar o conceito de saúde, colocando-o como um direito dos cidadãos e um dever do Estado.

Segundo Bertolozzi e Greco (1996, p. 392), “o processo de mobilização da sociedade teve continuidade nos trabalhos de elaboração da nova constituição democrática, que culminou com a aprovação de um capítulo inédito” sobre saúde na Constituição de 1988.

A CF/88, em seu artigo 194, institui um marco sem precedentes no conceito de seguridade social, entendido como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. A seção II dispõe expressamente sobre o direito à saúde (artigos 196 a 200 da CF/ 88) (BRASIL, 1988).

Segundo Mercadante (2002, p. 249), “o novo conceito impôs uma transformação radical no sistema de saúde brasileiro. Primeiro, reconhecendo a saúde como direito social; segundo, definindo um novo paradigma para a ação do Estado na área”. Posteriormente³⁶, o art. 196 foi regulamentado pela Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), instituindo o SUS, que inclui, entre seus princípios, a "igualdade da assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie" (art. 7º, inciso IV). O artigo 43 da referida Lei ainda garantiu a gratuidade dos serviços de saúde para todos.

O SUS foi concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais (artigos 16 a 19 da Lei nº 8.080/90), da Administração direta e indireta, cabendo à União, através do Ministério da Saúde, elaborar a sua estratégia nacional (planejamento, controle, avaliação).

³⁶ A regulamentação da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080) teve sua aprovação após amplo processo de mobilização, tendo em vista o momento de crise política que o país atravessava, com uma evidente tentativa do governo para adiar a implementação do SUS.

Em síntese, aos Estados compete, através das Secretarias de Saúde Estaduais, planejar, programar e organizar uma rede regionalizada e hierarquizada de serviços, cujo funcionamento deve acompanhar, controlar e avaliar. Compete ainda a função de coordenar os serviços assistenciais de alta complexidade, laboratórios de saúde pública e hemocentros sob a sua responsabilidade.

Por sua vez, compete aos Municípios a gestão e execução das ações e serviços públicos de saúde. O seu planejamento, organização, controle e avaliação, inclusive a gestão dos laboratórios públicos de saúde e dos hemocentros, bem como a celebração de contratos e convênios, controle, avaliação e fiscalização das atividades de iniciativa privada, que ocorre em caráter complementar, é atribuição do poder municipal.

Destaca-se, nesse modelo de gestão descentralizada, a grande importância dos municípios, principais executores das ações de saúde junto à população, uma vez que, a partir da CF/88, todos os cidadãos têm direito à saúde, independentemente de contribuição ou trabalho formal.

Importante salientar que, em decorrência da referida Lei, houve a democratização das políticas públicas de saúde. Isto porque o artigo da Lei nº 8.080/90 instituiu os fóruns setoriais para participação popular no desenho e na gestão de políticas públicas. O artigo 12 estabeleceu a criação de comissões intersetoriais subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, com o objetivo de articular as políticas públicas relevantes para a saúde.

O SUS representou uma ruptura com o modelo anterior, especialmente pelo seu caráter de gratuidade e generalidade. Foi a formalização da conquista do direito de todos à saúde e a única possibilidade de atenção para mais de 146 milhões de brasileiros³⁷.

Mais tarde, a Lei nº 8.142/90 regulamentou a LOS, definiu conselhos e conferências de saúde como instâncias mandatárias que, em níveis nacional, estadual e municipal, institucionalizaram a participação³⁸.

³⁷ Pesquisa do Ministério da Saúde, realizada em parceria com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revela que 71,1% da população foram a estabelecimentos públicos de saúde para serem atendidos. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/17961-71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

³⁸ Em função da criação do SUS e do comando centralizado do sistema pertencer ao Ministério da Saúde, o INAMPS torna-se obsoleto e é extinto em 1993.

Em 1994, uma das mais importantes estratégias na área de saúde foi a instituição do Programa Saúde da Família (PSF), reconhecida como sendo a política pública de maior potencial para alcançar – com custos suportáveis – a universalização do acesso à atenção integral. Em 1996, teve início a política de entrega gratuita de medicamentos aos portadores de HIV.

Em 1999, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão do Ministério da Saúde encarregado de dar garantias de que produtos, serviços e bens disponíveis à sociedade estejam adequados ao uso e consumo, de forma que não causem danos ou, ao menos, que eventuais danos sejam minimizados.

Ainda, em sintonia com as transformações em curso internacionalmente, deu-se início ao processo de reestruturação de sua assistência psiquiátrica, sob a coordenação do Ministério da Saúde. Em 2001, foi editada a Lei de Saúde Mental (Lei nº 10.216, de 6/4/2001), que prevê a desinstitucionalização de pacientes com longo tempo de internação.

No ano 2002, foi editada a Portaria nº 373, de 27/02/2002, que aprovou a Norma Operacional de Assistência à Saúde/NOAS-SUS 001/2002, cuja ênfase maior é o processo de regionalização do SUS, a partir de uma avaliação de que a municipalização da gestão do sistema de saúde, regulamentada e consolidada pelas normas operacionais, estava sendo insuficiente para a configuração do sistema de saúde, por não permitir uma definição mais clara dos mecanismos regionais de organização da prestação de serviços.

Em agosto de 2004, o Ministério da Saúde organizou uma oficina denominada Agenda do Pacto de Gestão, que teve como objetivo iniciar a discussão para a “revisão do processo normativo do SUS; e estabelecer as diretrizes, conteúdos e metodologia de trabalho para a elaboração de propostas para pactuação de questões fundamentais para o processo de Gestão do SUS” (CONASS, 2006, p. 3).

Posteriormente, em abril de 2006, com a publicação da Portaria GM/MS nº. 699, acontece a regulamentação das Diretrizes Operacionais dos Pactos pela Vida e de Gestão e a instituição de uma nova forma de transferência de recursos federais destinados ao custeio de ações e serviços de saúde em blocos de financiamento, com a publicação, também, da portaria GM/MS nº. 698³⁹.

³⁹ Notícia disponível em: <https://www.fen.ufg.br/fen_revista/v11/n1/pdf/v11n1a23.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2017.

O Pacto pela Saúde foi um instrumento concebido com objetivo de produzir mudanças significativas nas normativas do SUS e comporta três dimensões – Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão.

Integrando a agenda social lançada pelo presidente em 2007, foi lançado o PAC da Saúde, nome atribuído ao Programa Mais Saúde, que apresentou um plano detalhado de investimento e atuação de caráter prioritário do Ministério da Saúde, cujos pontos mais significativos foram a reiteração do elo entre saúde e desenvolvimento socioeconômico, a necessidade de articulação da saúde com outras políticas públicas, tendo a intersetorialidade no centro da estratégia, e a percepção da importância do setor sob o ponto de vista da geração de emprego, renda e produção. No espírito geral da Agenda Social, as ações para a saúde se inseriram na política de desenvolvimento voltada para aliar o crescimento econômico com o desenvolvimento e a equidade social⁴⁰.

Em 2012, foi regulamentada a emenda 29, através da Lei Complementar 141, que dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

Através da Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013, foi criado o programa Mais Médicos, que tem por objetivos ampliar e melhorar o atendimento aos usuários do SUS e formar mais profissionais na área médica.

No entanto, apesar de todas essas medidas e outras que aqui não foram mencionadas, há forte crise na área de saúde. Muitos são os problemas, desde a questão financeira até de gestão, conforme será visto a seguir.

2.5.2 Impressões sobre a situação atual da saúde pública brasileira

Saúde é uma das principais preocupações do brasileiro e também um dos maiores desafios dos governos. Problemas como a falta de mão de obra, estrutura para o atendimento e oportunidades para a capacitação dos profissionais, má gestão, fraudes e corrupção são recorrentes. Todos os dias são divulgados dados acerca da ineficiência do setor: falta de vagas em hospitais e leitos em UTI, filas de espera para conseguir uma consulta médica ou exame, falta de medicamentos e suprimentos básicos, pacientes

⁴⁰ Essa ‘linha do tempo’ foi construída a partir de dados históricos. Não enfatiza somente a dimensão assistencial e foi elaborada a partir dos dados coletados no site: <http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_politico_gestor/Unidade_4.pdf> Acesso em: 23 abr. 2015.

atendidos no chão de hospitais ou em leitos improvisados, falta de equipamentos e medicamentos, greves e paralisações em hospitais e unidades de saúde, ausência de profissionais capacitados, falta de repasse de verbas. Tudo isso faz com que percepção do cidadão em relação à saúde seja pessimista.

Em um levantamento do Ministério da Saúde divulgado em 2012 para atestar a qualidade do SUS, a média nacional ficou em 5,5, em uma escala de 0 a 10. Segundo a Agência Câmara Notícias (CÂMARA..., 2015), em 20 anos nenhum estado alcançou cobertura completa. Apenas dois ultrapassaram os 90% de cobertura: Piauí e Paraíba. Na outra ponta, sete estados têm atendimento abaixo da metade: Amazonas, Rio de Janeiro, Paraná, Roraima, Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal, com 20%. A consequência dessa e de outras falhas são hospitais lotados. Dados do Tribunal de Contas da União indicam que 64% dos hospitais estão sempre com superlotação. Apenas 6% nunca estão cheios⁴¹.

O financiamento do SUS é outro problema a ser resolvido. Apesar da promessa de atender a todos, o Brasil é um dos países que menos investe em saúde. Segundo a Agência Câmara de Notícias (CÂMARA..., 2015), menos de 490 dólares por habitante foram investidos no Brasil em 2012. Referências como o Canadá ou a Inglaterra investiram, respectivamente, mais de 4 e mais de 3 mil dólares por habitante no ano. Entre os países da América do Sul, a Argentina investe quase 700 dólares por pessoa e o Chile, quase 550.

Para o financiamento do direito à saúde, o art. 198 CF/88 (BRASIL, 1988) dispõe que a União, Estado e Municípios devem aplicar anualmente recursos em ações e serviços de saúde, mas não definiu os percentuais a serem aplicados.

Somente em 2000, a Emenda Constitucional 29 determinou que os municípios investissem em saúde pelo menos 15% do que arrecadam, e os estados, 12%. Já o governo federal deve investir, pelo menos, o mesmo valor do ano anterior reajustado pela inflação. Apesar de garantir investimentos mínimos, a regra não estimula o governo federal a fazer muito mais do que isso.

Conforme já visto em outra ocasião, desde a sua edição, diversos estudos demonstraram que a Emenda não vinha sendo cumprida pelos órgãos do executivo em

⁴¹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2012/03/de-0-10-indice-do-governo-da-nota-54-saude-publica-no-brasil.html>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

várias esferas e somente após 12 anos ela foi regulamentada através da Lei Complementar nº 141 – LC 141/2012 dispendo limites orçamentários para aplicação em saúde (ZAGURSKI; PAMPLONA, 2016).

Naquela oportunidade, já foi dito sobre o caos do sistema público de saúde no país: hospitais sem médicos, sem estrutura física adequada, não disponibilização de medicamentos gratuitos para distribuição (Programa Farmácia Popular), a insuficiência de UTIS, entre outros.

A falta de investimento adequado, somado às constantes denúncias de corrupção e má gestão do serviço público refletem a crise experimentada especialmente com o agravamento da crise econômica. A ameaça de uma crise social e as dificuldades políticas desde o processo eleitoral de 2014 reforçaram um cenário pessimista, conduzindo a economia à recessão. Com o impeachment da presidente Dilma Rousseff, o então vice-presidente Michel Temer foi alçado à condição de presidente e, com o objetivo de conter os gastos públicos, seu governo conseguiu aprovar a Emenda à Constituição nº 95 de 2016 (EC 95), que impõe um teto aos gastos públicos pelos próximos 20 anos. Novamente vem à tona a questão da destinação de verbas para a área da saúde.

A Federação Nacional dos Servidores e Empregados Públicos Estaduais e do Distrito Federal (Fenasepe) ajuizou perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5643) contra dispositivos da EC 95, que limita por 20 anos os gastos públicos. Também a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5633) contra dispositivos da Emenda. Essas ações aguardam julgamento.

Uma das queixas do governo federal é o gasto decorrente da judicialização da saúde, que, no Brasil, teve início a partir da década de noventa, quando começam a ser ajuizadas ações com pedidos de medicamentos antirretrovirais para o tratamento dos portadores do HIV⁴². Posteriormente, incrementou-se a busca judicial para obtenção de

⁴² Uma das primeiras decisões acerca do fornecimento de medicamentos ocorreu em 1999, no julgamento do RE 247.900 /RS, em que o Estado do Rio Grande do Sul argumentava que o fato de integrar o SUS não o tornaria responsável pela aplicação dos recursos destinados ao tratamento dos portadores de HIV, portanto, a União repassaria diretamente ao Município de Porto Alegre os recursos para esse fim, cabendo a tal ente federado o fornecimento dos medicamentos postulados.

remédios, realização de cirurgias, tratamentos médicos, chegando em 2011 a um total de 241 mil processos versando sobre questões de saúde, segundo dados do CNJ⁴³.

Neste cenário, é importante registrar a decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – AgR na STA 175/CE (STA 175), em que o STF conclui que a saúde constitui um direito público subjetivo, exigível perante o Poder Público, inclusive para fins de custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, devendo a justiça atuar quando aquele deixa de formular políticas públicas ou deixa de cumpri-las, especialmente quando emanam diretamente da Constituição (SOTO; LEAL; ZELADA, 2016).

Esta decisão, proferida após a Corte Suprema realizar a Audiência Pública da Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, é importante porque veio nortear a doutrina sobre o tema da judicialização da saúde, bem como as decisões dos demais tribunais, e, ainda, reconheceu expressamente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde (ainda que não tenha tido êxito no sentido de frear o número de processos ajuizados sobre o tema).

Vale também destacar que estão em tramitação os Recursos Extraordinários (REs) nºs 566.471 e 657.718, que tiveram repercussão geral reconhecida e tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na ANVISA. O julgamento desses recursos poderá trazer critérios para nortear a atividade dos demais juízes brasileiros, o que já foi experimentado sem sucesso através da STA 175.

Inúmeras críticas surgem a respeito da atuação do Poder Judiciário, conforme será visto na sessão seguinte. Dúvidas sobre a legitimidade da intervenção do Judiciário em políticas públicas, critérios e limites para a atuação do Judiciário suscitam diversas abordagens que parecem longe de um consenso.

Sem a pretensão de resolver o problema, buscou-se contribuir, lançar luzes num aspecto ainda não abordado da questão. Os tópicos seguintes seguem esse propósito.

⁴³ Pesquisa divulgada pela Agência CNJ de Notícias em 26 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 4 dez. 2016.

3 OS PODERES ESTATAIS E A EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO

Esta sessão propõe uma reflexão acerca das funções desempenhadas pelos poderes estatais, sob o prisma Federal e de forma não exaustiva, com ênfase na atividade do Judiciário face o fenômeno da judicialização.

Após uma breve exposição acerca da evolução do modelo de Estado culminando no Estado Constitucional de Direito, analisa-se a teoria da Separação dos Poderes em sua nova interpretação, a qual sugere uma aproximação entre Executivo, Legislativo e Judiciário. São também vistas as funções típicas e atípicas dos poderes, verificando-se que ainda há preocupação com uma possível invasão ou usurpação de funções de um poder em relação aos demais, especialmente em relação ao poder Judiciário.

Sabido que o poder Judiciário experimenta um momento de expansão, não só no Brasil, mas em muitos países, por motivos diversos, esse fenômeno é explorado. Sem ter a pretensão de esgotar o assunto, são abordadas as causas, bem como as principais críticas ao protagonismo judicial.

Dentro da atuação do Judiciário, distingue-se judicialização e ativismo. Nesse âmbito, analisa-se o controle judicial de políticas públicas, especialmente ante as indagações que surgem diante da (i)legitimidade desse poder para intervir numa esfera que não lhe é própria. Argumentos como o mínimo existencial e reserva do possível também são vistos.

3.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

Muitos dos países que abraçam o ideal democrático possuem entre seus fundamentos o princípio de separação dos poderes do Estado. A separação dos poderes do Estado tem suas bases definidas por meio de uma teoria consagrada após a análise de Montesquieu, no século XVIII⁴⁴, através da obra *O Espírito das Leis*, publicada em 1748.

⁴⁴ Antes de Montesquieu, na Antiguidade já havia precursores desta teoria. Aristóteles já distinguia a assembleia-geral, o corpo de magistrado e o corpo judiciário. Também Locke merece registro, pois já distinguia os poderes Legislativo, Executivo e Federativo. Para Locke, haveria supremacia do Legislativo (representantes da maioria) e, apesar de não se referir expressamente ao Poder Judiciário, e, ainda, de se referir a este como atividade meio do poder legislativo, vislumbra-se em seus escritos uma vital importância do poder judiciário em sua sistematização das funções de Estado.

Esta obra inspirou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, durante a Revolução Francesa, quando se definiu que um poder ficaria responsável pela criação das leis (Legislativo), outro pela execução dessas leis (Executivo), e um terceiro deveria verificar se elas estão sendo cumpridas (Judiciário).

A ideia de divisão de poderes, segundo a qual cada função governamental é exercida por um órgão específico, foi concebida para evitar os abusos de poder do Estado, através de um mecanismo que enfraquecesse a sua intromissão na esfera individual.

No contexto em que foi concebida, a separação dos poderes apresentava-se como uma resposta ao absolutismo então imperante, como garantia das liberdades individuais, na medida em que previa que o poder não deveria concentrar-se nas mãos do soberano, já que, desta forma, poderia tornar-se tirânico (DALLARI, 2013, p. 219). A partir dessas ideias, foi possível superar o Estado absolutista, uma vez que a lei não seria aplicada pelos mesmos homens que a fizeram. Em outras palavras, a centralização do poder poderia levar ao despotismo.

Neste momento, convém destacar que concepção francesa (noção de repartição de funções, como estratégia em face do absolutismo e da centralização de poder) distingue-se da concepção norte-americana, identificada com o ideal de *checks and balances*, ou seja, um sistema de freios e contrapesos, voltado ao controle do poder.

De acordo com a concepção francesa, mais difundida, a supremacia do Legislativo também se verificava em relação ao Judiciário, o que contribuiu para a tardia adesão dos países da Europa ocidental à jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade. A rigor, o Poder Judiciário seria, de algum modo, nulo, cabendo aos juízes atuar somente como a boca que pronuncia as palavras da lei. A reprodução fiel da lei produzida pelo Legislativo deveria estar refletida nas sentenças prolatadas nos casos concretos pela subsunção, o que impedia que os juízes lançassem mão de qualquer poder criador do direito. Como a função judicante estava vinculada à neutralidade judicial, o Poder Judiciário não detinha legitimidade de influência política no governo, de tal forma que lhe era vedado interferir na competência do Poder Legislativo e determinar a suspensão da execução de leis (FERRAZ JUNIOR, 1994).

Já a concepção norte-americana da doutrina da separação de poderes conferiu alguns temperamentos, como a noção de *checks and balances*, decorrente da diferenciada compreensão dos federalistas sobre a divisão de poderes no governo inglês, chegando à

conclusão de que a melhor aplicação da doutrina da divisão teria como qualidade a limitação do poder do parlamento. Afastou-se, desta forma, o modelo europeu, que conferia ao Legislativo papel predominante, mas sem cogitar o Poder Judiciário como uma esfera irrelevante e nula, ao contrário, o Judiciário passou a ter poderes interventivos sobre o Legislativo.

Segundo Carlos (2016, p. 159), da sistemática instituída nos três primeiros artigos pela Constituição americana de 1787 e das bases firmadas pela doutrina e pela jurisprudência da Suprema Corte americana, sobretudo após o caso *Marbury v. Madison*⁴⁵ (1803), nasce a concepção de

[...] controle entre os poderes, traduzida pelo sistema dos freios e contrapesos (*checks and balances*), de acordo com o qual as funções estatais devem ser fracionadas entre vários órgãos, que, por sua vez, colaboram no exercício de cada uma delas mediante controles recíprocos.

Neste contexto, vale destacar que o Estado, então Liberal, tinha como objetivo assegurar a liberdade individual, restringir a atuação do Estado na vida social (Estado mínimo⁴⁶). Ao mesmo tempo, era necessário retirar o poder dos juízes e obter segurança através da aplicação da lei, operando-se uma redução do direito ao disposto no texto legal. O Poder Judiciário no Estado liberal não deveria ser mais do que a boca da lei⁴⁷ (perspectiva europeia ocidental). Segundo Zagrebelsky (1995, p. 33), esta simplificação levou a conceber a atividade dos juízes como um mero serviço a favor da lei, uma simples busca da vontade do legislador.

⁴⁵ Não é gratuito, nesse sentido, o fato de os EUA terem vivenciado *Marbury v. Madison* já em 1803, reconhecendo claramente a vinculação do legislador à Constituição (a partir da influência do pensamento de Locke, não propõe separação e equilíbrio entre os poderes, mas sim, separação e subordinação entre eles), com a conseqüente possibilidade de o Judiciário invalidar as leis contrárias à Constituição, ao passo que a Europa, como um todo, sob a influência do pensamento liberal francês, somente reconhece a possibilidade de criação do controle (com fundamentos muito cautelosos de concepção do Tribunal Constitucional por Kelsen) na década de 1920, e, ainda assim, um controle tímido.

⁴⁶ Uma das obras que melhor retrata a teoria libertarianista – também denominada libertarismo – é *Anarquia, Estado e Utopia* de Robert Nozick. O autor afirma que o Estado deve apenas interferir na vida dos indivíduos, limitando-se às funções de proteção contra a força, o roubo, a fraude. "O Estado mínimo é o mais extenso que se pode justificar. Qualquer outro mais amplo viola os direitos da pessoa" (NOZICK, 1991, p. 170).

⁴⁷ A expressão é de Montesquieu, que define os juízes como apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor" (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

Todavia, com o passar dos anos, com a consolidação das liberdades conquistadas, o papel do Estado sofre outro questionamento, especialmente ante as crises econômicas: exige-se uma participação maior do Estado na regulamentação da vida das pessoas e da economia. Surge o Estado de Bem Estar Social ou Estado Social, que mais tarde, ante a ineficiência apresentada pelo Estado em fazer valer suas políticas protecionistas e gerar bens públicos, entra em crise.

Diversos fatores levaram à crise desse modelo de Estado. Para Miranda (2011, p. 42), essa crise deriva de causas ideológicas, “o refluxo das ideias socialistas ou socializantes perante ideais neoliberais quer de causas financeiras (os custos de serviços cada vez mais extensos para populações ativas cada vez menos vastas)”; de causas administrativas, “o peso de uma burocracia, não raro acompanhadas de corrupção”; e de causas comerciais, “a quebra de competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social”.

Atualmente, fala-se em um novo modelo de Estado: Estado Constitucional de Direito, onde a validade das leis em geral não depende apenas da sua forma de produção, mas da coerência de seus conteúdos com as normas constitucionais (ZAGREBELSKY, 1995, p. 34); a observância da Constituição confere validade à norma jurídica. Nesse cenário, a atividade jurisdicional se amplia. Se antes era dispensável qualquer atividade hermenêutica do julgador, agora, atribui-se a este o papel de dizer o direito no caso concreto. O Judiciário deixa de ser a boca da lei, mero repetidor do texto legal, e passa a dizer o direito efetivamente, dando concretude ao conteúdo da norma.

Nessa senda, também a teoria da Separação dos Poderes teve de ser revisada, pois sua rigidez passou a representar um entrave ao desempenho eficiente das atribuições estatais. O STF já se pronunciou nesse sentido, ao analisar a ADI 5105, em que foi relator o Ministro Luiz Fux:

O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República (BRASIL, 2016).

Assim, numa releitura, a teoria deixou de ser entendida apenas como instrumento de contenção dos poderes, e sim, de garantia da desconcentração das funções do Estado, de desempenho eficaz destas funções. Passa a associar a ideia de independência orgânica entre os poderes com a harmonização e interpenetração entre as funções exercidas por cada poder. Fala-se em colaboração entre os poderes distintos (BONAVIDES, 2014, p. 158).

Nessa perspectiva, a separação dos poderes envolveria “circularidade e complementaridade infinitas” (MENDES, 2011, p. 31), havendo diálogo permanente e cooperativo entre as instituições, tal como será visto mais adiante, na sessão 6.

3.1.1 As funções dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário

Conforme já dito anteriormente, a teoria da Separação dos Poderes foi adotada por diversos países democráticos, assim como ocorreu no Brasil desde a primeira Constituição Republicana, em 1891 (com exceção da Constituição de 1824, que estipulava um modelo quadripartido: Poderes Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário), o princípio da separação de poderes tem sido uma das pilstras do Constitucionalismo nacional.

Por sua vez, a atual Constituição brasileira traz a teoria no artigo 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, incluída como princípio estruturante da ordem político-constitucional brasileira na CF/88, atribuindo-lhe a condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III CF/88) (BRASIL, 1988).

Sem embargo, no Brasil, o clássico tema da separação dos poderes volta a ser debatido, porque, conforme afirmam Cittadino e Silveira (2013, p. 7), “está imperiosamente associado à discussão relativa ao grau de controle exercido pelos juízes sobre as questões políticas vinculadas aos atos dos poderes Executivo e Legislativo”. Explica-se: parte-se do princípio de que a Constituição é um sistema normativo aberto, permitindo interpretações alternativas razoáveis e soluções diferentes. Nesse contexto, questiona-se se a interpretação e aplicação da Constituição feita pelo Judiciário deve ser definitiva (última palavra), ou se deve permitir um diálogo com a interpretação da Constituição feita pelos representantes eleitos (Executivo e Legislativo) ou pelos cidadãos.

Nos países que adotam o modelo de controle forte de constitucionalidade, como o Brasil, o problema é, em regra, tratado como problema de separação de poderes, no quadro da autocontenção do Juiz, uma vez que a decisão judicial não poderia desvirtuar-se para o campo político, sob pena de uma possível usurpação dos poderes do Executivo e Legislativo. Essa problemática tem se acentuado nos últimos anos, especialmente no âmbito das políticas públicas, com a justiciabilidade dos direitos sociais (entre eles o direito à saúde).

Por justiciabilidade, entende-se a possibilidade de buscar a observância, o cumprimento dos direitos por meio do Poder Judiciário (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 37)⁴⁸, então, a justiciabilidade dos direitos sociais, ou seja, dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais é a possibilidade de sua efetiva aplicação, por meios de mecanismos jurídicos de exigibilidade (antecedendo, portanto, a judicialização).

Muito já se discutiu sobre a capacidade de revisão judicial de atos e omissões do Poder Executivo, bem como sobre a legitimidade do juiz para tomar decisões políticas, mesmo contra a vontade democrática, o que tem sido chamado de “dificuldade contramajoritária”⁴⁹.

No entanto, ainda são várias as questões enfrentadas para explicar a atuação judicial no âmbito da realização dos direitos sociais por meio de políticas públicas. Surgem questões como: os tribunais representam o espaço apropriado para a garantia dos direitos sociais fundamentais? Qual o alcance da intervenção do judiciário nas políticas públicas que pretendem proteger tais direitos? A intervenção do Judiciário em políticas públicas representa algum risco para a democracia e a separação dos poderes?

⁴⁸ No ordenamento constitucional brasileiro, a justiciabilidade também é considerada um direito fundamental, a par do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88).

⁴⁹ Termo utilizado por Alexander Bickel na obra *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 1962. 2ed. New Haven-London: Yale University Press, 1986, p. 16, que consistiria na oposição, suposta em qualquer Democracia, à possibilidade de o Judiciário ter a prerrogativa de anular atos dos demais poderes (Executivo e Legislativo), que têm legitimidade democrática, uma vez que são eleitos pelo povo, sobretudo, na medida em que ele mesmo, Poder Judiciário, não se submete ao regime de *Accountability*, isto é, os membros do Poder Judiciário não submetem seus cargos ao crivo das eleições. Para compensar essa dificuldade contramajoritária, Bickel defendeu o que chamou de "virtudes passivas" (*passive virtues*) na atuação do Poder Judiciário, de ordem a evitar, quando se cuidasse de anular atos dos outros Poderes, desnecessárias decisões com fundamentos e substância constitucional (normalmente, de característica política).

Nesse âmbito, a fim de tentar responder a esses questionamentos, convém analisar as funções exercidas pelos diversos poderes estatais para depois poder analisar criticamente a atuação do Judiciário.

3.1.1.1 Funções típicas e atípicas dos poderes

Como já dito antes, hodiernamente não se fala mais em uma rigorosa separação de poderes, até porque há certa impropriedade na expressão tripartição de poderes, uma vez que o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, se manifestando através de órgãos que exercem funções.

Em relação às funções, explica Silva (2011, p. 108):

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

Entretanto, a independência entre os poderes não é absoluta, para isso existe o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*),⁵⁰ impedindo um possível desequilíbrio entre os mesmos. Assim, poderá haver interferência de um poder em outro, com controle e vigilância recíprocos, uma vez que a harmonia pressupõe interferências funcionais, conforme bem salienta Silva (2011, p. 110-111):

Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contra-balanceada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da

⁵⁰ O sistema, cuja origem remonta a Montesquieu, procura restabelecer o equilíbrio no jogo entre os poderes. Para isso, os poderes dispõem de mecanismos como o *impeachment*, o veto a projetos de lei e a rejeição de veto.

República não o fizer no prazo previsto [...]. Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso. O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os Ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido [...] Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.

Diante desse modelo, os poderes não exercem somente as funções estatais que lhes seriam próprias, mas também desempenham funções denominadas atípicas ou impróprias, isto é, própria de outros poderes. Sobre o tema, escreve Carvalho Filho (2010, p. 3): “é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição”.

Desse modo, os poderes estatais possuem suas funções normais (funções típicas), e também desempenham funções que materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (funções atípicas). Alguns exemplos são os artigos 62 e 68 da CF/88, em que o Executivo exerce função típica do Legislativo.

a) Poder Legislativo

Tido com a expressão material da democracia representativa, no Brasil, o Legislativo é composto por representantes eleitos pelo voto direto em todas as esferas (municipal, estadual e federal). É dotado do chamado bicameralismo federal, do qual se extrai a composição de duas Casas: Câmara dos Deputados Federal e Senado Federal. A primeira composta por representantes do povo, e a segunda representa os Estados-membros e o Distrito Federal, tal como está disposto no artigo 44 da CF/88.

Dentre suas diversas funções, possuem as funções típicas relacionadas ao poder de legislar e fiscalizar (artigos 59 a 75 CF/88); e as funções atípicas relacionadas ao poder de administrar e julgar. Para Riani (2013, p. 141), a função legislativa decorre diretamente da Constituição, “inovando primariamente a ordem jurídica, trazendo novos direitos e obrigações, ou extinguindo, ou modificando, os existentes. O princípio

constitucional da legalidade [...]atribui ao órgão legislativo o poder de criar, de forma primeira, obrigações e direitos”.

A função atípica administrativa refere-se à organização do próprio poder Legislativo, preenchimento de cargos não eletivos, concessão de férias, licenças, etc. Já a função atípica, de natureza jurisdicional, ocorre na hipótese do artigo 52, inciso I CF/88, que atribui ao Senado Federal a função de julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (SILVA, 2010).

Em relação às políticas públicas, pode-se dizer que uma lei emitida pelo Congresso da República preside o seu desenvolvimento, através da qual procura a efetividade de um determinado direito. Esta lei define os parâmetros gerais de atuação do poder público, norteadores do desenvolvimento de uma determinada política. Conforme esclarece Torrens (2013, p. 192), “o *locus* preferencial que detém a responsabilidade de produzir leis que traduzam as linhas gerais da atuação governamental é o Poder Legislativo”.

Nos dizeres de Sabino (2016, p. 85):

[...] nas etapas das políticas públicas, o legislativo entraria primordialmente como canalizador da percepção dos problemas, já que representante dos anseios da população [...] e da construção da agenda, estabelecendo o problema e dando-lhe o primeiro tratamento.

Assim, o Poder Legislativo participa da formação de políticas públicas de várias maneiras: contribuindo para a identificação de problemas públicos; intervindo na formação da agenda; atuando na busca e escolha de soluções, por meio do processo legislativo; monitorando a execução e avaliando os resultados. Logo, a intervenção do Poder Legislativo ocorre em cada fase do *policy cycle*, tanto por sua atuação direta, quanto por intermediar a participação da população nesse processo (através de audiências públicas, debates públicos ou eventos institucionais para discutir temas de interesse da sociedade); apresenta e discute proposições e emendas, no processo legislativo; exerce o controle externo por meio da fiscalização e do monitoramento da implementação das políticas públicas (por exemplo, ao apreciar as contas prestadas pelo Executivo).

b) Poder Executivo

O Poder Executivo, segundo dispõe a CF/88, em seus artigos 76 a 91, desempenha como função típica a prática de atos de chefia de Estado, chefia de Governo e atos de administração.

Os atos administrativos são realizados por agentes administrativos, os quais, para desempenho desse mister, possuem poderes administrativos que são classificados pela doutrina clássica, consoante a liberdade para sua prática, em poderes vinculados e discricionários. Interessa ao presente estudo, de modo especial, o poder discricionário.

Para Meirelles (2008, p. 120), este “não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei”.

Esclarece-se que, mesmo quando praticado sob a égide do poder discricionário, quando não atendidos os requisitos legais, estará o ato sujeito à ação jurisdicional, no sentido de conter abuso do poder ou corrigir ilegalidade. Essa observação é especialmente relevante quando tratar de atos administrativos relacionados às políticas públicas, porque, muitas vezes, argumenta-se que as escolhas feitas pela administração (fases do *policy cycle* como percepção e definição do problema, *agenda setting*) estariam dentro de uma esfera política e discricionária, não sujeita ao controle judicial.

No entanto, esta não é a posição mais acertada, uma vez que

[...] a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 73).

De outro lado, as funções atípicas do poder Executivo podem ser de natureza legislativa ou jurisdicional. A função atípica de natureza legislativa mais conhecida é a Medida Provisória, descrita no artigo 62 da CF/88, embora dentro do processo legislativo haja ainda a Lei Delegada. No entanto, ainda, a título de funções atípicas, o Poder Executivo desempenha funções próprias dentro do processo legislativo (iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação). O veto, por exemplo, é parte do processo legislativo, quando se tratar de veto político, ou seja, falta de interesse público. Todavia,

quando o veto for “jurídico”, a atividade do presidente configura controle de constitucionalidade, ou seja, função Judiciária. A função jurisdicional ocorre quando o Poder Executivo julga processos administrativos, ensejando o denominado contencioso administrativo.

No âmbito das políticas públicas, o papel do Executivo revela-se de enorme importância, uma vez que será o principal responsável pelo processo de formulação e implementação dessas políticas. A posição central desse poder decorre especialmente ante a sua responsabilidade pela condução de políticas públicas dentro de um determinado orçamento:

[...] é ao Executivo que toca *planejar, implementar e avaliar os efeitos* das ações concretas que compõem a política pública. É o Executivo quem deve dar concretude ao comando legal, detendo até alguma margem de poder regulamentador, mas sempre atendendo ao constitucional primado da *legalidade* (SABINO, 2016, p. 91, grifos do autor).

A exclusividade constitucional do Executivo sobre matéria orçamentária e de organização da administração pública interfere diretamente no processo de elaboração e implementação das políticas públicas, uma vez que deverão ser previstos os gastos com obras, equipamentos, recursos humanos, entre outros.

c) Poder Judiciário

A função típica do Poder Judiciário é a atividade jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto diante de um conflito de interesses, observado o princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, CF/88) (BRASIL, 1988). Outrossim, as funções atípicas do Poder Judiciário são de duas naturezas: legislativa e executiva.

A função atípica de natureza legislativa é a independência que o Poder Judiciário tem de estabelecer seu regimento interno. Quanto à função atípica de natureza executiva, atribui-se ao Poder Judiciário administrar seus serviços e servidores, como, por exemplo, conceder licenças e férias aos seus magistrados e serventuários, conforme se denota da leitura do artigo 96, inciso I, alínea f da CF/88.

Dentre as funções do Judiciário, merece estudo mais aprofundado a possibilidade da invalidação dos atos normativos emanados do Executivo ou do

Legislativo dentro do controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), exercido conforme disposto na Constituição.

Já se consideraram os atos administrativos discricionários intangíveis à análise do Judiciário no que se refere ao mérito, ou seja, aos critérios de conveniência e oportunidade do administrador. Entendia-se que o julgador apenas poderia adentrar ao exame de legalidade do ato, de forma a verificar se foram obedecidos os critérios formais imprescindíveis à sua elaboração. Nesse sentido, a clássica obra de Fagundes (2010, p. 179): “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”. Hoje, este entendimento encontra-se superado. Admite-se o controle judicial dos atos administrativos vinculados e mesmo dos discricionários, ainda que com ressalvas, como leciona Di Pietro (2012, p. 224): “terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”. Nesses casos, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e averiguar se a Administração não extrapolou os limites da discricionariedade concedida pela norma legal.

Ocorre que, nessa função, o Judiciário acaba restringindo algumas soluções encontradas pelos demais poderes, tornando legítimas aquelas consideradas por ele próprio, uma vez que não só os atos administrativos, mas todos os atos subordinados à lei são contrastáveis pelo Judiciário, inclusive atos normativos infralegais (RIANI, 2013, p. 141).

Nesse sentido, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, afirmou que o controle de constitucionalidade acaba por ser visto pelo demais poderes como “estorvo na realização de dadas políticas. A decisão judicial que afirma a inconstitucionalidade de uma decisão legislativa traduz-se, não raras vezes, em obstáculo definitivo à consecução de determinados objetivos” (MENDES, 1997, p. 12).

Consoante disposto na CF/88, o STF exerce o controle concentrado de constitucionalidade, sendo o guardião da Constituição, no entanto, conforme alerta Mendes (2011, p. 23), de acordo com um modo convencional de olhar para o controle de constitucionalidade, o único guardião seria o Judiciário e os demais poderes teriam tarefas políticas, sem a responsabilidade de promover os valores constitucionais.

De fato, hodiernamente, conforme visto antes, o papel do Judiciário sofreu profundas mudanças. No Estado Constitucional de Direito, além de invalidar atos do

Executivo e do Legislativo que estejam em desacordo com a Constituição, cumpre aos juízes o papel de transformação da realidade da sociedade (STRECK, 2014, p. 43).

Observa Streck ([s.d], p. 7) que, se com o advento do Estado Social, em função do forte poder intervencionista do Estado, o foco passou a ser o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito, a inércia do Executivo e do Legislativo pode(ria) ser suprida pelo Judiciário quando aqueles ferirem a Constituição (STRECK, [s.d], p. 7).

Dentro dessa ordem de ideias, coube também ao Judiciário – juntamente com os demais poderes – a responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais e abriu-se a possibilidade de controle judicial de políticas públicas. Isso decorre da normatividade da Constituição e de seu compromisso com os direitos fundamentais.

Ora, se o Judiciário deve intervir, exercer o controle constitucional dos atos normativos em função da concretização dos direitos fundamentais, nesse mesmo sentido deve intervir nos demais atos públicos (como as políticas públicas), sempre no intuito de fazer cumprir a Constituição e os direitos fundamentais ali assegurados.

Em outras palavras, as políticas públicas (como meio de concretização de direitos), tradicionalmente, sempre estiveram a cargo do Poder Executivo, porém, com o advento do Estado Constitucional de Direito, em que vigora a centralidade da Constituição, a tarefa de dar efetividade aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional mediante a realização de políticas públicas também passou a ser do Judiciário. Em relação à jurisdição constitucional, a exemplo de Barroso (2014), vale destacar:

[...] jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais [...] A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Sobre esse novo papel do Judiciário e o poder atribuído aos juízes em relação às políticas públicas, Krell (1999, p. 256) faz a seguinte observação:

Exige-se, cada vez mais, a influência do Terceiro Poder na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços básicos, com ênfase no novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo.

Diante desse cenário, resulta inegável que o Judiciário deve assumir seu novo papel na realização dos direitos sociais, como ator dentro do âmbito das políticas públicas, e é esse papel, fruto da expansão do Judiciário que será analisado adiante.

3.2 O PROTAGONISMO JUDICIAL

Como já visto antes, apesar de Montesquieu ter conferido ao poder de julgar o status de um dos poderes do Estado, inaugurando a tripartição dos poderes nos moldes conhecidos atualmente, verifica-se que à época, propunha-se uma acentuação do papel do poder Legislativo e neutralização do Judiciário.

No entanto, com o decorrer do tempo, houve uma grande modificação nesse cenário. Segundo Arantes (2007), a derrubada dos regimes absolutistas e a consolidação dos primeiros Estados Liberais na Europa e nos Estados Unidos marcaram a transformação no papel do Judiciário, em especial no reconhecimento de sua autonomia (em alguns casos como poder do Estado, e em outros, como função estatal).

Arantes (2007, p. 82) observa que a Revolução Francesa de 1789 e a promulgação da Constituição da Filadélfia, em 1787, resultam em duas experiências paradigmáticas que deram origem a dois modelos constitucionais distintos, que, por sua vez, influenciaram diversos países: na França, o Poder Judiciário é adotado como função estatal, mas recebe apenas a tarefa de prestação de justiça comum na resolução de conflitos entre particulares. Já nos EUA, além dessa função de justiça comum, o Poder Judiciário é elevado à condição de Poder Político, com a tarefa de controlar os demais poderes. Essa diferença ocorreu porque, na França, o pensamento liberal foi utilizado com a finalidade de derrubar a monarquia Absolutista, esvaziando o Poder Executivo e dar total autonomia ao Poder Legislativo, tido como único e legítimo representante da vontade soberana do povo, expressa nas decisões de seus representantes.

Nos EUA, temendo a “tirania da maioria”, chegou-se ao consenso de que mesmo os poderes representativos, democraticamente constituídos, não poderiam ficar isentos de controle. Ao contrário dos franceses, não optaram pela total autonomia do

Parlamento e conferiram ao Poder Judiciário o status de poder político e a capacidade de controlar os demais poderes, colocando-se na defesa dos direitos individuais frente ao governo.

Dessa forma, ainda de acordo com Arantes (2007, p. 84), nos EUA, surgiu um modelo de Judiciário capaz de exercer o controle da constitucionalidade das leis, modelo seguido pela maioria dos Estados Democráticos subsequentes:

[...] essa função, conhecida como *judicial review* ou *controle de constitucionalidade das leis*, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente pela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas [...].

Vale lembrar que foi através da célebre decisão de John Marshall, *Chief-Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury versus Madison* (1803), que o poder da *judicial review* (revisão judicial) tomou vida, reconhecendo-se entre as atribuições do Poder Judiciário a possibilidade de deixar de aplicar a lei, por considerá-la nula em sua origem, principiando o sistema de controle de constitucionalidade (difuso)⁵¹:

O primeiro grande êxito do Judiciário na direção de ocupar espaço na arena pública, preenchendo o papel de guardião da Constituição, foi dado em 1803 no caso *Marbury versus Madison* [...]. Desde então, a participação de juizes na vida pública – uma possibilidade – converteu-se, cada vez mais, em fenômeno concreto. (...) A rigor, pode-se dizer que, a partir do século XX, a polêmica a respeito dos limites da atuação judicial e da necessidade de se velar pela Constituição universalizou-se, estendendo-se para as democracias europeias. O embate entre Kelsen e Smith é paradigmático. O desenlace a favor da criação de Cortes Constitucionais, como preconizava Kelsen, reafirma a pluralidade de soluções visando a proteger a democracia de ameaças, como a do nazismo. Esses Tribunais Constitucionais, especialmente depois da 2ª Guerra, foram instituídos em praticamente todos os países (SADEK, 2012, p. 13).

A importância da Constituição Americana para a grande maioria dos países da América Latina é enorme. Muitos países seguiram os institutos criados naquela constituição e os incorporaram no âmbito interno. Segundo Gargarella (2006, p. 177),

⁵¹ Sobre o controle de constitucionalidade e a separação dos poderes, interessante transcrever a observação de Jorge Miranda: “nos Estados Unidos, desde o início, se aceitou a faculdade de os tribunais em geral realizarem esse controle – por o poder constituinte ser superior ao poder legislativo e (como escreveu HAMILTON) uma lei inconstitucional, fruto de um poder constituído, dever considerar-se nula; [...] pelo contrário, na Europa, em nome da separação de poderes (ou de determinada maneira de a encarar) ou de identificação de lei com a vontade geral, esse postulado foi recusado durante mais de 100 anos” (MIRANDA, 2003, p. 63).

[...] dentre outras ferramentas, a nova Constituição federal outorgou ao Executivo os seus próprios instrumentos defensivos (o veto presidencial); habilitou a reação da justiça frente às decisões tomadas pelos poderes políticos (através de controle judicial de constitucionalidade); permitiu ao Congresso insistir com as suas iniciativas (sobrepondo-se ao veto presidencial, e re-elaborando as decisões impugnadas pela justiça), facultando-o, ao mesmo tempo, para processar os membros das restantes esferas do governo. De outra parte, o próprio Legislativo foi dividido em duas partes, animadas em princípio por interesses diferentes, e orientadas a se controlarem uma à outra: nenhuma norma pode se tornar lei até não contar com o acordo entre as duas Câmaras legislativas, o que significa que qualquer uma delas pode pôr freios às iniciativas (opressivas) da outra.

O Brasil também copiou o modelo de controle de constitucionalidade difuso dos EUA, já previsto na Constituição de 1891, embora, conforme destaca Arantes (2007, p. 84), tenham sido feitas posteriormente várias mudanças inspiradas no modelo concentrado (Europeu), constituindo o sistema constitucional brasileiro um modelo híbrido.

Além da grande importância adquirida pelo Judiciário, como órgão controlador da constitucionalidade de leis, este poder passou a experimentar um processo contínuo de expansão, que teve início no século XIX, estendendo-se até hoje. Neste contexto, Arantes (2007) destaca que, a partir da segunda metade do século XX, o Judiciário foi alçado à instância de implementação de direitos sociais e coletivos instituídos pelo chamado Estado de Bem Estar Social.

Diversos estudos e autores procuram explicar a expansão do Judiciário e suas causas. Arantes (2007, p. 99-100) cita dois enfoques: um enfoque mais sociológico, que associa a expansão do Judiciário à crise do Estado de Bem Estar Social e tem como principal representante Boaventura de Sousa Santos; e o outro, mais jurídico, associa o fenômeno à ampliação do acesso à justiça para direitos coletivos, que pode ser representado pela obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulada *Acesso à Justiça*. De modo diverso, Hirschl (2007) aponta três abordagens comumente usadas para explicar a ascensão do Judiciário: evolucionista, funcionalista e utilitarista (derivada da teoria econômica).

Os evolucionistas associam o fenômeno a um processo natural e inevitável diante do enfraquecimento dos governos e da ação de grupo de minorias organizadas em se protegerem contra a ameaça sistêmica do governo majoritário. Definem a tendência em direção à constitucionalização de direitos e o fortalecimento do controle de

constitucionalidade como um subproduto inevitável de uma nova prioridade quase universal dos direitos humanos logo após a segunda Guerra Mundial.

A concepção funcionalista também entende a ascensão do Judiciário como um processo natural que decorre das próprias pressões internas dentro do sistema político. A maior atuação do Judiciário seria a melhor maneira de superar a ingovernabilidade política, pois onde mais fraca ela estivesse, mais forte tornar-se-ia o Judiciário.

Por sua vez, o modelo econômico institucional, ou abordagem utilitarista, defende que o desenvolvimento das Constituições e a independência judicial monitorando o Legislativo e o Executivo conferem credibilidade ao regime, favorecendo os contratos, a inovação e o desenvolvimento.

No entanto, Hirschl (2007) discorda dessas abordagens e advoga a ideia de preservação hegemônica, afirmando que as elites políticas, econômicas e sociais transferem poder ao Judiciário, de forma voluntária em torno de interesses comuns, favorecendo estruturas institucionais que os beneficiem. Para ele, essa expansão de autoridade denominada de juristocracia (ou transferência de poder das instituições representativas para as judiciárias), decorre do modelo norte americano do *judicial review*, que atribui a juízes de cortes constitucionais o poder de decidir conflitos políticos e assuntos públicos. Fundamenta-se na hoje quase sagrada crença na legitimidade de se garantir direitos pela via judicial, mesmo contrapondo-se ao poder político emanado dos parlamentos (HIRSCHL, 2007).

Também Abramovich aborda o protagonismo judicial que, para ele, decorre – dentre outros fatores – do enfraquecimento das demais instituições⁵², fenômeno que também se verifica na América Latina:

A análise das circunstâncias históricas que levaram a um maior ativismo judicial em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina está diretamente relacionada com a existência de fatores políticos que outorgaram ao Poder Judiciário uma especial legitimação para ocupar novos espaços de decisão, anteriormente restritos aos demais poderes do Estado. A debilidade das instituições democráticas de representação, bem como a deterioração dos espaços tradicionais de mediação social e política contribuíram para transferir à esfera judicial conflitos coletivos que eram dirimidos em outros âmbitos ou espaços públicos ou sociais, reeditando em especial o tema dos direitos sociais – a velha polêmica sobre as margens de

⁵² Importante registrar a contribuição de Antoine Garapon que também analisou o fenômeno da expansão do Judiciário em obra intitulada *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*, na qual apresenta o Judiciário como instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o esgotamento da soberania parlamentar e a ineficiência do poder político.

atuação das instâncias judiciais em relação às instâncias administrativas. Em certa medida, o reconhecimento de direitos judicialmente tuteláveis limita ou restringe o espaço de atuação da administração pública (ABRAMOVICH, 2005, p. 204).

Trazendo essa discussão para o âmbito doméstico, observa-se também grande mudança na postura do Judiciário brasileiro.

Verbicaro (2008) ressalta que, nos países como o Brasil, cujo sistema jurídico tem origem no direito romano-germânico da *Civil Law* (em especial Europa Continental), o papel atribuído ao Judiciário sempre foi mais restrito, gerando uma tradição cultural marcada por uma tendência à auto-restrição dos juízes. No entanto essa tendência vem sendo modificada nos últimos anos, havendo diversos fatores que contribuiriam para o processo de judicialização da política:

[...] a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório (VERBICARO, 2008, p. 390).

Para Sadek (2001, p. 297), a transformação do Estado e o desenvolvimento de políticas de bem-estar-social forçaram uma mudança na postura do Judiciário, tornando-o um poder ativo e o novo constitucionalismo democrático reflete este processo, com uma crescente expansão do Judiciário e de seu papel político. Nas palavras de Vianna (2013),

O Poder Judiciário, na recriação da sua figura institucional pelo constituinte, a partir da sua presença concreta na história do país, deixa de ser o *tertius* à sombra dos demais Poderes, para se tornar o Terceiro Gigante de que fala a obra de Mauro Cappelletti. Tanto a democracia política quanto a democracia social têm ganhado com o novo protagonismo exercido pelo Judiciário: de um lado, pela imposição dos limites constitucionais à discricionariedade do Executivo; de outro, pela ocupação do vazio deixado pelo Legislativo em matérias altamente

sensíveis, que, em nome da adoção de padrões justos de convivência social, reclamam regulação.

O novo papel reservado ao Judiciário também está ligado ao desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito após a Segunda Guerra Mundial. Neste modelo, a legalidade da norma (formal) não é mais suficiente (os acusados de Nuremberg alegaram obediência à lei), rejeitando-se a ideia até então vigente de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e aos direitos fundamentais. Segundo Zagrebelsky (1995), a lei não é mais garantia de estabilidade, ela mesma se converte em instrumento e causa de instabilidade, fato que determina a superação do Estado Legal de Direito.

No Estado Constitucional, as normas constitucionais gravitam em torno dos direitos fundamentais e, nesse cenário, o Poder Judiciário, além de exercer o controle dos atos dos demais poderes estatais, é chamado a participar do processo de efetivação desses direitos, vez que o inciso III do art. 1º da CF/88 elenca o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado a obrigação de promover as condições que viabilizem as pessoas a viverem com dignidade.

Segundo Sarlet (2017, p. 24), ainda que o seu conceito seja de difícil clarificação, pode-se afirmar que a dignidade “constitui uma qualidade inata (natural) do ser humano, como algo inerente à própria condição humana” e representa “um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, promoção e proteção”.

Sarlet destaca também a relação íntima e indissociável entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais representam a concretização da dignidade da pessoa humana, de modo que são, direta ou indiretamente, expressão e limite da própria noção de dignidade, contidos em um núcleo de direitos fundamentais. Nesse sentido, a CF/88 constitui um verdadeiro sistema para a garantia e realização dos direitos fundamentais (e da dignidade humana), estando todos os Poderes Estatais a ela vinculados: “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral” (SARLET, 2017, p. 28).

Nesta perspectiva, no âmbito do Estado Constitucional, há uma mudança na atuação do Judiciário, antes voltada precipuamente ao controle de constitucionalidade. Pode-se afirmar, com arrimo nos ensinamentos de Leal (2014), que a diferenciação que

se apresenta na atuação da jurisdição passa, notadamente, por sua vinculação aos direitos fundamentais, enquanto conteúdos basilares da ordem jurídica:

A atual atividade jurisdicional desses Tribunais ultrapassa, em certa medida, a função meramente “negativa” de controle, vindo a adquirir, notadamente, uma dimensão construtiva e criativa, assentada na necessidade de concretização dos princípios e dos direitos fundamentais insculpidos nos textos das Constituições, onde figuras como as sentenças interpretativas e as sentenças manipulativas tornam-se cada vez mais frequentes, assim como os recursos a instrumentos hermenêuticos que viabilizem e instrumentalizem a tarefa de realização e de garantia dos direitos fundamentais, ainda que isto implique numa transposição das funções que tradicionalmente lhe foram reservadas (LEAL, 2014, p. 127).

A atuação do Judiciário nesse novo modelo estatal será aprofundada na sequência, especialmente no item referente à judicialização e ao ativismo.

3.3 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DOS DEMAIS PODERES ESTATAIS

Tem prevalecido, em grande parte da doutrina, a tese de que a legitimidade do controle judicial encontra fundamento na busca pela realização dos direitos fundamentais (MIRANDA, 2003, p. 70).

Outrossim, a questão não é pacífica, e diversas críticas podem ser encontradas ao controle de constitucionalidade sob diversos aspectos. Uma das principais críticas diz respeito à legitimidade do Judiciário para impor sua opinião sobre a maioria, uma vez que, ao invalidar atos dos demais poderes, estaria invalidando atos emanados de representantes eleitos pela maioria do povo, enquanto que os juízes não são eleitos. Em outras palavras, questiona-se o caráter contramajoritário ou a ausência de legitimação democrática da jurisdição constitucional.

Ainda sobre a questão da legitimidade, Cappelletti (1993) acrescenta a impossibilidade de prestar contas à sociedade, uma vez que as decisões judiciais não estão sob o crivo da população:

[...] a objeção em questão desenvolve-se no sentido de que num sistema democrático é, obviamente, assegurada a independência dos juízes, mas tanto mais são esses independentes, tanto menos obrigados a ‘prestar contas’ das suas decisões ao povo ou à maioria deste e a seus representantes (CAPPELLETTI, 1993, p. 93).

Barroso (2009, p. 10-16) elenca os seguintes argumentos contrários à legitimidade do Judiciário: riscos para a legitimidade democrática – “onde estaria a legitimidade do Judiciário para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?”; na politização indevida da justiça: “uma decisão jurídica ou política?”; e nos limites da capacidade institucional do Judiciário: “qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria?”

Por sua vez, Gargarella (1997, p. 57) elenca três argumentos a respeito da inadmissibilidade do Poder Judiciário invalidar leis ou atos emanados do poder Legislativo. Sob o “Argumento histórico”, afirma que frequentemente as Constituições não refletem a vontade popular, posto serem frutos de um processo constituinte bastante antidemocrático e com pequena participação popular. Ao lado do argumento histórico, o “intertemporal” (p. 58) designa a crítica acerca da possibilidade de gerações passadas controlarem, por meio de normas com um procedimento de modificação agravada, quando não imutáveis, as gerações presentes e futuras. Sob a denominação “Argumento sobre a interpretação”, o autor (p. 59-60) afirma que os juízes, ao interpretarem e aplicarem a Constituição, não agiriam simplesmente declarando a vontade preestabelecida dos constituintes (mera leitura), é dizer, o consenso popular sobre o qual se erigiu o texto, mas exerceriam forte papel criativo e integrativo, potencializado pela relativa indeterminação semântica dos significantes constitucionais. Esta circunstância conferiria aos juízes um poder extraordinário, cuja titularidade deveria ser atribuída ao povo.

No entanto, esses argumentos não são suficientes para afastar a revisão judicial e a legitimidade do Poder Judiciário, como se verifica a seguir.

Em relação ao déficit democrático para escolha dos juízes, Gargarella (1997, p. 62) já assinala que, embora não eleitos pelo povo, são nomeados conforme a Constituição, tendo a legitimidade fundamento no próprio texto constitucional, acrescentando que os magistrados estão em contato com o povo talvez até mais que os legisladores.

Em relação à ausência de participação popular e atuação dos cidadãos no sentido de fiscalizar o poder Judiciário, vale lembrar que, numa democracia representativa, mesmo em relação àqueles que são eleitos, há déficits em relação à participação popular e fiscalização. Não raro os representantes eleitos deixam de defender

os verdadeiros interesses dos eleitores. Não se pode ainda esperar uma participação expressiva da população numa sociedade como a brasileira, onde as pessoas não possuem nem mesmo suas necessidades materiais atendidas, sendo muito difícil exercer livremente a democracia e a liberdade de expressão e fiscalização (*accountability*):

[...] nos últimos anos, o que se tem constatado é o funcionamento formal da democracia, porém, sem mecanismos eficazes de fiscalização. [...] Em tal cenário, a demanda de consolidação democrática atualmente vai além da dimensão formal, e inclui a redução da pobreza e da desigualdade social. Esses aspectos requerem um novo desenho político que aumente a produtividade social por meio da fiscalização da gestão pública (BAQUERO, 2008, p. 405-406).

Vale lembrar, ainda, que há uma espécie de fiscalização do Judiciário, uma vez que os processos são públicos e o juiz tem de fundamentar suas decisões e publicá-las, tornando-as mais legítimas e surtindo um efeito de responsabilidade perante a sociedade (CAPPELLETTI, 1993, p. 98).

Outro argumento capaz de afastar o caráter antidemocrático, trazido por Cappelletti (1993, p. 99), é a possibilidade de o Judiciário contribuir para a “representatividade geral do sistema”, permitindo que minorias ou grupos que normalmente não teriam proteção no sistema político (grupos marginais) tenham chance de participação através do acesso à justiça.

Respondendo às demais questões levantadas, Barroso (2009) admite a legitimidade do Judiciário para o controle de constitucionalidade com fundamento na Constituição. Tal como Gargarella, afirma que o poder é atribuído ao Judiciário (e aos juízes) pela própria Carta Magna, e que “ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo” (BARROSO, 2009, p. 11).

Outra objeção diz respeito à tomada de decisões políticas pelos juízes, chamada de judicialização, uma vez que fere a neutralidade política do Judiciário. Significa que questões de “repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 3). A judicialização decorre de causas múltiplas, algumas comuns a diversos países, outras aplicáveis ao Brasil em particular, que serão adiante vistas.

Contudo, a possibilidade de o juiz tomar decisões políticas decorre da própria atividade de interpretação da Constituição, que, segundo Barroso (2009), sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, lembrando, ainda, que o juiz só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria. Sobre a objeção relacionada à falta de capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, afirma que o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir (responder à pergunta: de quem deve ser a última palavra?). Essas questões serão retomadas na última sessão da tese, quando abordar-se-á a teoria dos diálogos institucionais.

Outra objeção consiste em admitir que a intervenção do Judiciário em questões políticas significa adentrar no âmbito das escolhas políticas do Executivo e Legislativo. Neste sentido, somam-se ainda outras questões: a teoria da reserva do possível (a questão dos gastos públicos) e a observância do mínimo existencial. Estes argumentos serão analisados na próxima sessão, que aborda os limites para intervenção judicial em políticas públicas.

Porém, antes de analisar os argumentos acima, faz-se necessário um aprofundamento sobre a distinção entre judicialização e ativismo (normalmente mencionado quando se trata do protagonismo do Judiciário).

É certo que a superação dos limites impostos pelo positivismo (quando surge uma nova forma de pensar o Direito, com uma atuação mais incisiva dos juízes no processo interpretativo do Direito) e o incremento da atividade judicial, somado ao controle de constitucionalidade, levaram ao poder Judiciário temas antes restritos à esfera de deliberação dos outros poderes, como a implementação de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais.

Essa atividade é chamada de judicialização, outras vezes de ativismo, termos muitas vezes usados indistintamente, vez que ambos estão associados ao fenômeno do crescente protagonismo do poder Judiciário. No entanto, são fenômenos distintos.

Há alguma dificuldade na doutrina brasileira na distinção dos termos judicialização e ativismo, não existindo um conceito único, uma vez que é possível acolher um conceito de acordo com o contexto ou tipo de análise efetuada. É necessário um esclarecimento a respeito da concepção adotada, sob pena de gerar confusão e resultar

numa banalização do termo, chegando a afirmar-se que tudo é ativismo, tornando-se um rótulo pejorativo a ser utilizado para analisar o comportamento judicial.

Na tentativa de extirpar qualquer confusão a respeito da acepção em que os termos ativismo e judicialização são utilizados neste trabalho, propõe-se um estudo detalhado de ambos.

3.3.1 O fenômeno da Judicialização

O termo judicialização tem sua origem na obra de C. N. Tate e T. Vallinder (1995), em que foram formuladas linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. “Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas (KOERNER; MACIEL, 2002, p. 114).

Em Barbosa (2013), encontram-se dois distintos significados para judicialização, atribuídos por Tate e Vallinder:

(1) The expansion of the province of the court so the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or, at least; (2) The spread of judicial decision-making methods out side the judicial province proper.⁵³

Hirschl (2013) apresenta três categorias de judicialização, as quais foram sintetizadas por Barboza e Kozicki (2012, p. 61) nos seguintes termos:

(i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; (ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; (iii) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.

No Brasil, o termo refere-se às transformações constitucionais pós 88, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos

⁵³ Traduzido para o português: “(1) a competência das cortes e dos juízes, em detrimento dos políticos e dos administradores, quer dizer, a transferência do poder decisório do legislativo, do executivo ou da administração pública para as cortes ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos próprios de tomadas de decisão judicial para além da jurisdição apropriada”.

de proteção judicial (VIANNA, 1999). Sobre o fenômeno da judicialização no caso brasileiro, Barboza e Kozicki (2012, p. 60) afirmam:

[...] a adoção de Constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais supremos e protegidos contra as maiorias parlamentares, resultou em um novo modo de interpretar e aplicar o Direito. Isto, por sua vez, implicou [...] um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância desse poder nas decisões políticas do Estado brasileiro, colocando essa questão no centro do debate jurídico e político atual.

Para Koerner e Maciel (2002, p. 115), “a expressão ganhou o debate público e, com isso, multiplicaram-se os seus usos e sentidos, tornados às vezes contraditórios”. Geralmente é utilizada em sentido normativo, “tanto em relação ao papel atual dos agentes do sistema judicial, assim como em relação a propostas sobre a extensão adequada do seu papel na democracia brasileira”.

No presente estudo, a expressão judicialização é utilizada para designar a transferência do poder decisório do legislativo, do executivo ou da administração pública para as cortes, ou a transferência de parte do poder político para os tribunais, redesenhando os próprios papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 61).

Como dito na sessão anterior, as normas que contemplam direitos fundamentais – dentre eles os direitos sociais – são imediatamente aplicáveis e também exigíveis, ainda que pela via judicial (direito subjetivo). Nas palavras de Sarlet (2016?, p. 26), “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”.

Pode-se então afirmar que a judicialização refere-se ao protagonismo do Judiciário para tratar de questões antes não enfrentadas por esse poder. Dentro deste fenômeno, insere-se a realização dos direitos fundamentais.

3.3.2 Ativismo judicial

O termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos com a publicação do artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, na Revista *Fortune*, no ano de 1947, autoria do jornalista Arthur Schlesinger Jr. Na ocasião, o referido jornalista dividiu os juízes da Suprema Corte Americana em “Ativistas” e de “Auto Contenção”. Explicou que os

ativistas propendiam a usar seu poder de julgar para efetivar o que entendiam adequado para a promoção do bem-estar social.

Utilizando o conceito de Richard W. Garnett, segundo Souza Junior e Meyer-Pflug (2013, s/p), no contexto americano “o termo ativismo judicial é utilizado politicamente com o fulcro de denegrir decisões emanadas das Cortes as quais contrariam as vontades políticas”, portanto, “compreende precipuamente as decisões que invadem a esfera de políticas públicas”.

Há quem encontre no célebre julgamento do juiz norte americano John Marshall sobre o caso *Madison versus Marbury* (1803) a origem do ativismo (antes mesmo da criação do termo). Nessa concepção, o ativismo seria a ingerência do Poder Judiciário no Legislativo, configurando o controle jurídico nas decisões políticas⁵⁴.

Segundo Barroso (2009, s/p), o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora e evoluiu para progressista:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast X Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973).

No entanto, é necessário salientar que o modo como a interpretação ocorre no sistema da *commom law* é diverso do sistema de países que adotam o sistema *civil law*, como o Brasil. Nos EUA, por exemplo, quando a Corte decidiu o caso *Roe x Wade*, em 1973, falou-se em ativismo porque a ação versava sobre o pedido de interrupção de gravidez decorrente de violência contra a mulher e o Tribunal não deliberou apenas sobre o aborto nessas condições, como o caso requeria, mas decidiu de forma ampla (o que causou o efeito *backlash* à época).

⁵⁴ Nesse sentido, interessante texto de Campos (2013), no qual comenta a chamada “pré-história do ativismo judicial”.

Na Argentina, por exemplo, ao comentar sobre o uso dos tribunais pelos cidadãos para canalizar demandas sociais ao Estado, Abramovich (2009, p. 1) afirma que o conceito de ativismo compreende “la mayor disposición de los tribunales a involucrarse en estos asuntos, fiscalizar políticas públicas y/o (re)establecer equilibrios em las relaciones contractuales entre particulares”.

Essa última noção de ativismo parece identificar-se com o que aqui denomina-se judicialização. Justamente por essas divergências conceituais, não é possível importar um conceito alienígena para o Brasil sem considerar as características do nosso sistema. Na tentativa de formular um conceito próprio, vários autores se manifestaram sobre o tema.

Para Vieira (2009, p. 48), o ativismo judicial poderá ser entendido como a frequência com que o Judiciário invalida ações (normas) oriundas de outros poderes, ou seja, “com que frequência os tribunais retiram a decisão das mãos dos eleitores”, e também a atividade do juiz ou tribunal que “procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático”. Para este autor, o ativismo caracteriza-se como um procedimento “construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional”.

Tassinari (2012, p. 41), a partir da teoria de Lenio Streck, aduz que o ativismo se refere ao comportamento do juiz, a postura adotada na tomada de decisões, obedecendo a suas vontades:

[...] o ativismo judicial é gestado exclusivamente pela sistemática jurídica, referindo-se a um problema propriamente do Direito, na medida em que se constitui em um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento.

Para Barroso (2009, p. 6), “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Afirma que a postura ativista se manifesta mediante:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente

e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

Veja-se que especialmente a conduta especificada no item (i) reflete a ideologia presente no sistema *civil law*, ao passo que o termo ativismo foi concebido no âmbito da *common law*. Nesse sentido, Pádua (2015, p. 140) critica a importação do termo cunhado por um historiador a partir da observação do comportamento da Suprema Corte americana, uma vez que, como dito antes, são inúmeras as diferenças entre os sistemas (*common law* e *civil law*).

Branco (2011, p. 387) constata se tratar a expressão ativismo judicial de um conceito fugidio, observando as origens de seu nascimento “num contexto não técnico”, nascida com marcas de superficialidade. Tal expressão estaria mesmo “vocacionada à equivocidade e à trivialidade de método no seu emprego”, recebida no Brasil mesmo com vícios de origem.

De fato, um juiz ativista no Brasil não pode ser rotulado com a mesma expressão utilizada no sistema norte-americano, pois naquele sistema, as matérias não foram expressamente reguladas pelo legislador, valendo-se o magistrado da interpretação (em especial dos precedentes), enquanto o sistema brasileiro (de tradição *civil law*) traz na sua origem a ideia de completude do sistema através da lei, dos Códigos. Necessário então levar em conta os pressupostos e a compatibilidade com o sistema *civil law* e a democracia constitucional brasileira, não se podendo simplesmente importar o termo.

Nesta mesma linha de raciocínio, Ramos (2010, p. 104) aponta como importante a visão de Direito Comparado sobre o ativismo judicial: “porquanto, se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário”.

Consoante este pensamento, ativismo implica no exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010).

Para Leal (2010), a expressão está associada à ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário, razão por que chamar-se de ativista um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional.

Por outro lado, se a função primordial do Judiciário é a observância da lei e a concretização dos ditames constitucionais, uma interpretação judicial no sentido de fazer observar ou cumprir um direito fundamental não pode ser considerada ativista. O ativismo configuraria uma postura inconstitucional.

Analisando as posições acima, o entendimento adotado no presente estudo é pela possibilidade do controle judicial de políticas públicas, de sua legitimidade, uma vez que compete também ao poder Judiciário a missão constitucional de concretização dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, justifica-se o título deste trabalho ao referir-se à judicialização e não ao ativismo: sempre que o Judiciário invalidar atos dos demais poderes, dar interpretação divergente ou não obedecer aos cânones tradicionais de interpretação, ou, ainda, compelir os demais poderes a agir porque sua omissão viola a Constituição, ou ainda corrigir uma ação inconstitucional dentro do ciclo das políticas públicas, não estará sendo ativista.

Pelo contrário, a intervenção do Poder Judiciário também no âmbito das políticas públicas está em perfeita sintonia com a harmonia entre os poderes e o mecanismo do *checks and balances*, uma vez que em nada ficaria violada a democracia, no que diz respeito à tripartição de poderes, quando o Judiciário estiver sendo demandado a atuar em defesa de direitos fundamentais.

3.4 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Admitido o controle de constitucionalidade pelo poder Judiciário, bem como sua legitimidade, desdobra-se outra questão: o controle judicial de políticas públicas. É que, por muito tempo, acreditou-se que as questões relativas a políticas públicas (ligadas ao mérito administrativo) eram privativas do Executivo, não cabendo ao Judiciário interferir nas esferas de outros poderes, sob pena de ferir a teoria da Separação dos Poderes.

Hodiernamente, de acordo com a nova interpretação da teoria da Separação dos Poderes, não pode ser afastado o controle judicial de atos dos demais poderes, ainda

que muitas vezes estejam compreendidos dentro das chamadas funções típicas do Executivo e Legislativo. Assim, segundo Canela Junior (2009), dentro do controle judicial inserem-se as políticas públicas, uma vez que são compreendidas como:

[...] um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade (CANELA JUNIOR, 2009, p. 69).

Em sua tese de doutorado, este autor esclarece que todos os atos dos agentes públicos, de qualquer dos Poderes Estatais, devem ser praticados em harmonia, com vistas ao atendimento dos objetivos do Estado (art. 3º CF/88). Nessa ordem de ideias, a conduta – omissiva ou ativa – dos agentes públicos que contrariar os objetivos constitucionais estará sujeita ao controle de constitucionalidade (CANELA JUNIOR, 2009, p. 68).

Neste diapasão, dentro do controle de constitucionalidade, o Judiciário fará o trabalho de confrontar o desenho das políticas públicas assumidas com os standards jurídicos aplicáveis (Constituição) e, caso haja divergências, deverá corrigi-las ou reenviar a questão aos poderes pertinentes para que realizem os ajustes necessários. Não cabe ao Judiciário a tarefa de desenhar – sozinho – as políticas públicas.

Por outro lado, consoante destacam Abramovich e Courtis (2004, p. 251), uma vez que as normas constitucionais fixem pautas para o desenho das políticas públicas e os poderes respectivos não tenham adotado nenhuma medida, deverá o Judiciário reprovar essa omissão e determinar aos demais poderes que elaborem alguma medida. A correção da política pública poderá ocorrer em qualquer fase do ciclo das políticas públicas, eis que o comportamento inconstitucional poderá também ocorrer em qualquer momento.

Blandón (2012, p. 277), ao estudar a Corte Constitucional Colombiana, distingue duas circunstâncias em que ocorre a participação do Judiciário: na formação teórica do conceito de política pública no país e no processo de uma política pública específica. Essas duas situações também podem ser verificadas no Brasil, veja-se: com a judicialização e a provocação do STF, houve a formação de uma jurisprudência sobre

políticas públicas, reconhecendo-as como direito subjetivo, delimitando seu conceito e o debate sobre os distintos papéis que o Judiciário tem assumido no seu processo de elaboração, tendo em conta as fases do ciclo das políticas públicas. Também já houve pronunciamento da Suprema Corte brasileira a respeito de políticas públicas específicas, como no caso do fornecimento gratuito de medicamentos (STA 175).

Para Blandón (2012, p. 280), a atuação da Corte Constitucional que maior debate tem provocado tem a ver com os distintos papéis que ela tem assumido no processo ou ciclo das políticas públicas. Por exemplo, na fase de definição e incorporação da agenda: embora a definição de quais problemas possam ser efetivamente incluídos nas políticas públicas tenha ocorrido na arena política, nem todos os problemas chegam a ser incluídos nessas políticas, assim, a Corte contribui para a representação de um assunto como problema, tornando-o visível e chamando atenção sobre a necessidade de se adotarem medidas por parte dos órgãos competentes. Isto ocorre quando a corte exorta as autoridades a cumprir suas obrigações e adverte sobre a necessidade de intervir num determinado assunto.

Esclarece também que, num segundo momento, embora um problema tenha sido reconhecido numa política pública, não obteve por parte do Estado o tratamento adequado para sua superação. A corte ordena que as entidades competentes executem as medidas necessárias quando estas existem ou a sua readequação quando insuficientes ou inadequadas a juízo do Tribunal (BLANDÓN, 2012, p. 281).

Um exemplo no caso brasileiro é a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 MC sobre o sistema carcerário, onde o STF, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional (teoria importada da *Sentencia de Unificación SU 559* da Suprema Corte Colombiana), também reconhece sua competência para atuar nas fases do ciclo das políticas públicas com o efeito desbloqueador, cujo propósito é despertar as demais autoridades de seu estado de inatividade, ordenando-lhes a adoção de medidas contra a violação massiva de direitos (BRASIL, 2016).

A atuação nessa fase do ciclo da política pública é a mais recorrente, pois, em princípio, não gera maiores questionamentos sobre sua afetação ao princípio democrático e a separação dos poderes, na medida em que a Corte intervém ante a omissão ou atuação defeituosa dos órgãos públicos, porém, esses conservam a competência para desenhar as

ações pontuais e definir os pressupostos e indicadores de suas políticas (BLANDÓN, 2012, p. 283; ABRAMOVICH, 2005, p. 206).

Na fase de formulação de alternativas de solução e decisão, o juiz assume, de algum modo, o papel de *policy maker*, intervindo no desenho das medidas que conformam a política pública, indicando seus delineamentos, os responsáveis pela execução, operacionalidade, prazos e medições.

Prosseguindo no ciclo das políticas públicas, na fase de implementação, ainda se referindo à Corte Colombiana, Blandón (2012, p. 287) esclarece que de pouco servem as ordens emitidas pelo Tribunal para que as autoridades formulem medidas frente a um problema se o seu cumprimento não é supervisionado por quem emite a ordem e pelos cidadãos afetados pela situação que a originou. Desta forma, a Corte deve atuar como órgão de articulação de uma rede de atores, agindo para exigir e fiscalizar a execução da decisão judicial. Na etapa de avaliação, a corte avalia a adequação dos instrumentos desenhados em vista dos objetivos perseguidos. É o momento de analisar a idoneidade das políticas, realizar um juízo de adequação dos instrumentos desenhados a respeito do problema que buscam solucionar, indicando possíveis ajustes.

Ao comentar o controle judicial de políticas públicas, Abramovich (2005, p. 203) esclarece que a resposta da administração judicial às ações coletivas motivadas pela inação do Estado pode assumir diversos perfis.

Em princípio, a atuação judicial pode consistir em declarar que a omissão estatal constitui uma violação do direito em questão, e assim intimar o Estado para que assuma a conduta devida. Nesses casos, cabe ao órgão judicial indicar ao poder público o caráter da conduta devida: seja a partir do resultado concreto requerido, sem considerar quais meios empregar (por exemplo, o acesso de uma parcela da população a serviços médicos ou o remanejamento de pessoas despejadas arbitrariamente); ou ainda, no caso de existir uma única medida possível para obter-se o resultado requerido, descrevendo com precisão a ação que deve ser adotada. Em tais hipóteses, a informação pública disponível e a conduta prévia do Estado, seus “atos próprios”, se revestem de enorme importância, pois contribuem para amparar a discussão sobre assuntos de “política pública” ou de índole técnica – por exemplo, acerca das prioridades orçamentárias ou de formulação, projeto ou implementação de medidas oficiais específicas.

Abramovich (2009, p. 50) ordena o tipo de matérias ou assuntos sobre os quais podem os tribunais serem convocados a decidir a respeito de políticas públicas: a) decisões judiciais que invalidam políticas sociais por serem contrárias a standards jurídicos; b) decisões judiciais que dispõem sobre a implementação de políticas públicas

definidas pelas instâncias políticas e não executadas pelos órgãos inferiores ou locais; c) decisões judiciais que obrigam a definir políticas públicas ou empreender reformas estruturais dos sistemas de proteção social, a partir da aplicação direta das normas constitucionais; d) decisões judiciais que reconfiguram aspectos parciais das políticas públicas ou dos sistemas de proteção social em curso, obrigando a estender o alcance das prestações e serviços a supostos não contemplados e beneficiários excluídos; e) decisões judiciais que ordenam reformular os procedimentos para a elaboração e implementação das políticas, os espaços de participação e os níveis de informação pública disponível sobre elas.

O autor lista uma série de remédios ou medidas judiciais adotadas conforme o tipo de intervenção judicial, que se torna mais complexo de acordo com o tipo de procedimento decidido, seja um caso individual ou um caso coletivo: a) remédios declarativos em que se adverte sobre a situação problemática e a impertinência dos meios usados para seu tratamento; b) emissão de ordens detalhadas para cumprir prestações e serviços (como acesso a medicamentos); c) emissão de instruções gerais para definir políticas ou cursos de ação do governo, acompanhadas por um sistema de acompanhamento da execução da ordem; d) emissão de instruções gerais para definir uma política e o desenho de um procedimento de diálogo, consulta ou troca de informações para qualificar o processo de elaboração da política pública ou implementação desta (ABRAMOVICH, 2009, p. 57).

Destaca, ainda, que essa tipologia expõe o amplo espectro de opções de intervenção com que podem contar os juízes nos casos concretos. Esses tipos de remédios não são sempre excludentes, mas sim complementares. Os tribunais podem ir ajustando gradualmente as margens de intervenção se observam ou não resistência do poder político ao cumprimento de suas instruções (remédios menos enérgicos podem se transformar no curso da execução da sentença em mandados mais precisos e detalhados) (ABRAMOVICH, 2009, p. 76).

Também elenca as situações nas quais o Judiciário intervém em políticas públicas, no entanto, sem associar esta atividade às fases do ciclo da política pública. Para o autor, são quatro situações típicas: a) as intervenções judiciais que tendem a dar conteúdo jurídico a medidas de política pública assumidas pelo Estado, sem valorar a própria política pública; b) o tribunal examina a compatibilidade da política pública com

o princípio jurídico aplicável e, portanto, sua idoneidade para satisfazer o direito em questão; c) quando diante da passividade dos demais poderes e da vulnerabilidade de um direito social, o tribunal é levado a verificar a existência de uma única medida de política pública adequada – ou seja, a inexistência de alternativas para satisfazer o direito em questão – e ordena sua realização, ou seja, o próprio Poder Judiciário se vê forçado a estabelecer a medida a ser adotada; d) quando o Tribunal se limita a declarar que a omissão do Estado é ilegítima, sem propor medidas de reparação (ABRAMOVICH, 2005, p. 205-208).

A questão dos remédios ou providências judiciais que poderão ser determinadas pelo julgador quando da análise de políticas públicas será retomada na sessão 5, porém, antes de prosseguir no estudo, convém frisar que, a despeito dos argumentos acima, na doutrina alienígena e brasileira encontram-se objeções e críticas ao controle judicial das políticas públicas. Os principais argumentos que embasam tais objeções serão vistos a seguir.

3.4.1 Objeções ao controle judicial das políticas públicas

Ainda que o controle judicial das políticas públicas seja um desdobramento do controle de constitucionalidade, como visto antes, muitas objeções são apresentadas a esse controle, tanto no Brasil quanto na doutrina alienígena. Abramovich (2005, p. 201) elenca algumas das tradicionais objeções efetuadas:

[...] o Poder Judiciário é o menos indicado para realizar planejamentos de política pública; a ação judicial é um meio pouco apropriado para discutir medidas de alcance geral; a discussão processual gera problemas de desigualdade em relação às pessoas afetadas pelo mesmo descumprimento que não participaram da ação; o Poder Judiciário carece de meios compulsórios para a execução forçada de uma suposta sentença que condene o Estado a cumprir uma prestação que havia sido omitida para todos os casos envolvidos ou para editar a regulamentação omitida; a substituição de medidas gerais por decisões ad hoc efetuadas pelo juiz no caso particular pode ter também como resultado desigualdades indesejáveis; etc.

No Brasil, encontram-se na doutrina diversas objeções ao controle judicial das políticas públicas, especialmente relacionadas à teoria da Separação dos Poderes e aos custos dos direitos. Apenas para exemplificar, citam-se as objeções trazidas por Santos (2006, p. 89-90):

a) as políticas públicas parecem estar em um setor intermediário entre a lei e o ato administrativo que raramente apresenta efeitos concretos. A necessidade de aprovação de leis que importem em planos, programas etc., geraria uma demanda pesada para o legislativo. b) Necessidade de um extenso suporte institucional com a finalidade de realizar um controle finalístico fora do judiciário. c) falta de uma cultura cívica formatada na democracia dificulta a participação do povo. d) Os partidos políticos encontram-se enfraquecidos, pois se afastaram da ideologia. e) Existência de normas e princípios com indeterminação e vagueza. f) O controle da constitucionalidade envolve atos e não atividades que são expressas por meio de programas ou políticas, o que sinaliza que interferência jurisdicional nesta área será pontual. g) O controle judicial das políticas públicas esbarra nos óbices relacionados ao princípio da separação dos poderes.

Por sua vez, Barcellos (2008) sintetiza as críticas ao controle judicial de políticas públicas em três grupos: a) críticas relacionadas à teoria da Constituição – questiona a possibilidade de intervenção do Judiciário em matéria tipicamente reservada à deliberação política majoritária; b) críticas de natureza filosófica – consistem no fato de que seria estabelecida uma espécie de pressuposição de que os juristas e juízes tomariam melhores decisões que os agentes públicos em matéria de políticas públicas; e c) críticas operacionais – nem juristas, nem juízes dispõem de elementos suficientes para avaliar a realidade estatal como um todo. A própria autora responde as críticas, afirmando que

[...] as duas primeiras críticas têm sua importância relativizada na medida em que: (i) a discussão envolva direitos que constituem pressupostos para o funcionamento da deliberação majoritária e sem os quais o controle social das políticas públicas dissipa-se no ciclo corrupção – ineficiência – clientelismo; e (ii) o controle jurisdicional das políticas públicas tenha por fundamento elementos normativos específicos, padrões ou consensos morais ou conhecimentos técnico-científicos consolidados. A terceira crítica é mais complexa. Os diferentes objetos e modalidades de controle podem, no entanto, neutralizar em boa medida sua pertinência (BARCELLOS, 2008)⁵⁵.

Já na jurisprudência, as objeções mais frequentes estão relacionadas à teoria da Separação dos Poderes, a qual já foi objeto de análise anterior.

Por sua vez, o STF tem repetido a tese da possibilidade do Judiciário determinar a implementação de políticas públicas em casos excepcionais, sem que se

⁵⁵ Em outro artigo, Barcellos (2005) afirma que o controle judicial de políticas públicas depende de três temas: “1- a identificação dos parâmetros de controle; 2 – a garantia de acesso à informação; 3 – elaboração dos instrumentos de controle”.

configure violação do princípio: “o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da CF/88” (RE 669.635 Agr/SC, Brasil, 2015)⁵⁶.

Denota-se uma preocupação da Suprema Corte brasileira em não ferir o princípio da separação, destacando sempre que a intervenção judicial é excepcional, em caso de omissão dos demais poderes. Percebe-se que o STF evita em assumir um papel mais atuante na realização dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas.

Em outro acórdão, o Supremo decidiu que “o princípio da separação dos poderes não inviabiliza, por si só, a atuação do Poder Judiciário, quando diante do inadimplemento pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas” (Agr RE 706.085 GO). Outras objeções referem-se à questão dos custos dos direitos e das limitações orçamentárias do ente público, conforme se verifica a seguir.

3.4.1.1 Mínimo existencial, escassez de recursos e a teoria da reserva do possível

Como já mencionado na sessão anterior, o PIDESC contém normas acerca da realização progressiva dos direitos sociais e admite restrições devido aos limites de recursos disponíveis. Diante dessa possibilidade de restrição aos direitos (realização progressiva), alguns autores veem dois parâmetros norteadores para a concretização dos direitos sociais: adoção imediata de medidas adequadas, capazes de assegurar, pelo menos, o conteúdo mínimo de cada um dos direitos reconhecidos no Pacto; e implementação de medidas continuadas, para a realização progressiva dos direitos, à medida dos recursos disponíveis. Assim, mínimo existencial e reserva do possível seriam critérios balizadores das obrigações estatais em relação aos direitos sociais. Nesse sentido, Paes (2016), Grinover, (2010) e Langford (2009).

A noção do mínimo existencial dentro dos estudos sobre direitos fundamentais representa um mínimo a ser respeitado para preservar a dignidade humana,

⁵⁶ Citam-se como exemplos os julgados: ARE 839629 AgR / DF, ARE 827568 AgR / DF, ARE 843423 AgR / RS, ARE 894085 AgR / SP, RE 855.178-RG, ARE 886710 AgR / SE, RE 545.882 SP, RE 559646 AgR / PR.

o conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente essenciais para todo ser humano ter uma vida digna.

A ideia de mínimo existencial tem origem alemã, numa decisão do Tribunal Federal Administrativo proferida em 24 de junho de 1954. Segundo Sarlet e Figueiredo (2008, s/p), o primeiro jurista a sustentar a “possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna” foi Otto Bachof, no início da década de 1950. Segundo Bachof, o direito à vida impõe não só uma abstenção, proibição de destruição da existência, mas uma postura ativa no sentido de garantir a vida.

Nesta perspectiva, sendo direito subjetivo, teria o cidadão como requerer um mínimo dos meios de sobrevivência ou subsistência, de forma que, sem esse mínimo, não haveria possibilidade de sobrevivência. Poderia então o Poder Judiciário obrigar o Estado a efetivar os direitos sociais com fundamento na teoria do mínimo existencial⁵⁷:

[...] a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões (SARLET, 2013, p. 34).

Barcellos (2008a) compreende o mínimo existencial como um núcleo irreduzível do princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Em relação à saúde básica, a autora entende que há certa restrição, pois nem todas as prestações de saúde compõem o mínimo existencial. Afirma que o indivíduo não poderia exigir judicialmente do Estado prestações que não estivessem disponíveis na rede pública. Assim, a questão da delimitação do mínimo existencial em saúde está associada à questão dos custos (BARCELLOS, 2008a). Para estabelecer qual seria o mínimo existencial do direito à saúde, a autora traça dois parâmetros:

⁵⁷ Inexiste consenso doutrinário acerca do conteúdo do mínimo existencial. Sarlet sustenta a impossibilidade de uma predefinição fechada do seu conteúdo, defendendo sua variabilidade no tempo e no espaço (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

[...] o primeiro diz respeito à relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela poderá proporcionar para o maior número de pessoas, tendo em vista a quantidade daqueles que necessitam dessa espécie de prestação [...] segundo parâmetro, que talvez seja capaz de sanar parcialmente os vícios do primeiro, propugna pela inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitaram [...] esses parâmetros se harmonizam em boa parte com as quatro prioridades estabelecidas pela própria Constituição para a área da saúde, a saber: (i) a prestação do serviço de saneamento (arts. 23, IX; 198, II; e 200 IV); (ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, § 1, I); (iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II) (BARCELLOS, 2008a, p. 141-142).

Nessa ordem de ideias, surge a questão dos custos dos direitos, o descompasso entre possibilidades e necessidades (AMARAL, 2001). Sob influência da obra de Holmes e Sunstein (1999), em que se afirma que, embora os direitos sejam descritos como invioláveis, isso constitui mera retórica, eis que os recursos são seletivos e escassos, parte da doutrina nacional – nesse sentido Cristiano Carvalho (2008), Paulo Caliendo (2008), Flávio Galdino (2005) e Gustavo Amaral (2001) – também refuta a exigibilidade incondicional dos direitos, invocando a questão econômica:

Opção implica sacrifício. Não há qualquer margem de fuga. Em muitas situações, seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número), é uma opção trágica. A escassez de recursos públicos impõe sacrifícios, impedindo que se resolvam todos os anseios da sociedade, por mais imprescindíveis que sejam. Assim, o agente público fica obrigado, à margem de sua vontade pessoal, a que faça escolhas. Escolhas sempre trágicas. Assim, quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em choque, é inevitável uma opção, trágica no sentido de que algum não será atendido (ao menos em alguma medida) (GALDINO, 2005, p. 159).

É nesse contexto que se insere a teoria da reserva do possível: impondo limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais (como os direitos sociais), uma vez que os recursos são escassos. A teoria da reserva do possível também tem origem na Alemanha, num julgamento da Suprema Corte. Naquela oportunidade, o Tribunal proferiu decisão em demanda judicial ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Baviera, em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha na época⁵⁸.

⁵⁸ Trata-se da decisão BVerfGE 33, 303 (numerus clausus) 4 do Tribunal Constitucional Federal Alemão 2, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972, na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera, nos anos de 1969 e 1970. Sobre o julgamento

A pretensão dos estudantes baseou-se no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

Na decisão, a Corte Constitucional compreendeu que o direito à prestação positiva (o número de vagas nas universidades) se encontrava dependente da reserva do possível, traduzindo a

[...] ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (SARLET, 2016?, s/p).

Parte-se da ideia de que não se mostra razoável exigir mais do Estado, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, negligenciando outros programas sociais, ou mesmo comprometendo suas políticas públicas. Diante disso, poder-se-ia chegar à conclusão de que o argumento econômico seria suficiente para justificar a inércia do Poder Público.

No entanto, conforme adverte Alexy (1997, p. 496), o argumento econômico, por si só, não pode ser óbice para efetivação dos direitos sociais, caso contrário, em tempos de crise econômica, seria perfeitamente justificável o aniquilamento de direitos fundamentais, justamente sob o pressuposto de que os interesses financeiros do Estado deveriam ser postos em primeiro lugar, o que, obviamente, não é verdade.

Nessa mesma linha de argumentação, pode-se afirmar que a teoria não pode ser utilizada de forma indiscriminada, somente tendo aplicação em situações excepcionais, desde que comprovada objetivamente a insuficiência de recursos públicos, não podendo constituir manobra dos entes públicos para deixar de cumprir o comando constitucional relativamente aos direitos fundamentais.

No Brasil, a teoria foi amplamente recepcionada no Judiciário (especialmente no STJ e STF), que vem admitindo seu cabimento ao menos em tese, ressalvando ser inadmissível sua alegação infundada (não demonstrada cabalmente) ou quanto à

e seus detalhes, vide: JÜRGEN SCHWABE, Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, 2005, p. 664. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

utilização das receitas públicas para furta-se o administrador do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Em estudo em que aborda a reserva do possível e sua relação com os custos dos direitos, Sgarbossa (2010, p. 155) afirma que a teoria encontrou guarida nos tribunais brasileiros, sendo frequentes as argumentações baseadas na reserva do possível “em ações que discutem em seu mérito o acesso a direitos sociais, como a educação e a saúde e políticas públicas de cunho social”.

Um desses casos é a decisão paradigmática do Min. Celso de Mello na ADPF nº 45, que abordou a questão da existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. No voto, o Ministro posiciona-se acerca da função do Judiciário (e do STF) de tornar efetivos os direitos fundamentais e de sua dimensão política:

[...] posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (BRASIL, 2004).

E, a respeito da reserva do possível assevera:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele 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. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, 2004).

Em outro julgado, o STF pronunciou-se também neste sentido, afirmando que cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, “com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição”, acrescentando ainda que a teoria “encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana” (ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011) (BRASIL, 2011).

Assim, se é certo que a questão econômica e o custo dos direitos não pode ser desconsiderada, também não pode ser utilizada como obstáculo à realização dos direitos fundamentais⁵⁹. Necessário um equilíbrio e um cuidado, conforme adverte Sarlet (2016?, s/p): “quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação”.

Sob esta perspectiva, a reserva do possível poderia ser considerada um limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais.

Em direção oposta, Leal e Bolesina questionam se realmente haverá escolhas trágicas, tal como denominado pela doutrina (por exemplo, o Estado ter que optar entre a construção de uma escola ou de um hospital, em um bairro que necessite de ambos, ou ainda escolher entre dois bairros igualmente necessitados diante da escassez de recursos), tendo o Judiciário escolher entre situações onde não há opção eis que ambas merecem acolhida. É o que ocorre entre mínimo existencial e reserva do possível. Os autores elucidam que, na realidade, não há escolha entre tais teorias, porque por força constitucional o mínimo existencial, deverá ser atendido pelo Estado (LEAL; BOLESINA, 2012, p. 22).

Conquanto, segundo a doutrina nacional, há ainda outros limites a serem considerados por ocasião do controle judicial de políticas públicas.

Segundo Cortez (2012), na análise dos julgamentos e estudos a respeito do controle judicial das políticas públicas, encontram-se referência a três limites: a reserva do possível, o mínimo existencial (já vistos anteriormente) e a razoabilidade⁶⁰. No

⁵⁹ No Brasil, conforme visto em trabalho anterior, são frequentes os casos em que o Poder Público não investiu em saúde o mínimo legal determinado (ZAGURSKI; PAMPLONA, 2015).

⁶⁰ O princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade) recomenda que as ações praticadas estabeleçam justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

entanto, segundo este autor, deve-se considerar ainda limites fáticos, limites políticos e limites jurídicos:

[...] tais limites não seriam uma restrição à intervenção do Judiciário, mas sim balizas a serem estabelecidas para que a intervenção judicial não seja desconexa com a realidade social e política, ou seja, para que a decisão judicial seja factível e de acordo com as políticas públicas já definidas e em andamento no Estado”. Fáticos aqueles relacionados à disponibilidade de recursos, critérios e fases de alocação, bem como questões relacionadas ao planejamento administrativo. Políticos avaliados os limites da atuação do Judiciário no quadro das atribuições “políticas” das funções estatais; Jurídicos quais as condicionantes impostas pelo ordenamento jurídico, das quais resultam maior ou menor efetividade da prestação jurisdicional (CORTEZ, 2012, p. 290).

Para Grinover (2010), há outros limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas: a restrição à garantia do mínimo existencial; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; a reserva do possível.

Da mesma forma, Sabino (2016, p. 425) também estipula como limites a serem observados: a reserva do possível, o mínimo existencial, a razoabilidade (balizada pela proibição de excesso e pela vedação à proteção insuficiente). Especificamente na área da judicialização da saúde, afirma que é imperativo que o juiz conheça as ações sanitária do Poder Público, dê preferência por medicamentos e tratamentos previstos nas listas públicas e a necessidade de registro prévio do medicamento no órgão sanitário.

Já o STF, por meio de decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPF nº. 45, abordou os requisitos para que o Judiciário interfira em políticas públicas: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e (3) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

No entanto, como já dito antes, a teoria da reserva do possível não pode ser utilizada de modo a eximir os órgãos estatais e agentes políticos da tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da sua escassez, logo, a reserva do possível há de ser encarada com reservas (SARLET, 2016?).

Canela Junior (2012, p. 235) vai além:

A teoria da reserva do possível, por se alinhar à ideologia do Estado liberal, é incompatível com as características intervencionistas e programáticas do Estado social. Assim sendo, trata-se de argumento insubsistente, que não pode ser invocado para paralisar a conduta pró-ativa do Poder Judiciário e das demais formas de expressão do poder estatal.

Também é esse o entendimento perfilhado neste trabalho: a teoria da reserva do possível não pode ser utilizada como óbice à concretização dos direitos fundamentais. Num contexto como o brasileiro, especialmente no âmbito do direito à saúde, em que nem mesmo o investimento mínimo legal é respeitado, a teoria da reserva do possível não pode ser utilizada como limite ou restrição à eficácia dos direitos fundamentais.

4 PODER JUDICIÁRIO E INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A sessão inicia com uma breve retrospectiva histórica acerca da judicialização da saúde no Brasil, com um enfoque especial na atuação do STF.

Paulatinamente, a Suprema Corte brasileira tem se posicionado favoravelmente ao controle judicial de políticas públicas de saúde (ainda que por diversas vezes afirme que essa atuação é excepcional), no entanto, os parâmetros balizadores dessa atividade ainda não estão totalmente definidos⁶¹.

Visando contribuir com o debate, buscou-se identificar quais os principais parâmetros utilizados para a atuação judicial sobre políticas públicas no âmbito do STF. Para esse mister, distinguiu-se a atividade consubstanciada no controle de constitucionalidade (entendido como adequação das demais normas do ordenamento jurídico com a Constituição para que possam subsistir de modo legítimo, proporcionando a integridade do ordenamento jurídico pátrio) da atividade consubstanciada na intervenção em políticas públicas (entendida aqui como a atividade judicial que visa analisar a concretização das políticas públicas, os meios empregados para esse fim e o atingimento de suas finalidades).

Mediante pesquisa jurisprudencial de julgados do STF, utilizando-se a técnica da RSL, explicitada na introdução da tese, foram diferenciadas decisões que se referem ao controle de constitucionalidade (quando se utilizou o termo de busca ‘controle’) daquelas em que há intervenção (utilizando o termo de busca ‘intervenção’)⁶². Essa busca visou verificar se o STF distingue as formas de atuação do Judiciário na análise de casos

⁶¹ Na verdade, a chamada “decisão da saúde”, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, buscou estabelecer estes balizadores, por meio da fixação de critérios para a concessão de medicamentos, bem como acerca do posicionamento do Judiciário em relação ao controle de políticas públicas, a partir das informações colhidas na audiência Pública. No entanto, os parâmetros fixados na STA não foram seguidos integralmente, ou foram relativizados, pelo próprio STF (especialmente em relação a medicamentos não registrados na ANVISA). Essa relativização gerou novos questionamentos com os Recursos Extraordinários nº 657.718/MG e nº 566.471/RN.

⁶² Foram analisados todos os julgados disponibilizados no sítio eletrônico do STF na internet até 4 de outubro de 2016 que contivessem no acórdão os termos ‘políticas públicas’ e ‘intervenção’ (utilizando o operador booleano ‘e’), resultando em 32 julgados. A mesma técnica foi utilizada substituindo-se o termo intervenção por controle. Nessa segunda pesquisa, resultaram 20 decisões, conforme será melhor explicitado adiante.

que versam sobre políticas públicas, relacionando-a ao objeto do controle de constitucionalidade exercido: abstrato ou concreto.

É sabido que o controle abstrato de constitucionalidade verifica a constitucionalidade de lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, por meio de ações específicas previstas na CF. Por sua vez, no controle concreto, a análise da constitucionalidade da norma apresenta-se conjugada à aferição do direito subjetivo da parte, cuja tutela jurisdicional dela depende.

Importante registrar que estas indagações são importantes porque a pesquisa da tese exposta na sessão 5 (realizada nos tribunais de segundo grau) concentra-se nos chamados “casos estruturais”, que tratam do direito à saúde enquanto direito social, protegido pela via coletiva, mediante Ação Civil Pública. Conforme leciona Garavito (2014, p. 213), tais casos caracterizam-se por: a) afetar um grande número de pessoas que denunciam a violação de seus direitos, por si mesmas ou por meio de organizações (Ministério Público); b) direcionam-se contra vários organismos e departamentos do Estado, responsáveis pelas falhas de política pública que contribuem para a violação desses direitos; c) determinam medidas estruturais, como ordens de cumprimento imediato que dirigem-se a vários órgãos administrativos para que realizem ações coordenadas, a fim de proteger toda a população afetada. Essa opção relaciona-se ao caráter, via de regra prestacional dos direitos sociais, ao passo que a pesquisa visa justamente adentrar no exame da concretização destes.

Logo, a partir desta busca mediante a técnica de RSL, revelou-se como o STF tem se posicionado a respeito da intervenção em políticas públicas, para posteriormente, na sessão 5, cotejar essa atuação com a atividade desenvolvida pelos tribunais estaduais. Feito isso, passa-se a discorrer sobre os critérios propostos pela doutrina e pelos tribunais pátrios quando se trata de intervenção judicial em políticas públicas.

Mais adiante, aborda-se também as consequências dessa intervenção no âmbito processual, uma vez que a justificativa para a intervenção em políticas públicas se pautava no discurso da efetividade dos direitos fundamentais sociais. A problemática da efetividade dos direitos a partir da judicialização é analisada mediante a análise de três amostras de julgados previamente selecionadas, com base nos seguintes critérios: julgados que versavam sobre direito à saúde e que continham em seu acórdão os termos de busca ‘políticas públicas’ e ‘intervenção’, conforme demonstrar-se-á adiante.

Feita essa abordagem, a sessão propõe uma reflexão sobre as ações ajuizadas individualmente e suas consequências para o controle judicial das políticas públicas.

Finalmente, trata-se da atuação do CNJ em relação à judicialização da saúde e do Projeto de lei nº 8.054/2014, que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

4.1 BREVE HISTÓRICO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Visto nas sessões anteriores que o Judiciário pode ser considerado um ator no âmbito das políticas públicas, uma vez que sua ação tem repercussão dentro do *policy cycle*, este tópico dedica-se a sua atuação nas políticas públicas de saúde.

Numa breve retrospectiva histórica acerca da judicialização da saúde no Brasil, verifica-se que inicialmente ocorreu o que Balestra Neto (2015) chama de primeira fase da evolução jurisprudencial, iniciada em meados da década de 1990. Nessa fase, na análise dos pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos, houve uma prevalência das teses da Fazenda Pública, no sentido da impossibilidade de atendimento estatal considerando a limitação financeira como óbice para os pleitos referentes à saúde.

Posteriormente, os Tribunais Superiores mudaram o entendimento, destacando a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, analisando a teoria da reserva do possível e afastando a mera alegação de inexistência de recursos, apoiando-se na teoria do mínimo existencial. Os tribunais superaram as várias teses defensivas da Fazenda Pública para fazer valer, indiscriminadamente, os pedidos dos usuários do Sistema Único de Saúde (BALESTRA NETO, 2015).

Após essas posições extremas, ainda segundo o mesmo autor, houve um terceiro momento em meados da década de 2000, quando as Cortes começam a analisar questões específicas dessas ações, inclusive de ordem técnica, negando alguns pedidos como medicamentos fora da lista nacional, medicamentos experimentais etc. Esta fase gerou três eventos importantes para a judicialização da saúde no Brasil: (a) a realização da audiência pública no STF, em 2009; (b) o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, em 17 de março de 2010; e (c) a edição da Lei n. 12.401/2011 (BALESTRA NETO, 2015, p. 95).

A audiência pública nº 4 de 28 de abril de 2009, realizada no STF, levou à estipulação de parâmetros mais nítidos para a racionalização da prática judiciária no

tocante ao direito à saúde. Naquela oportunidade, foram discutidos, dentre outros, os seguintes pontos: a) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; c) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; d) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; f) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Por sua vez, no Agravo Regimental na STA 175, o relator Ministro Gilmar Mendes argumentou que, para autorizar a intervenção judicial em políticas públicas da saúde, deverão ser observadas três premissas básicas, quais sejam: (i) a existência de uma audiência pública da saúde no STF para legitimar e embasar melhor a decisão; (ii) o julgamento de acordo com o Art. 127 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) – o qual permite o julgamento de vários casos de uma só vez; e (iii) a existência de uma abordagem analítica e prospectiva do problema central, deixando-se de lado uma posição que garante o direito à saúde de uma forma absoluta e irrestrita, não levando em conta o quadro normativo e fático das situações que são levadas ao Judiciário, para assumir uma posição mais consentânea com a realidade brasileira.

Já se anunciou que o STF reconheceu que o direito à saúde deve ocorrer, em princípio, através da implementação de políticas públicas (direito público subjetivo a políticas públicas) e não de benefícios estatais isolados. Segundo Soto, Leal e Zelada (2016), o STF tenta evitar uma posição intervencionista, preservando, assim, a discricionariedade dos demais poderes, mas cumprindo seu papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.

Na sequência, com o objetivo de melhor subsidiar as ações judiciais relacionadas à saúde, foi editada a Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, buscando estabelecer critérios para processos em que há pedidos de fornecimento de medicamentos que não se encontram nas relações do gestor federal, ou para patologias sem protocolo clínico ou diretriz terapêutica.

Pode-se acrescentar, nessa fase da evolução jurisprudencial, a Recomendação do CNJ nº 31 de 2010, que trata da judicialização da saúde, destacando o seguimento das diretrizes apontadas na audiência pública do STF.

Frisa-se que os Tribunais Superiores não adentram na análise fática dos casos julgados, uma vez que, por força do sistema processual adotado, os recursos manejados ao STJ e STF são recursos de estrito direito, não possibilitando a reapreciação probatória.

Logo, os tribunais superiores restringem-se a analisar a legalidade e a constitucionalidade dos atos submetidos à sua apreciação. Nesse sentido, é comum nas decisões do STF encontrar a expressão “determinar a implementação de políticas públicas”, mas sem adentrar nos detalhes ou forma como isso se dará na prática, uma vez que trata de matéria fática, apreciada em 1º e 2º graus.

Gradualmente, houve um aprimoramento na forma de intervenção do Judiciário em políticas públicas de saúde. De uma fase em que a negativa era frequente, passando pelo extremo oposto, em que se deferiam todas as ações (gerando inúmeras críticas doutrinárias, especialmente devido aos custos gerados pela judicialização da saúde), chegando ao momento atual, em que se busca definir critérios e limites para essa intervenção⁶³.

4.2 A ATUAÇÃO DO STF E A TENTATIVA DE ESTABELEECER CRITÉRIOS PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

No Brasil, conforme visto na sessão anterior, a tese da legitimidade do Judiciário ao garantir direitos pela via judicial, mesmo contrapondo-se ao poder político emanado dos parlamentos, tem sido vitoriosa, embora o próprio STF se manifeste, reiteradamente, no sentido de que não lhe compete controlar políticas públicas, devendo fazê-lo apenas em situações excepcionais.

Interessante observar que, no Judiciário brasileiro, o número de ações individuais deferidas é muito superior às ações coletivas (conforme pesquisa já referida, publicada pelo CNJ em 2015), mostrando que, quando se trata de políticas públicas, a postura é tímida, talvez por receio de adentrar numa esfera política reservada aos outros poderes. Assim, a atuação da Suprema Corte revela-se conservadora, na medida em que

⁶³ No entanto, se forem analisados os dados e as estatísticas, o percentual de demandas julgadas procedentes ainda é assustador.

o Tribunal exerce o controle das políticas públicas, mas não reconhece seu papel na realização dos direitos sociais, ainda numa deferência ao princípio da separação dos poderes:

Esta concepción evidencia, a su vez (y a pesar de los avances del texto constitucional y de la propia dogmática de los derechos fundamentales en Brasil), la manifestación de una noción aún conservadora respecto a los derechos sociales en cuanto derechos prestacionales, a los cuales la jurisprudencia insiste en no reconocer, específicamente, la fuerza jurídica necesaria para su concretización, sea en razón de los aspectos presupuestarios (y que, por lo tanto, olvida la cuestión de los "costos de los derechos" planteada en la introducción del presente texto), sea por motivo de deferencia al principio de separación de poderes (según el cual no cabe al Poder Judicial intervenir en la actividad discrecional de los demás poderes, de naturaleza política) (SOTO; LEAL; ZELADA, 2016, p. 126).

Outrossim, estando o Judiciário vinculado aos escopos do Estado, não se pode esperar neutralidade de sua atividade (uma postura meramente contemplativa); ao contrário, impõe-se uma atividade corretiva da atuação dos demais poderes (CANELA JUNIOR, 2009, p. 70).

O que se defende aqui é que esta função corretiva poderá ocorrer nos diferentes momentos do ciclo das políticas públicas e, justamente por envolver juízos políticos, deverá ser exercida em conjunto com os demais atores institucionais (vide sessão 6). Ainda que o STF, reiteradamente, afirme que a intervenção em políticas públicas deva ocorrer excepcionalmente, em face da omissão e inércia dos demais poderes, eximindo-se de assumir um controle efetivo, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário, na efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, quando o Judiciário interfere em política públicas conforme referido acima, estará cumprindo sua missão constitucional, depreendendo-se da Constituição, conseqüentemente, sua legitimidade⁶⁴.

O STF assim decidiu em 2004, por ocasião do julgamento da ADPF 45, quando fixou o caráter político da jurisdição constitucional e manifestou-se favoravelmente ao controle judicial de políticas públicas (SOTO; LEAL; ZELADA,

⁶⁴ Nessa perspectiva, também apontou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.611/SC o STF ao se pronunciar acerca da legitimidade jurídica do controle estatal por meio do Judiciário, afirmando que, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar o respeito incondicional que tem pela Lei Fundamental (BRASIL, 2010, R.E. nº 482.611/SC. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 23/03/2010).

2016), e, posteriormente, na STA 175 AgR/CE em 2010, apenas para citar os casos mais relevantes.

A ADPF 45 é especialmente relevante porque trouxe à tona a questão dos limites da jurisdição perante os outros poderes de Estado, na tarefa de efetivação dos chamados direitos sociais prestacionais⁶⁵, e abriu caminho para que outras demandas envolvendo direitos sociais e controle de políticas públicas fossem também vitoriosas, tal como será visto no decorrer do trabalho. Na fundamentação da ADPF 45-9, o Relator Min. Celso de Mello afirmou que

É certo 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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (BRASIL, 2004).

A decisão firmou o entendimento de que a intervenção nas políticas públicas é possível, mas deverá se revestir de caráter excepcional. Restaria então saber em que condições se daria essa intervenção. O acórdão decidiu que “os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.

⁶⁵ A ação refere-se ao cumprimento das finalidades constitucionais previstas para o Sistema Único de Saúde, que levou o legislador constituinte derivado a editar a Emenda Constitucional nº 29, de 13/09/00, que prevê a aplicação de um percentual mínimo da receita tributária auferida pelos entes da federação nas ações e serviços públicos de saúde.

Na ADPF 45, impugnava-se o veto do Presidente da República ao § 2º do art. 55 da Lei nº 10.707/03 (Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO). Segundo a parte autora, a supressão do citado dispositivo inviabilizou o cumprimento do preceito fundamental veiculado pela emenda constitucional.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 10.777/03, restaurando, em linhas gerais, na LDO, a regra vetada, razão pela qual restou prejudicado o julgamento da ADPF, o que foi reconhecido em decisão monocrática. No entanto, a decisão é paradigmática, porque o Relator enfrentou a questão da intervenção judicial para concretização de políticas públicas, em face da omissão estatal inconstitucional, afirmando a sua possibilidade, ainda que em caráter excepcional.

No julgamento da ADPF 347, embora trate do sistema prisional brasileiro, o STF várias vezes refere-se à necessidade de a Suprema Corte intervir em políticas públicas para obrigar os demais poderes a concretizar as políticas públicas existentes. Veja-se que são utilizados os verbos interferir, tomar parte, obrigar os demais poderes, catalisar, coordenar, monitorar:

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer **função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas** e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na **possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas** sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes. [...] numa **atuação mais assertiva** do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a **viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras** em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. [...] Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa **cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados**. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais (BRASIL, 2016, p. 36, grifos nossos).

Da leitura dessa decisão, pode-se inferir que intervenção em política pública significa o ato de exercer influência em determinada situação na tentativa de alterar o seu resultado. Interessante observar que “interferir” sugere uma ideia de que o Judiciário está se intrometendo numa esfera que não é sua. Por sua vez, “controlar” traz mais uma ideia de freios e contrapesos, identificado com o ideal republicano de controle e de racionalidade da administração pública, compreendida como estando vinculada aos preceitos fundamentais da Constituição.

O Projeto de Lei nº 8.058/2014 dispõe, em sua ementa, sobre “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”. Em sua justificativa, afirma que a fixação de critérios se faz necessária para “o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador”. Desta forma, parece que há distinção entre controle e intervenção,

sendo o controle uma atividade própria do Judiciário, enquanto a intervenção seria tarefa “atípica”, excepcional. Essa distinção reflete a ideia de que a atuação judicial no âmbito das políticas públicas ainda é vista de forma tímida e deve ser realizada de forma a não ofender a harmonia entre os Poderes.

Com intuito de entender o que o Supremo entende por intervenção – se faz distinção com o controle de constitucionalidade –, em 4 de outubro de 2016 foi realizada pesquisa no sítio eletrônico⁶⁶ do STF, mediante revisão sistemática, onde buscou-se no *link* jurisprudência-pesquisa livre os termos ‘políticas públicas’ e ‘intervenção’, utilizando-se o operador booleano ‘e’⁶⁷. Sem delimitação de data, abrangendo, portanto, todos os acórdãos do STF disponíveis no site até a data da pesquisa que contivessem, em suas ementas, os dois termos de pesquisa, nesta busca foram automaticamente selecionados pelo sistema do site 32 documentos⁶⁸.

Após a seleção, todos os 32 acórdãos foram analisados, separando-se aqueles que efetivamente adentravam no tema, ou seja, buscavam explicar o que é ou como se dá a intervenção judicial em políticas públicas⁶⁹.

Os termos em destaque reforçam a ideia de que a intervenção judicial e o desenho das políticas públicas não são tarefas típicas do Judiciário, que o mesmo não deve elaborar políticas públicas (substituir-se ao Legislativo e ao Executivo), mas deve agir no sentido de obrigar os demais poderes a pôr em prática as políticas existentes em casos excepcionais, uma vez que essa obrigação deriva do texto constitucional. Esses casos referem-se à omissão ou ineficiência dos demais poderes na concretização dos

⁶⁶ Disponível em: <www.stf.jus.br>.

⁶⁷ O STF utiliza a matriz de operadores booleanos (códigos e símbolos disponibilizados pelos bancos de dados eletrônicos para auxiliar os usuários em suas pesquisas: “e”, “ou”, “adj”, “não”, “prox”, “mesmo”).

⁶⁸ Interessante observar que houve uma evolução no entendimento sobre políticas públicas no STF, em pesquisa realizada no sítio da internet do STF, a decisão mais antiga a mencionar o termo “políticas públicas” é oriunda da ADI 1931-MC-DF, julgada em 21 de agosto de 2003, sendo relator o Ministro Mauricio Corrêa, que no voto declara: “como se sabe trata-se de norma programática que se perfaz com as políticas públicas que são implementadas de acordo com as disponibilidades de custeios oficiais, sem deixar, todavia, de realizar-se também com a partilha dessa atribuição com a iniciativa privada”. (BRASIL, 2004, p. 231). Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>. No entanto, a primeira decisão a adentrar no tema da possibilidade de o Judiciário determinar a implementação de políticas públicas foi o RE 410715 AgR/SP - SÃO PAULO, julgado em 22 de novembro de 2005, sendo relator o Ministro Celso de Mello, onde se discutia o atendimento de crianças de até seis anos de idade em creches e pré-escola no Município de Santo André. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>.

⁶⁹ Nessa seleção, não constam a ADPF 45 e a ADPF 347 já mencionadas na sessão anterior, uma vez que se tratam de decisões monocráticas.

direitos constitucionalmente assegurados. Em outro momento, o STF repisa esse argumento:

Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso. **Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias.** O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. **Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados.** Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. ... **o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador”** (BRASIL, 2016, p. 36, grifos nossos).

No ARE (Recurso Extraordinário com Agravo) nº 740800 AGR /RS, em que se discutia o aumento de leitos na UTI, a Relatora Min Carmem Lucia cita outra decisão do STF para autorizar a intervenção judicial nas políticas públicas, sob o argumento que

[...] em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 642.536-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.2.2013) (BRASIL, 2013, p. 9).

Também o ARE nº 639.337 AgR/SP segue esse mesmo raciocínio:

[...] 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 ... tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional (BRASIL, 2011, p. 11).

Feita essa análise, pode-se afirmar que, nos acórdãos selecionados, ao utilizar o termo intervenção, o STF determina ao ente público a realização de uma atividade, como por exemplo, execução de obras, remoção de moradores, contratação de professores, entre outras, dentro de uma política pública já existente, sem questionar a constitucionalidade da norma que previu a política pública (controle concreto). Assim, a intervenção é utilizada no sentido de instar o ente público a dar efetividade às políticas públicas previstas em lei, concretizá-las. Poderá, ainda, determinar ao ente público revisá-las em caso de inadequação ou elaborá-las em caso de omissão, o que pode ocorrer em qualquer fase do ciclo das políticas públicas. Nesse sentido,

[...] o Judiciário pode realizar o controle de políticas públicas, a fim de fazer cumprir esses fins que foram definidos na Constituição, seja para determinar medidas ao Executivo, seja para inibir ações desse. 4. Esse controle não alcança apenas as finalidades de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingir essas finalidades. 5. A adoção de uma forma de Estado que deve garantir a realização/promoção de direitos, nomeados sociais, altera a função do Poder Judiciário. Afirma o Supremo Tribunal Federal que não cabe a ele definir políticas públicas e determinar prioridades, visto que isso já foi estabelecido pela Constituição. Cabe ao Judiciário apenas verificar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduz à concretização dos resultados objetivados na Constituição (RIBAS; SOUZA FILHO, 2014).

Posteriormente, em nova pesquisa, foi substituída a palavra intervenção por ‘controle’, selecionando-se 20 acórdãos⁷⁰.

⁷⁰ ARE-AgR 701353 / RN - RIO GRANDE DO NORTE Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 26/08/2016 - Primeira Turma; ADI 3721 / CE – CEARÁ Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgado em: 09/06/2016 - Tribunal Pleno; ADPF-MC 347 / DF - DISTRITO FEDERAL -Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 09/09/2015 - Tribunal Pleno; ADI 1923 / DF - DISTRITO FEDERAL- Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgado em: 16/04/2015 - Tribunal Pleno; ARE-AgR 745745 / MG - MINAS GERAIS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 02/12/2014 - Segunda Turma; RE 658312 / SC - SANTA CATARINA- Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgado em: 27/11/2014 - Tribunal Pleno; ARE-AgR 727864 / PR – PARANÁ- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 04/11/2014 - Segunda Turma; ADI 4350 / DF - DISTRITO FEDERAL- Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 23/10/2014 - Tribunal Pleno; ADI 4954 / AC – ACRE Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 20/08/2014 - Tribunal Pleno; RE-AgR 581352 / AM – AMAZONAS- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 29/10/2013 - Segunda Turma; ADI

Como dito antes, a análise das decisões revelou que a palavra controle comumente remete ao controle de constitucionalidade abstrato, à possibilidade de anulação de atos ilegais (inconstitucionais) emanados dos demais Poderes.

Isso pode ser inferido porque, dentre os 20 acórdãos, 10 acórdãos referem-se às seguintes ações (controle abstrato): ADI, ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) ou ADPF. Os 10 acórdãos restantes versam sobre interpretação constitucional e omissão da administração frente as normas constitucionais.

Outrossim, esta foi apenas uma amostra dos julgados que serviu para nortear a seleção dos termos e filtros utilizados na pesquisa. Convém advertir que a seleção de acórdãos feita automaticamente por meio do sítio eletrônico do STF deve ser analisada com ressalvas.

A primeira dificuldade na realização de pesquisa com base no sítio do STF está no fato de que este Tribunal não disponibiliza a totalidade dos julgados (em 2012, por exemplo, o Tribunal disponibilizou em seu banco de dados eletrônico 51% das decisões julgadas no ano). Para além disso, deve-se ainda atentar para a forma como são alimentados os bancos de dados de jurisprudência: “se houver problemas na qualidade da ementa ou indexação, a pesquisa pode ficar seriamente prejudicada porque decisões que poderiam constituir a amostra podem não ser localizadas” (VEÇOSO *et al.*, 2014, p. 112). Outro fator a ser considerado são os sistemas de filtragem e as ferramentas de busca disponíveis para a pesquisa de jurisprudência: “nas pesquisas virtuais do ementário podemos escolher um conceito-chave para iniciar a pesquisa, mas também nessa hipótese os resultados precisarão ser ponderados” (REGINATO; ALVES, 2014, p. 151).

Aliás, este foi um problema enfrentado na pesquisa jurisprudencial realizada, pois verificou-se que não há rigor nos critérios utilizados na indexação de palavras-chave (um mesmo acórdão aparece quando se faz a busca por políticas públicas + controle ou

1842 / RJ - RIO DE JANEIRO- Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 06/03/2013 - Tribunal Pleno; ADI 4029 / AM – AMAZONAS Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgado em: 08/03/2012 - Tribunal Pleno; ADI 4424 / DF - DISTRITO FEDERAL- Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgado em: 09/02/2012 - Tribunal Pleno; ARE-AgR 639337 / SP - SÃO PAULO- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 23/08/2011 - Segunda Turma; SL-AgR 47 / PE – PERNAMBUCO- Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) Julgado em: 17/03/2010 - Tribunal Pleno; STA-AgR 175 / CE – CEARÁ Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) Julgado em: 17/03/2010 - Tribunal Pleno; ADPF 101 / DF - DISTRITO FEDERAL Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgado em: 24/06/2009 - Tribunal Pleno; Pet 3388 / RR - RORAIMA Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgado em: 19/03/2009 - Tribunal Pleno; STA-AgR 223 / PE – PERNAMBUCO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente) Julgado em: 14/04/2008 - Tribunal Pleno; ADI-MC 2010 / DF - DISTRITO FEDERAL- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgado em: 30/09/1999 - Tribunal Pleno.

políticas públicas + intervenção), como ocorre, por exemplo, com o RE 763.667 CE e com a ADPF-MC 347⁷¹.

Trazendo esse contexto para o presente estudo, pode-se afirmar que, ao intervir em políticas públicas, almeja-se alterar uma situação ilegal ou inconstitucional, corrigindo-a. Em outras palavras, se existe uma política pública em curso, o Judiciário poderá determinar as medidas necessárias em quaisquer fases do ciclo da *policy cycle*, no intuito de concretizar os objetivos constitucionais em relação aos direitos fundamentais.

Mesmo na fase de planejamento de uma política pública, se não houver, por exemplo, a participação da sociedade tal como determina o artigo 204 da Constituição, é possível a intervenção judicial para corrigir essa falha.

Nas fases de implementação e avaliação da política pública, a intervenção do Judiciário é mais frequente porque os efeitos concretos já são visíveis e de mais fácil fiscalização: “boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas” (SILVA, 2008, p. 598). Os exemplos colhidos na jurisprudência pátria são mais frequentes quando se trata de uma política pública existente, já em curso. Dificilmente não existe política pública alguma ou ela está em fase de planejamento, tal como observou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Suspensão da Liminar nº 47:

[...] a maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas”. Assim o primeiro dado a ser considerado é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. É preciso distinguir se a prestação não ocorre de (1) omissão legislativa ou administrativa (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal de sua dispensação (como exemplo os medicamentos não registrados na ANVISA.

O segundo dado a ser considerado é a existência ou motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS [...]

O cumprimento da decisão implicará deslocamento de esforços e recursos estaduais e a conseqüente descontinuidade da prestação dos serviços de saúde em outros postos de atendimento (BRASIL, SL 47, 2010, p. 22-25).

⁷¹ Optou-se, então, a partir desse momento, utilizar o termo intervir num sentido abrangente, que inclui em seu bojo a possibilidade de anulação ou declaração de inconstitucionalidade (controle).

Nessa decisão, o relator advertiu que ao Judiciário não incumbe definir o conteúdo das políticas públicas, mas obrigar os demais poderes a agir, tirá-los da situação de inércia ou deficiência. Assim, se existe uma política pública estabelecida, ao menos na lei, o Judiciário determinará seu cumprimento. As opções acerca do ‘como’ fazer continuam sendo dos demais órgãos estatais e se a política pública não existe o Judiciário determinará que o órgão competente corrija essa omissão.

Percebe-se, então, que a decisão não trabalha com uma perspectiva dialógica entre poderes. Reserva-se ao Judiciário uma função passiva, que apenas aponta a omissão ou ineficiência dos demais poderes, sem assumir uma postura mais ativa, cabendo ao Executivo e Legislativo a produção e condução das políticas públicas.

4.2.1 Intervenção judicial e o desafio da concretização dos direitos sociais

Partindo da premissa de que a concretização do direito fundamental à saúde também deve ser tarefa do Judiciário, foi ainda realizada pesquisa no sítio da internet do STF para verificar se, após a intervenção judicial, o direito à saúde em discussão no processo foi efetivamente concretizado. Para esse mister, dentre os documentos selecionados na pesquisa antes referida (que utilizou o termo ‘intervenção’), foram destacados 3 (três) acórdãos que versam sobre o direito à saúde para uma análise mais aprofundada. São eles: RE nº 581.488 RS, ARE nº 740.800 RS e RE nº 642.536 AM.

Estes três casos foram pesquisados, inclusive sua tramitação posterior ao julgamento do recurso pelo STF, visando descobrir se, efetivamente, obteve-se a concretização do direito à saúde por meio da intervenção do Judiciário ao analisar a política pública objeto da ação. Os resultados são detalhados a seguir:

a) Recurso Extraordinário RE 581.488 RS

Trata de Recurso Extraordinário em Ação Civil Pública assim ementado:

Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Alcance da

norma do art. 196 da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 1. É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. 2. O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal. 3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 581488, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016) (BRASIL, 2016).

A Ação Civil Pública nº 2003.71.07.009606-0 (RS), ajuizada em 20 de outubro de 2004 pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul – CREMERS, em face do Estado do Rio Grande do Sul, Município de Canela e União Federal, perante a 3ª Vara Federal de Caxias do Sul (RS), visando ao cumprimento de obrigação de fazer – internação pelo SUS e pagamento de diferença de classe – e de não fazer – abstenção de internação somente após exame em posto de saúde e de imposição de outro médico que não o do paciente – que, depois de regularmente processada, foi julgada improcedente na instância de origem.

Interposto recurso da sentença, em 13 de dezembro de 2006, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4) negou provimento à apelação, sob o argumento de que: “possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal”.

Contra essa decisão, o CREMERS interpôs Recurso Extraordinário ao STF, o qual foi julgado em 3 de dezembro de 2015, tendo sido negado provimento conforme a ementa acima transcrita. Em 1º de setembro de 2016, a decisão transitou em julgado, sendo baixado os autos para a origem em 2 de setembro do mesmo ano.

Em consulta ao portal do TRF 4 na internet, em 7 de outubro de 2016, no *link* sobre acompanhamento processual⁷², verifica-se que o processo retornou à vara de origem (3ª Vara Federal de Caxias do Sul) para início da execução, estando os autos conclusos para decisão desde 4 de outubro de 2016.

Destaca-se que, nesse caso, foi reconhecida a Repercussão Geral do Tema (nº 759, com a seguinte descrição: melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo SUS mediante o pagamento da diferença respectiva) e convocada audiência pública 26 de maio de 2014, pelo Ministro Dias Toffoli. Aqui, a intervenção judicial ocorreu no segundo sentido acima descrito, sendo, na verdade, um exame de constitucionalidade da medida controvertida (pagamento de diferenças para melhoria do tipo de acomodações e atendimento em hospital mantido pelo SUS): “não é possível vislumbrar na Constituição, tampouco na legislação infraconstitucional pertinente à regulamentação do direito à saúde, qualquer autorização, implícita ou explícita, para a instituição da diferença de classe ou da possibilidade de atendimento por médico particular no âmbito do SUS” (Min. Dias Toffoli) (BRASIL, 2016, p. 14).

O Judiciário reconheceu que existe uma política pública de saúde por meio do SUS que dispõe sobre a universalidade e equidade (gratuidade), a qual estaria compatível com o comando constitucional. Assim, uma mudança neste entendimento não se coadunaria com o objetivo previsto no artigo 196 da Constituição: “Ao ente estatal compete zelar pela observância e pela efetivação da igualdade, devendo ser ele sempre o primeiro a promovê-la, do que resulta ser incoerente que acolha, no seio do serviço por si prestado, qualquer iniciativa que promova a diferenciação entre pacientes” (Min. Dias Toffoli) (BRASIL, 2016, p. 11).

No voto do relator, não há menção expressa à expressão ‘políticas públicas’, apenas o voto da Ministra Carmem Lucia analisa a intervenção judicial na implementação de políticas públicas:

O Supremo Tribunal assentou também a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, especialmente quando se cuida de adoção de providências específicas, garantidoras de direitos

⁷² Portal do TRF 4, disponível em: www.trf4.jus.br. Link disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=2003.71.07.009606-0&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=S&selForma=NU&hdnRefId=55f49e945db81f0b8cf18258fc9483aa&txtPalavraGerada=mqZx.

constitucionais fundamentais impossíveis de serem usufruídos pela ausência de condições materiais imprescindíveis: SL n. 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30.4.2010, AI n. 734.487-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20.8.2010, ARE n. 639.337-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011 e AI n. 808.059-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010 (BRASIL, 2016).

Nos demais votos declarados no julgamento, os outros Ministros também não enfrentam diretamente a questão da política pública. Assim, numa interpretação conjunta dos votos (inclusive do Relator), entende-se que o Poder Judiciário, neste caso, entendeu que a medida adotada pelos hospitais (inadmitindo o pagamento de diferenças para obter melhores acomodações) não precisaria de reparo algum.

b) ARE 740.800 AgR/ RS

Trata de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário conforme ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AUMENTO DE LEITOS EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA – UTI. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE NÃO SE CONFIGURA SUBSTITUTIVA DE PRERROGATIVA DO PODER EXECUTIVO. DETERMINAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 740800 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013) (BRASIL, 2013).

Conforme informações obtidas no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷³, verificou-se que se trata de Ação Civil Pública, proposta em 28 de julho de 2005 pelo Ministério Público (MP) contra o Estado do Rio Grande do Sul, pleiteando a disponibilização permanente (no Hospital Padre Jeremias ou outros hospitais conveniados ou hospitais particulares) da quantidade necessária de leitos clínicos e de UTI adulto.

A ação foi julgada procedente em primeiro grau em 14 de novembro de 2005. Interposto recurso ao TJRS, o Estado sustentou que o MP, por meio do Poder Judiciário,

⁷³ Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Link disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=cachoeirinha&num_processo=10500044090&code=4117>.

não pode “pretender dirigir as políticas públicas [...]. Não pode determinar esta ou aquela prioridade dentro das questões de Estado. Em suma, não pode determinar a oportunidade ou conveniência dos atos do Poder Executivo”. Assevera que, “inequivocamente, a ordem de aumento no número de leitos de UTI, na cidade de Cachoeirinha-RS, adentra o mérito administrativo de como se presta a função pública afeta à Secretaria Estadual de Saúde. Tal intromissão é vedada. A providência requerida pelo MP do Rio Grande do Sul não pode ser imposta pelo Poder Judiciário à Administração, a esta incumbe tal discricção”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso em 12 de abril de 2007, decidindo que “o Poder Judiciário não poderia determinar que a autoridade administrativa disponibilizasse leitos suficientes ao suprimento da demanda de pacientes em hospital do Município de Cachoeirinha/RS, em razão do princípio constitucional da separação dos poderes”.

Contra essa decisão, o MP do Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Especial sob REsp 1068731 ao STJ – Superior Tribunal de Justiça, o qual foi provido sob a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.
2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal.
3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido.
4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.
5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e

a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.

Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).

7. Recurso Especial provido. (REsp 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012) (BRASIL, 2011).

Inconformado, o Estado interpôs Recurso Extraordinário nº 740.800 RS ao STF, que em 3 de dezembro de 2013 confirmou o entendimento que o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas imperativas para assegurar a prestação do serviço público de saúde, sem que isso configure afronta ao princípio constitucional da separação de poderes.

Conforme consulta sobre o andamento processual no site do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul⁷⁴, o processo nº 70018769539 retornou à Comarca de Cachoeirinha em 11 de março de 2014 e até 22 de setembro de 2016 aguardava cumprimento de sentença.⁷⁵ Em 30 de junho de 2017, o processo foi extinto sem resolução de mérito.

c) RE AgR 642.536/AP

Este Agravo Regimental em Recurso Extraordinário trata de Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Estadual, com pedido de antecipação de tutela, contra o Estado do Amapá e contra o Município do Amapá, pleiteando a condenação dos entes públicos em obrigações de fazer que implicassem na adoção de medidas necessárias à melhoria da qualidade do sistema público de saúde local:

⁷⁴ Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=cachoeirinha&num_processo=10500044090&code=4117>

⁷⁵ Em 19.05.2016, o juiz de 1º grau proferiu a seguinte decisão: "Designo audiência para o dia 16/06/2016, às 15h, a fim de serem objetivamente definidos quais os meios de disponibilização dos leitos de UTI/Adulto e quais os meios eficientes de contato com a administração do Estado para proceder-se à distribuição de leitos no SUS e aquisição de leitos em estabelecimentos particulares. Intimem-se". Até a data da pesquisa, ainda se aguardava o cumprimento da decisão.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013) (BRASIL, 2013).

Em 6 de fevereiro de 2007, o Ministério Público do Estado do Amapá⁷⁶ pleiteou ação de obrigação de fazer consistente em investimento e manutenção de unidade de saúde estadual, na qual se discutiu se o Poder Judiciário, substituindo a Administração Pública do Estado, “em sua apreciação de conveniência e oportunidade quanto à gestão e aplicação dos recursos públicos, poderia estabelecer onde e como deverão ser aplicados tais recursos e feitos os investimentos necessários à prestação satisfatória e eficiente de qualquer serviço, inclusive aquele vinculado à Unidade Mista de Saúde instalada em determinado Município do Estado”.

A ação foi julgada procedente em 1º grau e o Estado do Amapá interpôs apelação, sustentando que “o princípio da reserva do possível torna inviável a condenação da Fazenda Pública no feito sub examine”, destacando que “o princípio em pauta determina que a Administração Pública só tem o dever de atuar quando presentes os requisitos idôneos à atividade administrativa. Inexistindo meios materiais, como recursos

⁷⁶ Ação cadastrada no site do TJAP (disponível em: <www.tjap.jus.br>) sob nº 0000042-38.2007.8.03.0004.

financeiros aptos a arrostar as despesas solicitadas, queda inviável a providência desejada” (fls. 521/522).

O Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (TJAP) deu provimento à remessa oficial, julgando improcedente a ação. Contra essa decisão foi manejado o Recurso Extraordinário, provido pelo STF que através do Relator Ministro Luiz Fux asseverou:

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente (BRASIL, 2013).

O julgamento no STF ocorreu em fevereiro de 2013 e, em consulta ao site do TJAP, verificou-se que a execução de sentença foi iniciada em 30 de julho de 2013, e até a data de 11 de outubro de 2016, conforme afirmado pelo Juiz de 1º grau, “nenhuma medida efetiva foi providenciada pela Secretaria de Saúde e pelas demais secretarias responsáveis pela reforma e manutenção da UMSA, demonstrando a falta de planejamento e comunicação entre as secretárias e a PGE, sem falar no descaso em resolver questão prioritária da saúde pública”.

Os exemplos acima refletem problemas há muito tempo enfrentados pelo Judiciário brasileiro: a demora e a inefetividade dos processos.

Nos três casos, o processo judicial prolongou-se por mais de 10 anos e todos encontram-se ainda em fase de execução de sentença. Deve-se considerar ainda, na fase cognitiva, a dificuldade probatória, uma vez que o acesso aos documentos e informações públicas nem sempre é fácil. Ao contrário, muitos órgãos públicos não respeitam o direito de informação ao cidadão, impossibilitando o controle jurídico das escolhas do Estado em matérias de políticas públicas (BARCELLOS, 2005, p. 100).

Outras dificuldades na fase da recursal são o reexame necessário, em face de estar um ente público no polo passivo da ação, e a inefetividade da sentença pendente de recurso. Mesmo em se tratando de liminar ou antecipação de tutela (na sistemática processual vigente até 2015), o poder público tem manejado recursos processuais de modo a impedir a execução da decisão, ainda que provisória.

Abramovich e Courtis (2004, p. 130) também apontam a ausência de tradição de controle judicial da matéria e a inadequação instrumental processual (oriundo de uma tradição individualista e patrimonialista e que outorga ao Estado diversas vantagens

processuais) como obstáculos para a exigibilidade da decisão. Ainda que tenha sido dado um passo importante com a Ação Civil Pública, ainda há falta de percepção das vítimas de violação desses direitos, da possibilidade de utilizar o Poder Judiciário. São também obstáculos a ausência de advogados, de Defensoria pública ou mesmo a ausência de campanhas de divulgação e conscientização de estratégias de reclamação desses direitos.

Nos dois últimos casos examinados, em que houve imposição de uma obrigação de fazer ao Estado, a dificuldade de execução é flagrante. Além da demora, que não pode ser tida como razoável, especialmente quando se trata de direito à saúde – em que o fator tempo é determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional –, verifica-se a ausência de mecanismos capazes de levar ao efetivo cumprimento da decisão.

Veja-se o caso do ARE 740.800 AgR/RS, no qual se buscava o aumento de leitos em UTI no município de Cachoeirinha. Mesmo diante da decisão do Supremo, que confirmou a sentença do juiz de 1º grau, determinando a disponibilização permanente, através do Hospital Padre Jeremias ou de outros hospitais conveniados ou de hospitais particulares da quantidade necessária de leitos clínicos e de UTI adulto, até outubro de 2016 a situação era a mesma. Sem UTI no hospital Padre Jeremias, os pacientes aguardavam a transferência para Porto Alegre, sendo que alguns pacientes foram vítimas de fraudes, como relata a notícia veiculada pelo jornal Diário de Cachoeirinha, em 3 de março de 2016. Em um desses casos, a filha de uma paciente depositou R\$ 1.300 a uma quadrilha, que garantiu que conseguiria imediatamente leito de UTI em hospital em Porto Alegre⁷⁷.

Imagine-se quantas pessoas já faleceram à espera de UTI desde a propositura da ação? Quantas tiveram de se deslocar para outras cidades? Enfim, um dano inestimável.

No RE AgR 642.536, o juiz de primeiro grau destacou o descaso das partes para atingir o cumprimento de sentença. Desde que o processo retornou do Tribunal, as partes são intimadas (diga o autor, diga o réu...) e, assim, evidentemente, constata-se um protelamento processual e a ineficiência do Poder Público, mesmo diante da decisão judicial.

⁷⁷ Disponível em: <http://www.diariocachoeirinha.com.br/_conteudo/2016/03/noticias/regiao/287189-golpe-e-aplicado-contra-familiares-de-pacientes-do-padre-jeremias.html>. Acesso em: 17 out. 2016.

Os problemas de ordem processual são fruto de métodos e procedimentos inadequados, conforme esclarece Sabino (2016, p. 422), “os magistrados têm invariável tendência a enxergar um processo em que se discute certo dado de política pública de maneira bipolar, tipicamente derivada do modelo processual oitocentista, em que vigora a lógica do tudo ou nada”. Destaca, ainda, a necessidade de se considerarem os custos dos direitos e o uso da tutela coletiva para permitir “a aplicação abrangente e isonômica da solução adotada para o direito à saúde”.

Por outro lado, esclarece Abramovich que “a inexistência de instrumentos processuais concretos para remediar a violação de certas obrigações que têm como fonte direitos econômicos, sociais e culturais não implica de forma alguma a impossibilidade técnica de criá-los e desenvolvê-los”. E acrescenta:

O argumento da inexistência de ações idôneas expõe simplesmente um estado suscetível de ser modificado. O que se afirma é que os instrumentos processuais tradicionais – surgidos no contexto de litígios que tinham como medida o interesse individual, o direito de propriedade e uma concepção abstencionista do Estado – se mostram limitados para exigir judicialmente tais direitos (ABRAMOVICH, 2005, p. 200).

De fato, muitas vezes, mesmo diante do comando judicial, não há vontade política em executar aquela medida, ou faltam recursos financeiros, físicos, humanos, daí que a decisão judicial muitas vezes não resulta na concretização do direito. É preciso então pensar em alternativas para essa situação e não utilizar o discurso da falta de mecanismos (processuais ou extraprocessuais) para justificar a inércia diante da violação de um direito social.

É nesse contexto que se deve analisar a teoria da última palavra (supremacia judicial em matéria de interpretação constitucional).

Em outras palavras, de nada adiantará o STF decidir (por último) se essa decisão não se torna eficaz. Defende-se que essa decisão não deveria ser tomada isoladamente pelo STF e, mesmo em fase de cumprimento, dever-se-ia recorrer ao diálogo entre as partes:

[...] la actuación judicial em la etapa de ejecución no consiste em la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autossuficiente, sino em el seguimiento de una instrucción fijada em términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo em el curso de la

instancia a partir del ‘diálogo’ entre juez y la autoridad pública (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 255).

Conforme afirma Mendes (2011, p. 2), deve-se considerar o contexto no qual as decisões do STF se inserem, uma vez que, ao dar a última palavra sobre interpretação constitucional, muitas vezes “se perde de vista o contínuo processo político no qual tais decisões se inserem. Ignoram o antes e o depois. Especialmente o depois”.

Nesta ordem de ideias, a teoria dos diálogos institucionais apresentaria uma alternativa para resolver o grave problema da judicialização da saúde: ao contrário de tentar diminuir a interferência do Poder Judiciário, a intervenção nas políticas públicas pode ser salutar desde que ocorra em forma de colaboração com os demais poderes, o que só poderá ocorrer se eles dialogarem entre si⁷⁸.

4.3 AÇÕES INDIVIDUAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Como já dito, um dos problemas dentro do contexto da judicialização da saúde é o elevado número de ações ajuizadas individualmente solicitando medicamentos, internações, cirurgias e outras providências.

Pesquisa realizada pelo CNJ revelou a predominância da litigação individual (microlitigação). A proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande⁷⁹, de modo que a maioria radical de demandas judiciais são ações individuais (CNJ, 2015).

Dentro do estudo proposto, questiona-se se o deferimento deste tipo de ação poderia resultar, de algum modo, em intervenção nas políticas públicas de saúde. Para responder este questionamento, é necessário analisar como o Judiciário vem julgando tais ações.

Conforme já abordado antes, no Brasil, essas ações tiveram início com os pedidos de fornecimento gratuito de medicamentos contra o vírus HIV na década de 90, depois foram gradativamente ampliando seu objeto para outros medicamentos (inclusive experimentais e/ou não registrados na ANVISA⁸⁰, medicamentos não contidos na lista do

⁷⁸ Essa ideia de diálogo é trabalhada na sequência do trabalho, especialmente na sessão 6.

⁷⁹ Essa predominância acaba “colocando em conflito, de um lado, a efetivação individual do direito por meio das decisões judiciais e, de outro, a efetivação coletiva do direito por meio das políticas públicas”. Por outro lado, o ajuizamento de ações coletivas poderia atuar como indutora de políticas públicas (LEAL; ALVES, 2016).

⁸⁰ Nesse sentido, o Ag. Reg. na Suspensão de Liminar 815 São Paulo, que deferiu o fornecimento de medicamentos não disponíveis na rede pública de saúde para o tratamento do vírus da Hepatite genótipo

SUS, alimentos especiais para crianças portadoras de doenças, próteses, medicamentos de alto custo⁸¹). Algumas ações pleiteiam o custeio de cirurgias e transplantes que só são realizados no exterior, com o custo altíssimo⁸², ou de medicamentos ainda não admitidos no Brasil⁸³. Também é objeto dessas ações o fornecimento de equipamentos como camas hospitalares, cadeiras de rodas, aparelhos auditivos, óculos, bombas de insulina, stent, fraldas geriátricas, enfim, uma gama de pedidos das mais variadas espécies.

A tendência dos tribunais, atualmente, é de admitir tais pedidos, a despeito do custo elevado, conforme já abordado no item que tratou da teoria da reserva do possível⁸⁴.

A crítica que se faz é que, ao deferir pedidos individuais, o Judiciário ignora uma política pública que estabelece critérios de generalidade:

[...] as demandas judiciais têm sido deferidas sem considerar as políticas públicas de saúde, os princípios e normas do Sistema de Saúde Brasileiro

“C”, ainda não registrados na ANVISA. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8625237>>. Acesso em: 7 out. 2016.

⁸¹ O RE 566.471/RN, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu a repercussão geral do tema relativo à obrigatoriedade de o Estado, nos termos do artigo 196 da Constituição, vir a fornecer remédio de alto custo.

O RE 657.718/MG, também de relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu a repercussão geral do tema relativo à obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento não registrado na ANVISA.

Outro julgado importante ocorrido em 19 de maio de 2016 diz respeito à suspensão liminar da eficácia da Lei 13.269/16, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como pílula do câncer. A decisão se deu por maioria, 6 votos a 4, em julgamento da ADIn 5.501, ajuizada pela Associação Médica Brasileira.

⁸² Até julho de 2016, o Ministério da Saúde já cumpriu 16,3 mil ações que tratam do fornecimento de medicamentos. De 2010 a 2015, houve aumento de 727% nos gastos referentes à judicialização dos medicamentos. Segundo o Ministro da Saúde, Ricardo Barros, decisões judiciais em saúde custam R\$ 7 bilhões para o Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/pedido-de-Ministro-adia-decisao-sobre-fornecimento-de-remedios.html>> Acesso em: 7 nov. 2016.

⁸³ Um exemplo recente é o uso de medicamentos à base do Canabidiol, substância proibida no Brasil até 2015, quando a ANVISA passou a considerá-la como substância controlada. Em cumprimento à decisão judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0090670-16.2014.4.01.3400, proposta pelo Ministério Público Federal no Distrito Federal e deferida pelo juiz Marcelo Rebello Pinheiro, da 16ª Vara/DF, a Anvisa publicou a RDC 66/2016, que permite a prescrição médica e a importação, por pessoa física, de produtos que contenham as substâncias Canabidiol e Tetrahidrocannabinol (THC) em sua formulação, exclusivamente para uso próprio e para tratamento de saúde. Tanto o Canabidiol quanto o THC não possuem registros no Brasil.

⁸⁴ Causou polêmica a decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie na STA 91/ Alagoas, na qual foi indeferido o pedido de fornecimento de medicamento não constante da lista do SUS. No entanto, aqui se tratou de ação civil pública que visava o acréscimo de determinado medicamento a um programa estatal já estabelecido e colocado em prática. Optou-se por reconhecer a não omissão do Poder Público e a validade do programa estatal. Para a Ministra relatora, “a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas” (STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007). A Ministra afirma que, ao se deferir o custeio do medicamento em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

(SUS). Exemplo disso têm sido o deferimento a favor fornecimento de medicamentos que não padronizados nas listas do SUS (PANDOLFO; DELDUQUE; AMARAL, 2012).

Assim, poder-se-ia até mesmo ferir o princípio da isonomia, como nos casos das listas de espera para transplantes, além de causar um ônus ao orçamento público⁸⁵, alocando receitas que beneficiarão um único indivíduo e retirando investimentos que beneficiariam a coletividade:

[...] o Estado deveria obrigar-se a dar o mesmo tratamento a todos os cidadãos e não favorecer esse ou aquele caso, pois ao agir assim pode causar um rápido esgotamento dos recursos destinados à proteção e à promoção da saúde de todos, colocando em risco o direito à saúde e o direito à vida de muitas pessoas. [...] O desvio de fundos para tratamentos ou medicamentos determinados judicialmente, vai necessariamente retirar fundos de outras valências de uma política séria de saúde, que por certo beneficiariam um grande número de pessoas. Esses caminhos não conduzirão a maior igualdade no acesso aos cuidados de saúde, nem à melhoria da qualidade dos serviços públicos de saúde, menos ainda a maior justiça social. Pelo contrário, a adoção desses caminhos nos faz questionar se estamos diante de um cumprimento ou de um descumprimento da Constituição (MAZZA; MENDES, 2014, p. 61-62).

Barcellos (2008a, p. 137, 140), lembra que, no âmbito das ações individuais, imaginar que toda prestação de saúde possa ser obtida criaria um ciclo vicioso, pois o ente público poderia se eximir do cumprimento de obrigações constitucionais sob o pretexto da ausência de recursos em face de determinações judiciais para cumprir essas mesmas prestações. Para evitar tal situação, a autora entende que apenas as prestações que compõem o mínimo existencial (conforme visto na sessão anterior) são oponíveis e exigíveis.

O denominado ‘efeito multiplicador’ é outro argumento trazido como crítica à judicialização individual, pois à medida que essas ações são atendidas, estimulam ainda mais o ajuizamento de novas demandas judiciais individuais que pleiteiam do Poder Público toda sorte de prestações positivas envolvendo o direito à saúde e outros direitos sociais, gerando a desorganização nos serviços públicos e o comprometimento do orçamento público.

⁸⁵ No julgamento da Repercussão geral no RE 607.582/RS, o STF ratificou a jurisprudência daquele Tribunal no sentido de permitir o bloqueio de contas públicas para assegurar o adimplemento de obrigação de fornecimento de medicamentos.

Também a ausência de diálogo com os demais poderes e a desconsideração das políticas públicas existentes são uma realidade preocupante. Segundo o CNJ, os gestores públicos têm reiteradamente solicitado para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência, havendo necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde (CNJ 2015, p. 11), sendo que já existe essa previsão de escuta, expressamente, na Recomendação nº 31 do CNJ, de 2010.

Alerta-se ainda que as ações individuais não trarão benefícios para as demais pessoas, ainda que estejam em situação semelhante (ausência de efeito erga omnes da decisão):

Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. [...] a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos erga omnes, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente (BARROSO, 2007, s/p).

De fato, um dos problemas nesse tipo de ação é o seu efeito não equitativo e descoordenado. Abramovich (2009, p. 48) argumenta que as ações coletivas ajuizadas por atores sociais fortes (Ministério Público, Associações) e coordenados podem contribuir aos juízes com pontos de apoio para suas decisões, que poderão ter alto impacto político. Isso não ocorre com ações individuais múltiplas, apresentadas por particulares, de forma descoordenada, em que os tribunais costumam decidir de acordo com a burocracia dos governos.

Sobre as ações individuais, Silva observa que:

[...] o Judiciário não deve distribuir medicamentos ou bens similares de forma irracional a indivíduos, ele deveria ser capaz de canalizar as demandas

individuais e, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for (SILVA, 2008, s/p).

Em estudo a respeito das ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS, Borges e Ugá (2009, p. 28) afirmam que “os indivíduos provocam o Judiciário visando alterar as políticas públicas de saúde em seu benefício” e, sob esse aspecto “as decisões judiciais que deferem o fornecimento dos medicamentos produzem bons resultados, já que ocorre a efetivação do direito individual mediante a utilização de meios processuais comuns que terminam por alterar as políticas públicas em curso”.

Abramovich (2009, p. 78) destaca que o fato de a ação ser individual e não coletiva influi substancialmente no modo de intervenção judicial. Os juízes parecem sentir-se mais cómodos, decidindo casos individuais e estabelecendo ordens concretas ao ente público, pois esses casos implicam menor ingerência sobre as áreas de ação política.

Mencionando o estudo elaborado por Brinks e Gauri sobre as inúmeras ações individuais ajuizadas no Brasil para obtenção de medicamentos⁸⁶, Abramovich (2009) lembra que, apesar da decisão ser dada num caso individual, em geral, estas ações expressam problemas gerais de políticas públicas que afetam não somente uma pessoa, mas um grupo inteiro de beneficiários ou usuários. Assim, mesmo decidindo em favor de um caso em particular, a somatória dos casos individuais pode provocar serias distorções sobre o sistema de proteção social e as políticas públicas, pois o tribunal muitas vezes não considera o impacto de suas decisões sobre o sistema como um todo.

No entanto, não é possível afirmar que o deferimento das ações individuais, de fato, na totalidade dos casos, altere as políticas públicas em curso, beneficiando os demais cidadãos, o que dependerá da fase do ciclo da política pública em que houve a intervenção judicial. Explica-se: se a ação individual visa o fornecimento de um

⁸⁶ Pesquisa feita por Brinks e Gauri (2015, p. 97) verificou uma enorme litigiosidade em estados como São Paulo e Rio Grande do Sul, em contraposição a estados do Nordeste, onde a população é mais pobre. Os autores constataram que a grande maioria dos processos judiciais sobre os direitos à saúde e educação, mais de 90%, foi decidida a favor dos requerentes. Alguns dos casos, particularmente aqueles relacionados a medicamentos, tiveram consequências orçamentárias significativas. Por exemplo, no Estado de São Paulo, estima-se que os gastos relacionados a medicamentos adjudicados judicialmente constituem 5 a 10% do orçamento de saúde do Estado. Esses casos de medicação servem agora como um mecanismo de feedback informal para o formulário farmacêutico oficial do governo, fornecendo informações aos governos quando as revisões do formulário são exigidas.

medicamento já incluído na lista do SUS, mas que, por alguma razão, não é fornecido indicando deficiência no acesso da população a esses medicamentos, é possível afirmar que esta medida altere a política pública existente ou apenas organize ou resolva um problema de execução da política em curso:

A ação individual que, inocentemente, requer certo medicamento, via de regra, distorce o adequado tratamento do direito à saúde. Primeiro, porque são essas ações individuais a maior causa de impacto nas políticas de saúde, já que são decididas como se de direito subjetivo puro e simples tratassem e não dão ao juiz a verdadeira noção dos reflexos de sua decisão. Tais medidas constituem campo propício para o surgimento de dois graves problemas: o primeiro, o exercício da chamada justiça de misericórdia, aquela que ganha a comoção do juiz, que deixa de decidir em base racionais (sic) para deliberar emocionalmente – quase sempre, a favor do autor; o segundo, o privilégio desmedido àqueles que enxergam e conseguem manejar os complicados instrumentos processuais e judiciais, à míngua da maioria da população, que não consegue (SABINO, 2016, p. 426).

Da mesma forma, os pedidos de internamento em leitos de UTI, cirurgias, próteses, entre outros tipos de serviços médicos contemplados na lista do SUS, pode significar uma dificuldade de acesso ou uma cobertura ineficiente dos problemas de saúde. Neste caso, também há uma política pública estabelecida e o poder Judiciário não irá alterá-la, mas sim, determinar sua implementação, sua observância.

Finalmente, há a hipótese de solicitação de medicamentos e tratamentos não padronizados pelo SUS ou não registrados na ANVISA. Para Pandolfo, Delduque e Amaral (2012, s/p), “a solicitação de medicamentos não padronizados pode refletir vazios assistenciais ou a demora do sistema público de saúde na incorporação de novas tecnologias”. Nesses casos, o reiterado deferimento de ações poderá vir a alterar a política pública, seja porque as ações criam precedentes que estimulam o ajuizamento de novas ações, seja porque essas demandas trarão para a agenda política a revisão das políticas já desenhadas pela Administração:

Não se pode perder de vista a possibilidade da atuação do Poder Judiciário servir para pressionar os demais Poderes a atender as necessidades latentes da sociedade brasileira. Como ocorreu na política de AIDS, a judicialização pode contribuir para o alargamento das ações e serviços disponibilizados pelo Estado e para a própria revisão da política que vem se desenvolvendo (MACHADO, 2008, p. 89).

Em suma, conforme destaca Abramovich (2009, p. 79): “a reiteração de ações individuais deve servir de sinal de alerta ao governo e indicar que deve antecipar-se e definir um curso de ação frente a um problema não conhecido ou cuja importância e magnitude pode ter subestimado”.

4.4 A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

O CNJ é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Criado em 31 de dezembro de 2004 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo composto por 15 Conselheiros e presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, foi instalado em 14 de junho de 2005.

Dentre outras atribuições do Conselho, destacam-se: zelar pela autonomia do Poder Judiciário; definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário; elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o país.

A divulgação de dados estatísticos (Justiça em Números, Censo do Poder Judiciário) deram maior visibilidade a informações, como: quantidade, natureza das ações pendentes e andamento de processos, comportamento dos juízes e estrutura dos tribunais.

A judicialização da saúde foi uma das questões objeto de preocupação e pesquisa pelo CNJ como decorrência da audiência pública (nº 4 de 2009) designada pelo o Supremo Tribunal Federal e revelou que os juízes têm uma “auto-compreensão que possuem relevante missão na influência das políticas públicas de saúde” (CNJ, 2015).

Não obstante, reconhece-se que a apreciação jurisdicional envolvendo os direitos sociais interfere diretamente nas políticas públicas, como conclui o próprio Conselho Nacional de Justiça, ao estabelecer que “qualquer intervenção judicial que seja mais contínua e perene pode influenciar decisivamente o rumo das políticas públicas do ponto de vista do orçamento, planejamento, gestão, riscos, etc.” (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 131).

O crescimento da importância e do protagonismo judicial em matéria de saúde trouxe a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica. Não é por acaso que, ao longo dos últimos cinco anos, o CNJ tem liderado e estimulado

de maneira mais sistemática a atuação do Judiciário, buscando estabelecer uma política judiciária para a saúde (CNJ, 2015, p. 10).

O órgão tem editado Recomendações e Resoluções no sentido de determinar ao Poder Judiciário como um todo a adotar medidas para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Exemplos são a Recomendação nº 31/2010⁸⁷, que orienta aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, e a

⁸⁷ “Resolve recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010, celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, por meio das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, a dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Unacon ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Cacon;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;” (CNJ, 2010).

Resolução nº 107⁸⁸ de 2010, que instituiu o Fórum Nacional para o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde (Fórum da Saúde)⁸⁹.

Vale destacar que a Resolução nº 31/2010 contém dispositivos – ainda que endereçados aos magistrados – que estimulam o diálogo, tal como a oitiva dos gestores, visitas aos Conselhos de saúde e Unidades de saúde do SUS.

O CNJ editou também a Recomendação nº 36/2011, recomendando aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais

⁸⁸ Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Art. 3º No âmbito do Fórum Nacional serão instituídos comitês executivos, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, para coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes, a partir dos objetivos do artigo anterior.

Parágrafo único. Os relatórios de atividades do Fórum deverão ser apresentados ao Plenário do CNJ semestralmente.

Art. 4º O Fórum Nacional será integrado por magistrados atuantes em unidades jurisdicionais, especializadas ou não, que tratem de temas relacionados ao objeto de sua atuação, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e outras instituições de pesquisa.

Art. 5º Para dotar o Fórum Nacional dos meios necessários ao fiel desempenho de suas atribuições, o Conselho Nacional de Justiça poderá firmar termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, cuja atuação institucional esteja voltada à busca de solução dos conflitos já mencionados precedentemente.

Art. 6º O Fórum Nacional será coordenado pelos Conselheiros integrantes da Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação.

Art. 7º Caberá ao Fórum Nacional, em sua primeira reunião, a elaboração de seu programa de trabalho e cronograma de atividades.

Art. 8º As reuniões periódicas dos integrantes do Fórum Nacional poderão adotar o sistema de videoconferência, prioritariamente (CNJ, 2010a).

⁸⁹ O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 8 de 2 de fevereiro de 2016) e constituído por Comitês Estaduais. O Fórum mantém uma página no sítio do CNJ na internet dispondo de diversos documentos, notícias sobre os eventos e informações técnicas sobre medicamentos e tratamentos hospitalares elaboradas para atender a casos específicos em processos judiciais (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/notas-tecnicas>>).

operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde pública e suplementar.

Recomendou, ainda, aos tribunais que trabalham com o Direito Sanitário que celebrem convênios a fim de obter apoio técnico que auxilie os magistrados nas ações que apresentem discussão sobre o quadro clínico de pacientes, e o seguimento das diretrizes apontadas na audiência pública do STF, realizada entre abril e maio de 2009.

Mais recentemente, outra medida, agora sob a forma de Resolução nº 238 de 06/09/2016, dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública.

Desta forma, o CNJ tem chamado para si a responsabilidade pela condução das políticas de saúde no âmbito do Judiciário e adotado medidas com o objetivo de diminuir o volume de ações sobre o tema, bem como auxiliar os magistrados.

De fato, pode-se concluir que o CNJ criou uma política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário (Resolução Nº 125 de 29/11/2010), dentro da qual inserem-se os conflitos relacionados à saúde pública. Essa política destaca-se pela utilização de meios alternativos de solução dos conflitos, como conciliação e mediação; através da criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATs) nos tribunais de Justiça, pela capacitação de pessoal (inclusive magistrados) que recebem subsídios técnicos sobre as políticas públicas de saúde já existentes, com o fim de garantir maior eficiência nas demandas judiciais.

São, ainda, realizadas Jornadas Nacionais da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde.

Na pesquisa feita em 2015 sobre a judicialização da saúde, observou-se que a criação do Núcleo de Apoio Técnico (NAT)⁹⁰, formado por diversos profissionais,

⁹⁰ Numa das experiências analisadas na pesquisa, o NAT possuía caráter consultivo, de prevenção e de gestão. O caráter consultivo diz respeito à função de ferramenta de apoio ao Judiciário antes de emitir decisões, no sentido de proferir pareceres técnicos quanto ao direito sanitário e políticas públicas de saúde. O caráter de prevenção diz respeito à sua atuação como meio de solução administrativa de conflitos, estimulando a interlocução entre as instituições jurídicas e políticas e prevenindo a judicialização das demandas. O caráter de gestão diz respeito à identificação da maior incidência das demandas para ações e estratégias de planejamento em saúde, com o objetivo de otimizar o atendimento prestado aos usuários, além de também acompanhar o cumprimento das ações judiciais e a pertinência de utilização de medicamentos e insumos de trato sucessivo (CNJ, 2015).

permite uma compreensão multidisciplinar a respeito da saúde e do direito. As articulações com os Conselhos de Saúde partem do pressuposto de que “a passividade institucional pode ser equilibrada com uma atuação mais ativa e extrajudicial nas políticas públicas de saúde, com foco especial no estabelecimento de pactos e acordos com os gestores para a atuação em conjunto” (CNJ, 2015, p. 229).

Estas iniciativas mais uma vez retomam o que já foi mencionado antes: a necessidade de um repensar a atuação do Judiciário no tocante ao problema da judicialização da saúde, dada a sua complexidade. Por envolver temas técnicos afetos à área da saúde, bem como decisões políticas (afetas inclusive ao orçamento público), talvez o Poder Judiciário não tenha melhores condições de resolver o problema sozinho (teoria da última palavra).

Talvez, uma atuação conjunta dos poderes, o estabelecimento de um diálogo entre os envolvidos, possa trazer uma melhor solução ao caso. É nesse sentido que foi realizada a pesquisa da tese: verificar como o judiciário brasileiro decide sobre políticas públicas de saúde para, posteriormente, analisar a aplicação da teoria dos diálogos institucionais.

4.5 O PROJETO DE LEI Nº 8.058/2014

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.058/2014⁹¹, de autoria do deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), que visa instituir processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Judiciário.

Conforme consta na justificativa, o referido Projeto foi criado por meio de um longo processo de trabalho que envolveu diversos segmentos da sociedade. Inicialmente, foi discutido por pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEBEPEJ), sob a presidência do Professor Kazuo Wanabe e pela Doutora Ada Pellegrini. Posteriormente, o projeto básico sofreu modificações realizadas por universidades de Direito, magistrados, bem como membros da advocacia pública, privada, defensoria e do Ministério Público.

⁹¹ A íntegra do Projeto de Lei, justificativa e proposta de substitutivo estão disponíveis no endereço http://www.mpsp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2576789.PDF. mp.

Segundo os juristas que elaboraram o projeto, este surgiu da necessidade de se regulamentar um fenômeno recorrente na prática — a intervenção do Judiciário em políticas públicas —, “que até então tem se desenvolvido no país sem qualquer referencial normativo, o que resulta em indesejadas decisões com caráter particularista, inexecutáveis ou descoladas da realidade” (GRINOVER; LUCON; WATANABE, 2015, s/p).

Disciplina o processo especial que permitirá a intervenção e o controle judicial de políticas públicas, regulamentando os seus procedimentos e desdobramentos. É composto de 33 artigos, que, em sua maioria, regulam o processo coletivo, e somente 3 artigos, do 28 ao 30, dizem respeito ao processo individual. Os princípios presentes na proposta são o da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas, equilíbrio orçamentário (todos elencados no artigo 2º).

Streck e Lima (2015) tecem duras críticas ao projeto, porque, para eles, não há nenhuma novidade na proposta. Aduzem que apenas reproduz o moralismo do Poder Judiciário, na crença de poder solucionar os problemas decorrentes das políticas públicas por meio das decisões judiciais. Segundo eles, com a aprovação do projeto, ocorreria a concessão de “superpoderes” ao Poder Judiciário. Executivo e Legislativo estariam destinados a desaparecer diante das competências conferidas ao Judiciário. Afirmam que o projeto contribui para a política da fabricação de princípios, por meio dos quais se institucionalizou o ativismo judicial. Um exemplo evidente dessa questão é a presença de um roteiro no site do Ministério da Saúde, que indica os procedimentos a serem observados para acionar o juiz contra o Estado. Ou seja, o próprio governo transfere sua competência de implementar políticas públicas para o Poder Judiciário.

Streck e Lima (2015) entendem ainda que o projeto se encontra eivado de inconstitucionalidade. Primeiramente, por violar a competência do Legislativo de elaborar as políticas públicas (a aprovação da proposta seria um reconhecimento da incapacidade de cumprimento dos ditames constitucionais pelo referido poder). O projeto também viola a disposição da aprovação do orçamento anual, artigo 48, II da Constituição de 1988, que dispõe que cabe ao Congresso Nacional, com posterior aprovação do Presidente da República, a regulamentação orçamentária.

Em sentido oposto, afirmando que o projeto configura um avanço ao estabelecer um processo especial para o controle jurisdicional de políticas públicas, Leal

e Alves (2016) destacam que o Judiciário não pode se abster de efetivar o direito fundamental. Nesse sentido, o projeto traz importante novidade ao permitir a conversão da ação individual em coletiva, embora contemple práticas que já estão em utilização, mas que “passarão a ser procedimentalizadas e pautarão a atuação judicial, no intuito de superar dificuldades atuais, muitas destas apontadas pelo próprio CNJ” (LEAL; ALVES, 2016, p. 1010).

No entanto, os autores alertam sobre as dificuldades práticas na implementação da proposta, como o estabelecimento do Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas e a horizontalidade do diálogo interinstitucional (LEAL; ALVES, 2016, p. 1010).

Os autores do projeto, Grinover, Lucon e Watanabe (2015) afirmam que ele reflete a necessidade da existência de balizas legais para que se promova o controle jurisdicional de políticas públicas e a experiência de outros países, como os Estados Unidos, Índia, Colômbia, África do Sul e Argentina:

[...] que faz o Projeto de Lei, em realidade, em sentido contrário ao afirmado pelos referidos autores, é procurar limitar o subjetivismo judicial na tomada de decisões que determinam a implementação de uma certa política pública pela regulamentação que estimula o diálogo e a cooperação institucional entre os poderes estatais ao longo de todas as fases do processo (GRINOVER; LUCON; WATANABE, 2015).

Consoante tudo o que já se argumentou até este momento na tese, talvez o melhor caminho, por ora, não seja legislar sobre um novo procedimento para o julgamento de processos que versem sobre políticas públicas. Os instrumentos processuais disponíveis são suficientes para contribuir para o deslinde da questão. Conforme se verá adiante, faz-se necessário ainda um refinamento da aplicação da tese da teoria dos diálogos institucionais em solo brasileiro e um amadurecimento da doutrina e da jurisprudência pátrias.

O estudo realizado e relatado neste trabalho revelou que o STF (ainda que não admita expressamente) e também o Judiciário brasileiro vêm gradativamente assumindo sua tarefa na efetivação dos direitos fundamentais. No entanto, essa atividade precisa ser aprimorada e compartilhada com outros atores institucionais, o que somente será possível se forem efetuados estudos voltados à aplicação da teoria dos diálogos institucionais e à análise prática dos casos julgados com ênfase na verificação do cumprimento das

decisões. Verificar como o Judiciário brasileiro intervém sobre políticas públicas de saúde, quais os parâmetros utilizados e quais as consequências das decisões proferidas ainda é um desafio.

A sessão seguinte mergulha nessa temática, buscando trazer um panorama acerca da atuação do Judiciário estadual brasileiro de segundo grau nas ações estruturais sobre políticas públicas de saúde em sua dimensão coletiva. Para isso, foram analisados 29 julgados proferidos em Ações Cíveis Públicas em 6 Tribunais de Justiça estaduais selecionados.

5 A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS NO BRASIL

Como já referido, um dos objetivos deste trabalho consiste em investigar a atuação do Poder Judiciário brasileiro em matéria de políticas públicas de saúde. A compreensão dessa atividade pode ser realizada a partir da análise de julgados referentes a casos estruturais, previamente selecionados, relacionados ao tema. Enquanto a sessão anterior centrou-se na atuação do STF, neste momento o foco foi a atuação dos tribunais estaduais de segundo grau.

Neste propósito, a sessão apresenta os dados coletados na pesquisa em julgados envolvendo a intervenção judicial em políticas públicas de saúde, por meio do método de Revisão Sistemática de Literatura (RSL), que permite que determinados tópicos importantes sejam avaliados de forma rigorosa, por meio de auditoria metodológica confiável (KITCHENHAM, 2004).

A amostra foi obtida a partir de uma revisão sistemática, de maneira que diversos argumentos de pesquisa relacionados ao controle judicial de políticas públicas de saúde foram utilizados e avaliados antes da seleção definitiva da amostra para análise. A opção pela RSL relaciona-se à busca por uma melhor seleção da amostra e de todas as etapas para sua obtenção, para que, na sequência, seja possível realizar a análise propriamente dita.

Para esse mister, foram brevemente relatados os casos selecionados nos seis tribunais analisados a partir da técnica de RSL e suas principais particularidades, a partir de três aspectos relevantes: a) política pública objeto da discussão e o tipo de providência almejado; b) a resposta dada pelo Poder Judiciário (incluindo considerações aos argumentos que guiaram as decisões dos magistrados); c) as consequências das decisões judiciais e seu possível impacto nas políticas públicas⁹².

Esse é o caminho que a sessão pretende percorrer: refletir sobre o papel que o Judiciário vem desempenhando a respeito da intervenção em políticas públicas de saúde, quais as dinâmicas empregadas, os efeitos gerados por essas decisões e os desafios enfrentados para tornar concreto o comando constitucional acerca do direito fundamental à saúde.

⁹² Essa sistematização foi inspirada no estudo de casos feito por Maurino e Nino (2009) a respeito da Judicialização das políticas públicas de conteúdo social na cidade de Buenos Aires.

5.1 METODOLOGIA DA AMOSTRAGEM DE DADOS

Segundo a Cochrane Collaboration, a revisão sistemática caracteriza-se por usar metodologia predefinida. Baseia-se em uma série de passos desenhados com o objetivo de minimizar o risco de vieses: identificação de estudos relevantes, seleção de estudos para a revisão, coleção e combinação de dados (CENTRO COCHRANE, 2009). Assim, as RSL são consideradas mais refinadas que as revisões abertas, uma vez que seus métodos explícitos de inclusão e exclusão de artigos limitam o viés do pesquisador, tornando a pesquisa confiável, imparcial e repetível (KITCHENHAM, 2004).

A RSL tem por objetivo combinar a pesquisa para criar generalizações que permitem ao pesquisador analisar criticamente os dados coletados, resolver conflitos a partir do material de estudo e identificar questões para futuras pesquisas.

Segundo Kitchenham *et al.* (2007), uma revisão sistemática deve ser realizada seguindo as etapas: planejamento da revisão, condução da revisão e documentação da revisão, podendo estes passos serem observados também para um mapeamento sistemático. Seguindo esta metodologia, para realizar a pesquisa da tese, o primeiro passo foi o planejamento: definir quais seriam os julgados analisados, referentes a qual período, oriundos de quais tribunais e contendo quais termos de pesquisa.

Como se trata de judicialização, nada mais óbvio do que procurar informações dentro do próprio Poder Judiciário. Assim, considerando que o CNJ, desde 2004, divulga pesquisas e relatórios que são a principal fonte das estatísticas oficiais do Judiciário brasileiro, servindo de referência para futuras ações e decisões sobre a gestão judiciária, o primeiro passo foi analisar esses dados.

Nesses relatórios, verificou-se que, especialmente em relação ao direito à saúde, houve um incremento no número de ações ajuizadas⁹³⁻⁹⁴ e, conseqüentemente, uma maior atenção por parte do Judiciário (culminando em 2009 com a audiência sobre

⁹³ Apenas para registro, segundo o CNJ, em 2011 eram 240.980 processos judiciais sobre saúde na Justiça Estadual. Em 2014, o total era de 392.921. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>> e <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnotribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2017).

⁹⁴ Segundo dados divulgados pelo CNJ de 2010 até julho de 2016, os custos da União totalizaram R\$ 3,9 bilhões com o cumprimento das sentenças. Só no ano de 2017, já foram desembolsados R\$ 730,6 milhões. Somados os gastos da União, estados e municípios, a previsão é de que o montante chegue a R\$ 7 bilhões em judicialização em 2017. Em 2015, foram gastos R\$ 5 bilhões. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84287-cnj-promove-treinamento-para-enfrentar-a-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

saúde realizada no STF). A partir desse evento, o CNJ tem tomado diversas medidas para enfrentar o problema da judicialização da saúde: a edição de Recomendações, a criação do Comitê Executivo Nacional do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ, o monitoramento dessas ações, a implementação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATs) nos tribunais de Justiça, a realização de mutirões de conciliação, a especialização de varas de saúde nas comarcas em que houver mais de uma vara de fazenda pública, e a criação de um banco de dados com informações técnicas para subsidiar magistrados de todo o país em ações judiciais na área da saúde são alguns exemplos.

Pesquisa realizada pelo CNJ, publicada em 2015⁹⁵, traçou um panorama a respeito da judicialização e da política judiciária de saúde no Brasil (CNJ, 2015, p. 14), utilizando critérios quantitativos e qualitativos para seleção dos tribunais e decisões pesquisados. A pesquisa revelou que muitos juízes agiam de forma isolada, sem uma padronização nas decisões:

Durante algum tempo, esta atuação judicial esteve fortemente orientada pelo convencimento pessoal dos magistrados pelo Brasil afora. Em regra, as decisões judiciais não tinham uma sólida padronização dos limites da decisão judicial ou não traziam uma discussão mais aprofundada sobre as questões específicas de saúde. Isto fez que os magistrados decidissem com frequência de maneira “solitária” as demandas de saúde apresentadas. [...] No entanto, nos últimos anos, o Judiciário buscou se debruçar de forma mais sistemática sobre o ato de julgar em saúde e tem buscado fazer que este ato não seja necessariamente uma decisão “solitária”. O crescimento da importância e do protagonismo judicial em matéria de saúde trouxe a necessidade de se estabelecer uma ação mais coordenada e estratégica. Não é por acaso que, ao longo dos últimos cinco anos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem liderado e estimulado de maneira mais sistemática a atuação do Judiciário, buscando estabelecer uma política judiciária para a saúde (CNJ, 2015, p. 10).

Nessa pesquisa, o CNJ optou por escolher os tribunais estaduais face a disponibilidade *on line* de dados pesquisáveis, o que não acontece com as decisões de 1ª instância, nem sempre acessíveis *on line* (CNJ, 2015 p. 18). Esse material serviu de ponto

⁹⁵ A pesquisa do CNJ foi desenvolvida nos anos 2013 e 2014, em parceria com o Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ). A pesquisa buscou analisar o cenário da judicialização da saúde e a política, bem como atender “três objetivos específicos: o primeiro foi o estabelecimento de um perfil amplo dos litígios em saúde pública e saúde suplementar no Brasil, a partir de diversas informações e características presentes em processos judiciais. O segundo foi a análise de conteúdos, concepções e sentidos atribuídos pelos atores jurídicos e políticos no que concerne ao direito à saúde e às estratégias de efetivação. O terceiro objetivo, por fim, foi a compreensão dos arranjos institucionais e sociais que foram desenvolvidos em experiências específicas de interação entre Judiciário, sociedade e gestão para a efetivação do direito à saúde judiciária de saúde” (CNJ, 2015).

de partida para a pesquisa realizada na tese, no entanto, para a condução da revisão, adotou-se parcialmente a metodologia ali utilizada, atualizando-se, no entanto, a classificação dos tribunais (grande, médio e pequeno porte), bem como o período investigado (2015 e 2016), utilizando-se os termos de referência “saúde” e “políticas públicas”, conforme explica-se a seguir.

A pesquisa do CNJ tem como referência quantitativa os anos de 2011/2012, selecionados a partir dos seguintes critérios:

- a) atualidade dos dados; b) disponibilidade on-line dos dados de 2ª instância;
- c) são anos posteriores à criação do Fórum Nacional de Saúde, da edição da Recomendação n. 31 do CNJ, da Recomendação n. 75 do CNJ, da Recomendação n. 107 do CNJ, da instituição dos Comitês Estaduais de Saúde e da realização da Audiência Pública de Saúde do STF (CNJ, 2015, p. 14-15).

Foram, ainda, selecionados para a realização dessa pesquisa seis tribunais estaduais, o que permitiu criar um banco de dados amostral a respeito da atuação do judiciário estadual e o desafio da concretização do direito à saúde. A escolha dos tribunais tomou como referência o Relatório Justiça em Números 2015, elaborado pelo CNJ, que classifica os tribunais estaduais em três grupos (pequeno, médio e grande porte), em função do escore obtido por cada tribunal, com base nos dados anuais apresentados a respeito das seguintes variáveis: “a) a despesa total da Justiça; b) os casos novos; c) os processos em tramitação; d) os magistrados; e) os servidores, inclusive estagiários e terceirizados; e f) o número de servidores da área judiciária” (CNJ, 2015, p. 15).

Com base nos escores, a pesquisa do CNJ selecionou o tribunal com maior e o tribunal com menor escore em cada grupo/porte, totalizando os seis tribunais. O resultado preliminar da seleção compreendeu os seguintes tribunais, conforme Quadro 1:

Quadro 1 – Tribunais selecionados para a pesquisa do CNJ, com base nos critérios do Relatório Justiça em Números (CNJ, 2015)

Porte	Maior escore	Menor escore
Grande	TJ São Paulo	TJ Rio Grande do Sul
Médio	TJ Paraná	TJ Mato Grosso
Pequeno	TJ Rio Grande do Norte	TJ Roraima

Fonte: A autora

No entanto, segundo a pesquisa do CNJ,

[...] para a seleção definitiva desses tribunais, entretanto, teria que ser averiguada a disponibilidade on-line de dados [...] em decorrência de problemas com relação a este requisito, todos os tribunais que figuravam com menor escore em cada grupo tiveram de ser substituídos (CNJ, 2015, p. 15)⁹⁶.

Outrossim, para a tese foi adotada metodologia semelhante, porém, para a seleção dos Tribunais foi adotado o Relatório mais recente da série Justiça em números, do CNJ, publicada em 2016, tendo como ano base 2015 (CNJ, 2016, p. 84, tabela 4.1. Volume 1, caderno analítico). Segundo os critérios ali adotados, os tribunais foram divididos em grande, médio e pequeno porte, e, a partir do maior e menor escore em cada grupo, foram selecionados os seguintes tribunais (sendo que o Tribunal de Justiça do Paraná antes classificado como de médio porte passou para grande porte):

Quadro 2 – Tribunais selecionados para a tese, com base nos critérios do Relatório Justiça em Números (CNJ, 2016)

Porte	Maior escore	Menor escore
Grande	São Paulo	Paraná
Médio	Bahia	Maranhão
Pequeno	Paraíba	Roraima

Fonte: A autora

Desta forma, considerando os termos acima e a incapacidade – inclusive de ordem técnica – de coletar, processar e sintetizar os dados de todos os 27 tribunais de justiça estaduais brasileiros⁹⁷, para a pesquisa realizada neste trabalho, foram

⁹⁶ Segundo o Relatório do CNJ: “No caso de Roraima, não havia decisões suficientes que pudessem apresentar com fidedignidade a judicialização da saúde no estado. Segundo o Relatório Justiça em Números 2012, a quantidade de processos que tinham sido julgados era muito superior aos resultados obtidos no sítio do tribunal para as decisões de 2º grau. Foram encontrados dez resultados, buscando-se por decisões que foram proferidas entre 1º/01/2011 e 31/12/2012. Os dados obtidos no relatório apontam que o total de processos julgados em 2ª instância foi de 2.749 só em 2011”.

No caso de Mato Grosso, a impossibilidade se deu em virtude da falta de estabilidade de funcionamento do site do tribunal, o que inviabilizou a obtenção dos dados para a realização da pesquisa. Durante várias oportunidades e em diversos horários, o sistema de busca ficou inoperante. Em relação ao Rio Grande do Sul, embora tenha sido possível encontrar quantidade significativa de processos, o site do tribunal somente permite a consulta de mil processos por busca, mesmo informando que foram encontrados aproximadamente 7.470 resultados. Desse modo, ficariam inacessíveis 6.470 processos” (CNJ, 2015, p. 16).

⁹⁷ Segundo o Relatório Justiça em Números 2015 divulgado pelo CNJ, em 2014, no segundo grau da Justiça dos Estados tramitaram 3,9 milhões de processos. Notícia disponível em: <

selecionados os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Paraná (ambos de grande porte), Bahia, Maranhão (considerados de médio porte), Paraíba e Roraima (tribunais de pequeno porte segundo a pesquisa do CNJ de 2016).

Superada esta fase, passou-se à delimitação temporal. Na pesquisa do CNJ, antes referida, foi pesquisado o biênio 2011 e 2012, no entanto, optou-se por manter o biênio, atualizando-o para os anos de 2015 e 2016⁹⁸.

Assim, além da vantagem na atualização dos dados, a seleção da data possibilitou ampliar o número de processos fornecendo uma amostra maior, e, conseqüentemente, conferindo maior confiabilidade, conforme Epstein e King (2002, p. 124): “a ideia é que à medida que incluímos mais dados em nossa estimativa, deveríamos chegar mais e mais perto da verdade”. Com os tribunais selecionados, passou-se à etapa da definição dos termos de pesquisa.

Na pesquisa do CNJ de 2015 sobre judicialização da saúde, tendo em vista o universo a ser pesquisado e as diferenças regionais para o cadastramento das ementas, optou-se pelo descritor “saúde”, por seu caráter mais abrangente⁹⁹. Assim, ali foram pesquisados os processos que tinham a palavra “saúde” em suas ementas, cabendo, em uma segunda etapa, a separação daqueles que efetivamente interessariam à pesquisa no âmbito da saúde pública e suplementar (CNJ, 2015, p. 17).

Contudo, na tese, como dito antes, foram utilizados os termos de pesquisa “políticas públicas” e “saúde”, buscando-se as chamadas decisões estruturais (GARAVITO, 2014). Para tanto, numa segunda etapa foram excluídas as ações individuais que buscavam beneficiar apenas a parte autora da ação. Importante destacar que, antes de chegar aos termos de busca finais (saúde e políticas públicas), foram ainda experimentados diversos outros termos: ingerência, intervenção, interferência, controle,

<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

⁹⁸ Levar-se-á em consideração a data de julgamento e não a data da publicação da decisão. Embora somente com a publicação a decisão opere seus efeitos, o que interessa para a pesquisa é o momento em que a decisão é proferida. Isso porque é possível verificar que, em alguns tribunais, o lapso temporal entre a data de julgamento e da publicação pode ser de meses ou mais, o que poderia interferir na obtenção dos dados pesquisáveis. Somente em relação ao TJRR, não foi possível assegurar esse critério, porque o sítio na internet do tribunal, face o sistema adotado, não possibilita a pesquisa por data de julgamento, mas somente pela data de publicação.

⁹⁹ Outrossim, o relatório adverte que “quanto maior o nível de abertura, mais difícil fica a análise, visto que não é conhecido o procedimento de autuação de cada tribunal e de cada unidade judiciária. É possível que alguns processos possam ser cadastrados apenas nos assuntos mais globais, sem detalhamento dos itens mais específicos” (CNJ 2015, p. 141).

competência do Executivo para a organização e planejamento das políticas públicas. Verificou-se que todos esses termos limitavam a pesquisa, uma vez que nem todos os sistemas de busca dos Tribunais reconhecem sinônimos. Assim, os termos utilizados (saúde e políticas públicas) foram aqueles que conferiram maior abrangência de resultados.

A pesquisa foi realizada (e repetida em dias alternados) nos sítios eletrônicos da internet dos respectivos tribunais, nos períodos compreendidos entre os dias 8 e 24 de março de 2017 e 1 a 5 de agosto de 2017. Infelizmente, muitas dificuldades surgiram nesta etapa. Os bancos de dados dos tribunais não são sistematizados ou padronizados; cada tribunal possui um sistema próprio e diverso dos demais, os operadores booleanos nem sempre estão padronizados, o que não permite uma pesquisa mais detalhada.

Outro problema é a instabilidade dos sistemas de internet dos *sites* dos tribunais *on line*. A pesquisa teve de ser repetida em dias diversos e alternados até se assegurar o resultado, pois, em alguns tribunais – em especial o TJMA e TJPB – havia instabilidade no sistema e até mesmo apareciam resultados diversos, ainda que se repetissem rigorosamente os mesmos termos de busca.

Tendo em vista a dificuldade de realização da pesquisa, à época de sua realização, foram enviados para os Tribunais pesquisados questionamentos acerca da forma como são disponibilizados. Foram enviadas, via e-mail ou através do sítio do tribunal na internet, as seguintes questões: (1) O banco de dados de jurisprudência é composto pela totalidade das decisões proferidas pelo Tribunal? Caso o banco de dados seja incompleto, por favor, responda às perguntas abaixo: (1.1) Há critério para selecionar quais decisões comporão a base de dados? Qual(is) é(são) esse(s) critério(s)? (1.2) Existe algum meio de se obter acesso à totalidade das decisões? Como? (2) Como funciona a alimentação da base de dados jurisprudenciais (como é feita a indexação e qual o critério de escolha para colocar a decisão na base de consulta).

Os tribunais, à exceção das decisões proferidas no sistema PJE do Tribunal da Paraíba¹⁰⁰, afirmaram que todas¹⁰¹ as decisões, após publicação, migram para a base de dados, e em alguns o próprio gabinete do Desembargador prolator do acórdão

¹⁰⁰ O TJPB somente inclui as decisões proferidas em processos físicos, ainda não havendo ferramenta capaz de incluir automaticamente as decisões proferidas através do sistema PJE (vide Anexo VI).

¹⁰¹ Só o TJPR informou a totalidade das decisões disponibilizadas no sistema: 2 milhões e 900 mil decisões (ressalvadas 110 mil decisões com acesso restrito, pois tramitam em segredo de justiça).

encaminha a decisão para o sistema (ex. TJPB); e em outros, a Turma recursal faz esse trabalho (ex. TJRR), o qual é realizado na manhã ou madrugada seguinte à publicação da decisão no Diário da Justiça.

Todos silenciaram a respeito de critérios para selecionar as decisões, eis que a eleição de critérios é desnecessária, pois todas são disponibilizadas. A pergunta a respeito da forma como funciona a alimentação da base de dados (como é feita a indexação) também não foi respondida especificamente, e os tribunais se limitaram a reportar-se à primeira resposta – as respostas dos tribunais encontram-se no anexo VI.

Desta forma, ainda que existam diferenças entre os sistemas de busca, elas não comprometeram o resultado final da pesquisa. No entanto, vale mencionar que a pesquisa jurídica no Brasil poderia ser facilitada se houvesse um banco de dados unificado ou, ao menos, que os tribunais utilizassem dos mesmos sistemas para disponibilizar as decisões e realizar os sistemas de busca, trazendo ainda maior rigor científico à pesquisa.

Outrossim, a utilização de termos amplos de pesquisa teve o propósito de obter maior número de resultados que pudessem ser enquadrados no âmbito das políticas públicas de saúde, para, num segundo momento, refinar a pesquisa, desprezando-se as decisões que falavam de medicamentos, exames e outros insumos pleiteados individualmente, ou que não interessavam para a pesquisa por não abordarem a temática estudada. Um exemplo é quando se busca no Tribunal de Justiça do Paraná pelos termos saúde e políticas públicas, em que podem aparecer resultados relativos à superlotação em presídios, acessibilidade em prédios públicos e até mesmo questões relativas à remuneração de agentes públicos, porque, em algum momento na decisão, o relator mencionou esses termos.

Utilizando esses critérios, foram pesquisados os acórdãos contendo os termos “políticas públicas” e “saúde”, em suas ementas, ou no teor do documento, cabendo, em uma segunda etapa, a leitura de todos os acórdãos publicados nos tribunais selecionados entre 1 de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2016 que contivessem a palavra “saúde” e a expressão “políticas públicas” em suas ementas, para posterior separação daqueles que efetivamente interessam à pesquisa, que foram organizados por meio da análise e do tratamento dos dados coletados.

Foi feito um inventário destes acórdãos porque, em virtude das expressões utilizadas, eles, no mínimo, abordam o tema das políticas públicas na área de saúde.

Obviamente, não foi avaliado nada próximo da totalidade, mas foi pesquisado extensivamente em algo aproximado de uma amostra representativa dos tribunais estaduais pátrios. De acordo com Epstein e King (2013, p. 63), é importante lembrar que uma premissa básica de toda a pesquisa empírica “é a de que todas as conclusões possuem um grau de incerteza. Afinal, os fatos que conhecemos relacionam-se aos fatos que não conhecemos, mas gostaríamos de conhecer, somente por suposições que jamais poderemos verificar completamente”.

Ciente dessa limitação, a partir dessa amostragem, utilizou-se o método hipotético dedutivo, de modo que, a partir de testes empíricos realizados sobre as decisões proferidas, seja possível confirmar a hipótese de que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas de saúde no Brasil tem ocorrido de forma inadequada merecendo ser reformulada.

5.2 OS DADOS COLETADOS

Conforme já explicado anteriormente, tomando-se como parâmetro a pesquisa do CNJ de 2015 sobre a judicialização da saúde no Brasil, que analisou as decisões de seis (6) tribunais estaduais (sendo 2 de grande porte, 2 de médio porte e 2 de pequeno porte), no período de 2 anos, foi realizada a pesquisa nos seis tribunais estaduais selecionados: TJ São Paulo, TJ Paraná, TJ Bahia, TJ Maranhão, TJ Paraíba e TJ Roraima. O período pesquisado foram os anos de 2015 e 2016 (julgados entre 1 de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2016), selecionados a partir dos seguintes termos de pesquisa: políticas públicas ‘e’ saúde.

A seguir, são explicitados os procedimentos realizados para a pesquisa referente a cada tribunal.

5.2.1 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP

Considerado de grande porte, o TJSP é maior tribunal de justiça estadual do Brasil, segundo a classificação do CNJ. Para realizar a busca jurisprudencial referente a decisões sobre saúde e políticas públicas neste tribunal, utilizou-se a plataforma virtual disponível no sítio da internet do Tribunal, ligada ao @-SAJ, que possui, entre suas

destinações, a informatização do processo judicial, bem como o seu armazenamento em meio eletrônico¹⁰².

O sistema trabalha com os operadores booleanos¹⁰³ E, OU, NÃO e “ ”.

Por meio desse sistema de busca, foi possível localizar acórdãos, (excluídos acórdãos dos Colégios Recursais, decisões monocráticas e homologações de acordo), utilizando-se os termos de busca “saúde” e “políticas públicas” (com o operador booleano ‘e’), com o objetivo de abranger o maior número de resultados possíveis, sendo a filtragem feita posteriormente.

Considerando que o recorte temporal foi definido nos anos de 2015 e 2016, a busca deveria abarcar todos os processos que tiveram suas datas de julgamento neste período. Porém, especificamente no site do TJSP, a busca não pôde ser feita utilizando um espaço de tempo maior que um ano, pois o sistema não permite. Assim, a pesquisa ocorreu em duas etapas (01.01.2015 a 31.12.2015 e 01.01.2016 a 31.12.2016).

Os termos de pesquisa foram inseridos no campo “pesquisa livre”, que busca decisões que contenham as palavras/expressões desejadas tanto na ementa quanto no interior do acórdão (inteiro teor), excluindo termos sinônimos. Não foram utilizados outros filtros para refinamento.

Nessa primeira etapa, foram encontrados 8.800 acórdãos, sendo 3.573 decisões em 2015 e 5.227 em 2016. Após a busca, foi possível verificar que, desse total, a maioria das decisões referia-se a pedidos individuais para o fornecimento gratuito de medicamentos, os quais foram excluídos numa etapa posterior por não serem o objeto principal da pesquisa (buscavam-se os casos estruturais).

Excluídos os processos que tratavam de medicamentos, resultaram 303 decisões em 2015 e 399 em 2016 que continham os termos de pesquisa (políticas públicas e saúde). Vale destacar que a palavra saúde muitas vezes é utilizada na fundamentação do acórdão, sem que, efetivamente, a ação verse sobre o direito à saúde, sendo necessária

¹⁰² Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>

¹⁰³ A expressão ‘booleano’ vem de George Boole, matemático inglês, criador da álgebra booleana. Operadores booleanos são palavras que têm o objetivo de definir para o sistema de busca como deve ser feita a combinação entre os termos ou expressões de uma pesquisa. São eles: E → restringe a pesquisa, equivalendo à expressão: “com todas as palavras”. Os resultados recuperados devem conter um termo e o outro. OU → amplia a pesquisa, equivalendo a: “com qualquer uma das palavras”. Os resultados recuperados devem conter um termo ou o outro. NÃO → exclui um dos termos da pesquisa, equivalendo a expressão “sem a(s) palavra(s)”. Em alguns sistemas, é possível encontrar somente NOT/NÃO ou AND NOT/E NÃO. “ ” → busca uma expressão completa que esteja entre aspas.

a leitura da íntegra da decisão para identificar seu conteúdo. Muitas vezes o relator do acórdão utiliza a expressão “direitos sociais” e acrescenta, “tais como saúde, educação, moradia”, e só o fato de a palavra ‘saúde’ aparecer na decisão faz com que ela seja selecionada automaticamente pelo sistema, ainda que a ação não verse sobre esse direito, especificamente.

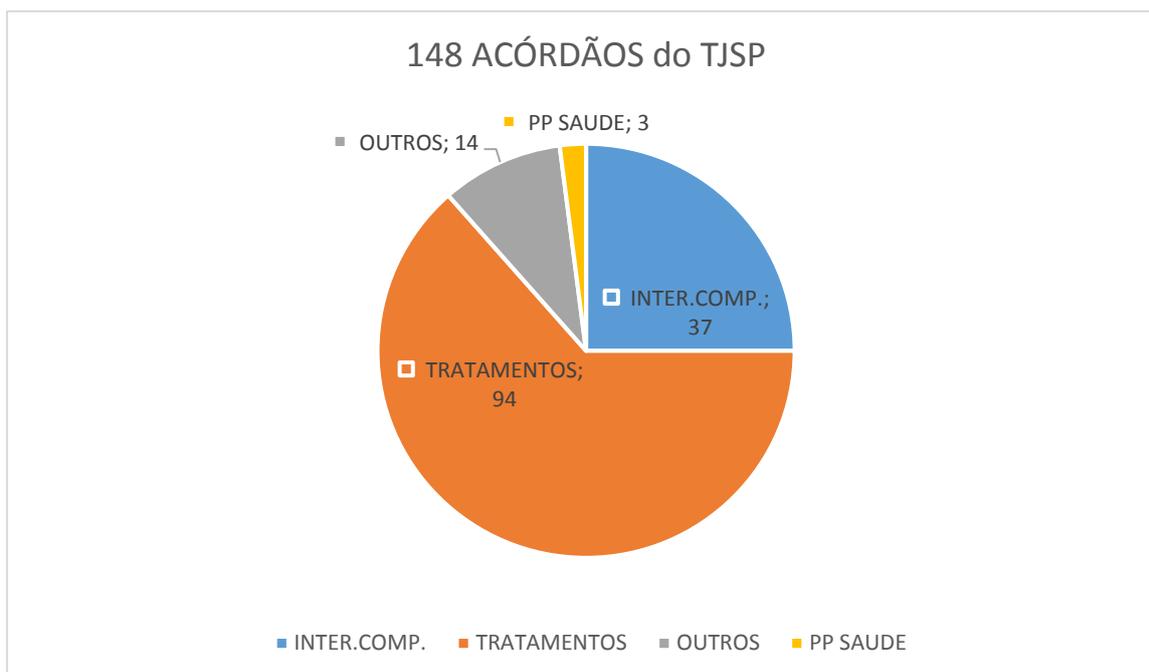
Em outras palavras, percebeu-se que, em muitas decisões, a palavra saúde era usada num contexto mais amplo, referindo-se ao conjunto dos direitos sociais previstos no artigo 6º Constituição: saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, sem estar ligado ao direito à saúde.

Diante desta particularidade, a pesquisa resultou em acórdãos que tratavam de políticas públicas e mencionavam o termo ‘saúde’, mas não enfrentavam o tema objeto da tese. Exemplos são os acórdãos que versavam sobre direito à vaga em creche, coleta de lixo, superlotação prisional, construção de abrigo para menores ou idosos, entre outros.

Assim, foi realizada uma terceira etapa, na qual foram separados os acórdãos por assunto, desprezando-se aqueles que não tratavam especificamente do direito à saúde. Nessa última filtragem, restaram 148 decisões, sendo 63 em 2015 e 85 em 2016. Estas 148 decisões foram analisadas e foi possível agrupá-las conforme o tema tratado, separando-se aquelas que, efetivamente, versavam sobre políticas públicas de saúde. Veja-se: 37 decisões referiam-se à Internação compulsória de pessoas doentes; 94 a diversos tipos de tratamentos (exceto medicamentos) pleiteados em ações individuais; 14 acórdãos referiam-se a matérias diversas, inclusive de natureza processual, sem adentrar no mérito, uma referia-se a política pública de proteção a idosos; e somente 3 sobre políticas públicas de saúde (ações estruturais).

Essas 3 decisões, cujas ementas e outras informações encontram-se no Anexo I, foram objeto de análise, pois em seu bojo tratam de políticas públicas de saúde, conforme será visto adiante. O Gráfico 1, a seguir ilustra o cenário encontrado, após a exclusão dos acórdãos referentes a medicamentos e aqueles que não tratavam diretamente do direito à saúde:

Gráfico 1 – Demonstrativo de acórdãos do TJSP.



- INTER. COMP. = pedidos referentes a internamento compulsório de dependentes químicos e alcoólicos (37 decisões)
- TRATAMENTOS = ações com pedido individual referente a exames médicos e consultas médicas com especialistas, próteses, aparelhos auditivos, fraldas geriátricas, cirurgias diversas, quimioterapia, suplemento alimentar (94 decisões)
- OUTROS = ações onde se discutiu aspectos processuais, sem adentrar no mérito (Agravos, Embargos de Declaração, ADin) (14 decisões)
- PP SAÚDE = decisões efetivamente analisadas pois abordam o tema objeto da tese: políticas públicas de saúde (3 decisões)

Fonte: A autora

5.2.2 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR

O TJPR passou a ser catalogado pelo CNJ como tribunal de grande porte somente a partir de 2013 (na pesquisa de 2012, era considerado de médio porte). Para realizar as buscas referentes aos termos saúde e políticas públicas no sítio na internet do TJPR, utilizou-se sua plataforma virtual disponibilizada em endereço eletrônico¹⁰⁴. Diferentemente do portal do TJSP, o tribunal do Paraná não está ligado à plataforma @-SAJ e possui sistema de busca próprio. Esse sistema disponibiliza os operadores booleanos E, OU, RANK, ADJ, MESMO, NÃO e \$.

Da mesma forma que nos demais portais, os termos de pesquisa utilizados foram “saúde” e “políticas públicas”, utilizando-se no site o *link* “pesquisa detalhada”, que permite pesquisar tanto ementa quanto inteiro teor dos acórdãos, bem como os anos

¹⁰⁴ Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>

de 2015 e 2016 conjuntamente, sempre considerando a data de julgamento. Foram considerados somente os acórdãos, desprezando-se as decisões monocráticas.

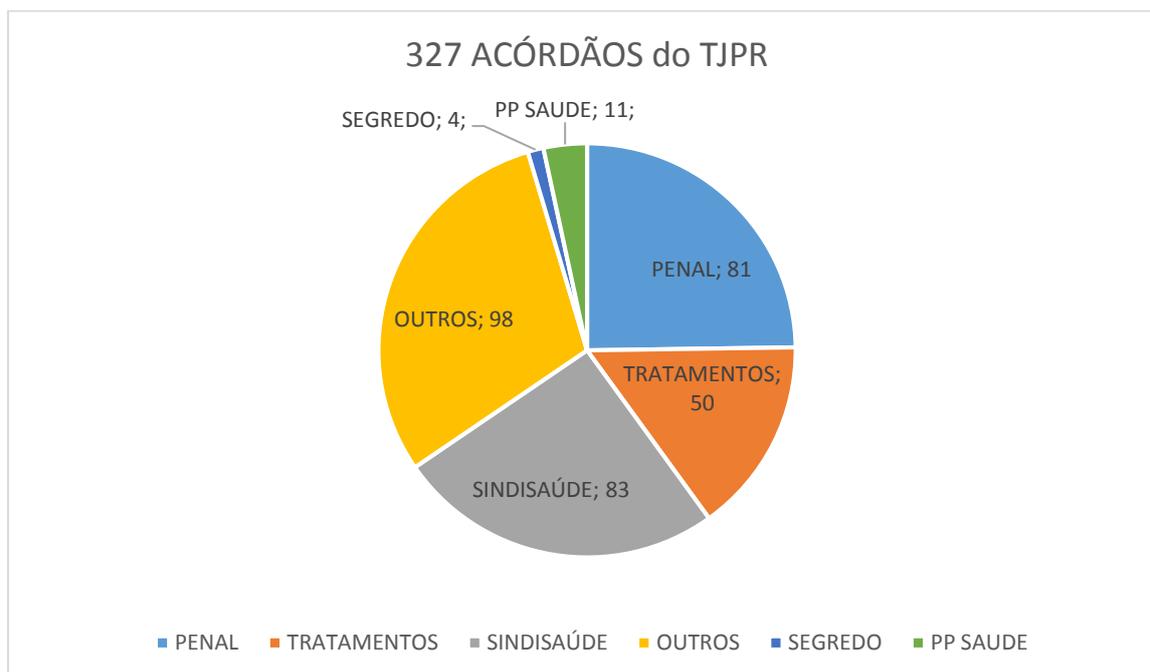
Obteve-se o resultado de 3.800 processos, que foram disponibilizados integralmente e não de forma fracionada, como ocorreu com o TJSP.

Numa primeira filtragem, foi possível excluir os processos que continham pedidos individuais referentes ao fornecimento gratuito de medicamentos e disponibilização de vaga ou matrícula em creche (esses dois temas estavam presentes em 3.473 julgados, que representavam 91,39%), restando 327 (8,62 %) decisões que atendiam aos requisitos da pesquisa (continham os termos saúde e políticas públicas, mas não se referiam a pedidos individuais de medicamentos ou vaga/matrícula em creche).

Num segundo momento, nova filtragem foi realizada e, tal como ocorreu na pesquisa no TJSP, verificou-se que o termo saúde muitas vezes é utilizado na fundamentação do acórdão sem que, efetivamente, a ação verse sobre o direito à saúde. Assim, numa terceira etapa, foram separados os acórdãos por assunto, desprezando-se aqueles que não tratavam do direito à saúde. Veja-se: 81 decisões referiam-se à matéria penal como interdição de delegacias, superlotação de presídios e remoção de presos; 83 decisões referiam-se à ação de cobrança do Sindisaúde; 50 decisões tratavam de diversos tipos de tratamentos pleiteados em ações individuais; 98 acórdãos referiam-se a matérias diversas, inclusive de natureza processual sem adentrar no mérito; e somente 11 sobre políticas públicas de saúde.

Essas 11 decisões, cujas ementas e outras informações encontram-se no Anexo II, foram objeto de análise, pois em seu bojo tratam de políticas públicas de saúde, conforme será visto no item 5.3. A seguir o gráfico ilustrativo (Gráfico 2):

Gráfico 2 – Demonstrativo de acórdãos do TJPR



PENAL = interdição de delegacias, superlotação de presídios e remoção de presos, policiamento em locais públicos (81 decisões).

SINDISAÚDE = ação de cobrança do Sindisaúde (83 decisões)

TRATAMENTOS = tratamentos pleiteados em ações individuais (cirurgias - inclusive bariátrica, próteses, leito em UTI, aparelho para surdez, home care, consultas, exames, fraldas geriátricas, suplemento alimentar, captura de morcegos, bomba de insulina) (50 decisões)

OUTROS = acórdãos referiam-se a matérias diversas, inclusive de natureza processual. Também decisões sobre políticas públicas em áreas diversas da saúde: reforma de escolas, remoção de veículos abandonados, construção de local para cumprimento de medida sócio educativa, isenção de tarifa de transporte público para portador de doença renal, construção de abrigo para idosos, restauração de patrimônio histórico... (98 decisões)

SEGREDO DE JUSTIÇA: impossibilitando o acesso ao conteúdo ou assunto do acórdão (4 decisões)

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE (PP SAÚDE): objeto da tese (11 decisões)

Fonte: A autora

5.2.3 Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – TJBA

Diferentemente dos tribunais anteriores, o TJBA é considerado de médio porte pelo CNJ. No site, o Tribunal dispõe de sistema próprio de pesquisa jurisprudencial que não permite pesquisar separadamente ementa ou inteiro teor de decisões, e também não é possível distinguir entre acórdãos e decisões monocráticas, o que tornou a pesquisa ainda mais abrangente. Foram, então, pesquisadas no endereço eletrônico¹⁰⁵ as decisões que contivessem os termos saúde e políticas públicas tanto na ementa quanto no teor do

¹⁰⁵ Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml>>.

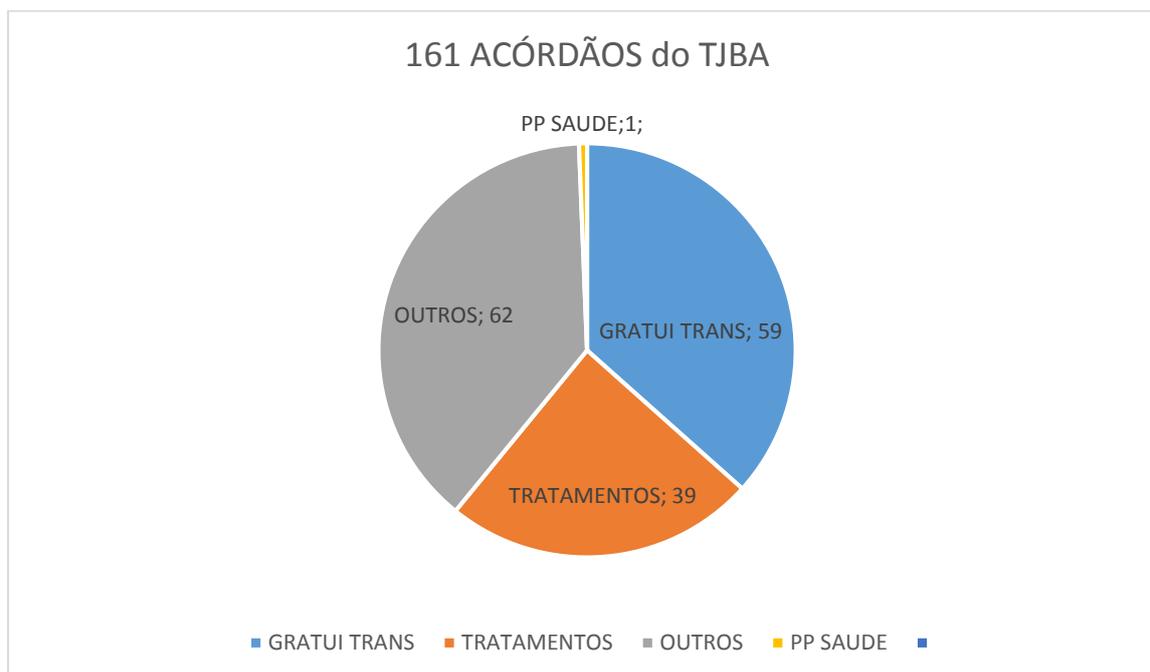
acórdão, oriundas de acórdãos e decisões monocráticas dentro do período de 1 de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2016 (data do julgamento). O sistema trabalha com os operadores booleanos E, OU e NÃO.

Realizada a pesquisa com os termos “saúde” e “políticas públicas”, obteve-se o resultado de 500 registros – limitação dada automaticamente pelo sistema. Feita uma primeira filtragem, foram desprezadas as decisões que se referiam a medicamentos, resultando em 161 julgados. Numa terceira etapa, foram separadas as decisões por assuntos repetidos, desprezando-se aqueles que não tratavam de políticas públicas de saúde.

Nessa fase, foram agrupados os acórdãos conforme a seguir: 59 decisões referiam-se ao chamado passe-livre, ou gratuidade do transporte coletivo municipal para pessoas deficientes na cidade de Salvador; 38 referiam-se a diversos tipos de tratamentos médicos (exames e consultas com especialistas, próteses, aparelhos auditivos, fraldas geriátricas, cirurgias diversas, quimioterapia, suplemento alimentar, medicação especial entre outros); 62 julgados referiam-se a matérias diversas (ações de natureza penal, administrativa, concurso público, verbas salariais, aspectos processuais em Agravos, Embargos de Declaração e políticas públicas em áreas como educação, internação de adolescentes, construção de abrigo para idosos, tratamento de água); e somente 1 decisão pode ser enquadrada na temática das políticas públicas de saúde.

Essa decisão, cuja ementa e outras informações encontram-se no Anexo III, foi objeto de análise, pois em seu bojo trata de políticas públicas de saúde, conforme será visto adiante. A seguir, graficamente representado (Gráfico 3):

Gráfico 3 – Demonstrativo de acórdãos do TJBA



GRATUI. TRANS= gratuidade do transporte coletivo municipal para pessoas deficientes na cidade de Salvador (59 decisões)

TRATAMENTOS= tratamentos médicos (exames e consultas com especialistas, próteses, aparelhos auditivos, fraldas geriátricas, cirurgias diversas, quimioterapia, suplemento alimentar, medicação especial entre outros) (39 decisões)

OUTROS= ações de natureza penal, administrativa, concurso público, verbas salariais, aspectos processuais em Agravos, Embargos de Declaração e políticas públicas em áreas como educação, internação de adolescentes, construção de abrigo para idosos, tratamento de água (62 decisões)

PP SAÚDE = decisões sobre políticas públicas de saúde (1 decisão)

Fonte: A autora

Apesar das dificuldades e limitações que o sistema utilizado pelo TJBA proporcionou, optou-se por manter os dados na pesquisa, certo que toda pesquisa científica, especialmente na área do Direito, possui um grau de incerteza, porém esses obstáculos não comprometeram sua confiabilidade.

5.2.4 Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA

Em relação ao TJMA, também considerado de médio porte, para realizar as buscas por decisões referentes aos termos saúde e políticas públicas, utilizou-se a plataforma virtual disponibilizada no endereço eletrônico¹⁰⁶, que possui um programa próprio denominado Sistema JurisConsult Versão 1.2.

O sistema permite consulta somente pela data de publicação e não há campo

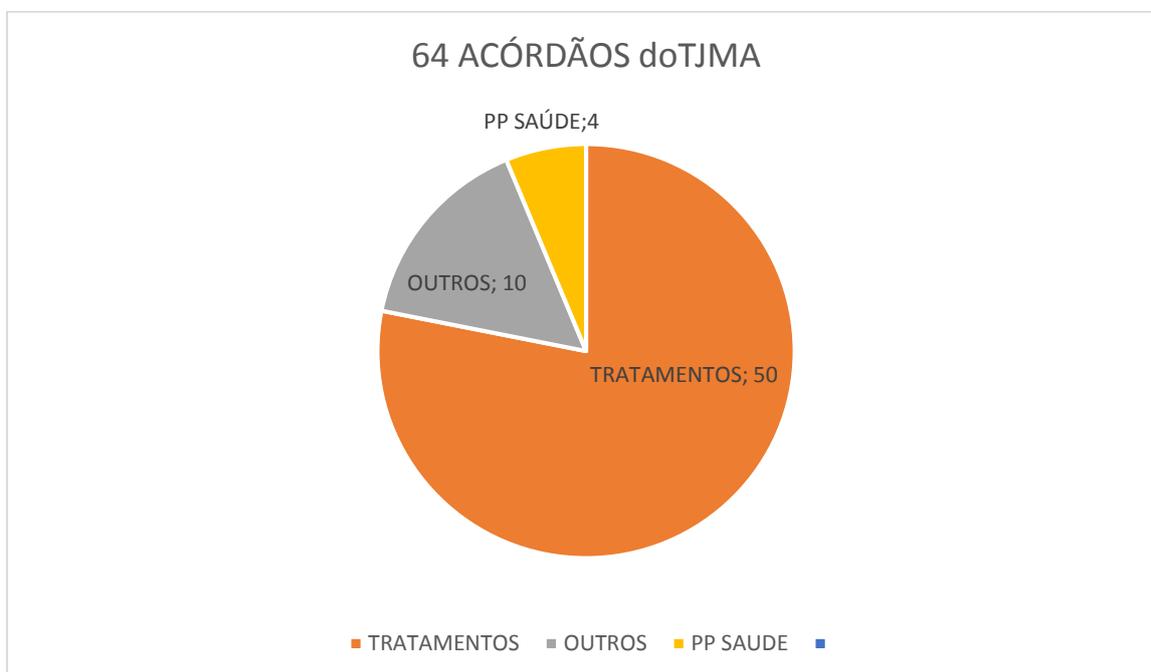
¹⁰⁶ Disponível em: <<http://jurisconsult.tjma.jus.br/>>

específico para selecionar ementa ou inteiro teor, acórdãos ou decisões monocráticas. O sistema trabalha somente com os operadores booleanos E e OU. Foram, então, pesquisadas decisões que contivessem os termos saúde e políticas públicas tanto na ementa quanto no teor do acórdão, oriundas de acórdãos e decisões monocráticas.

Feita a busca com os termos saúde e políticas públicas, foram obtidos 64 registros, realizando-se a filtragem posteriormente, através da leitura de todos os acórdãos, para tentar agrupá-los conforme o assunto tratado na decisão.

Do total, 50 julgados referiam-se a tratamentos diversos relacionados à saúde, todas com pedido individual referente a exames médicos, consultas médicas com especialistas, próteses, aparelhos auditivos, fraldas geriátricas, cirurgias diversas, quimioterapia, suplemento alimentar e medicação especial, entre outros. Ainda, 10 julgados referiam-se a ações que tratavam sobre assuntos diversos, como ações de natureza penal ou administrativa. Finalmente, 4 decisões foram selecionadas para análise, pois tratavam do tema objeto da tese (políticas públicas de saúde). O Gráfico 4 representa este resultado.

Gráfico 4 – Demonstrativo de acórdãos do TJMA



TRATAMENTOS= tratamentos diversos relacionados à saúde (a exames médicos, consultas médicas com especialistas, próteses, aparelhos auditivos, fraldas geriátricas, cirurgias diversas, quimioterapia, suplemento alimentar e medicação especial, entre outros) (50 decisões)

OUTROS= assuntos diversos como ações de natureza penal ou administrativa (10 decisões)

PP SAÚDE= tema objeto da tese (políticas públicas de saúde) (4 decisões)

Fonte: A autora

5.2.5 Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – TJPB

O TJPB foi o primeiro tribunal de pequeno porte analisado, pois recebeu maior score na pesquisa do CNJ, e, também, nesse caso foi adotada a mesma metodologia de pesquisa. Na busca, realizada no sítio do tribunal na internet¹⁰⁷, foram utilizados os termos saúde e políticas públicas, não sendo disponibilizados operadores booleanos no sistema desse tribunal. Como o sistema é extremamente simples, sem possibilitar qualquer tipo de filtragem, a busca resultou em 1.160 acórdãos, dos quais somente 1000 são disponibilizados (mostrados)¹⁰⁸.

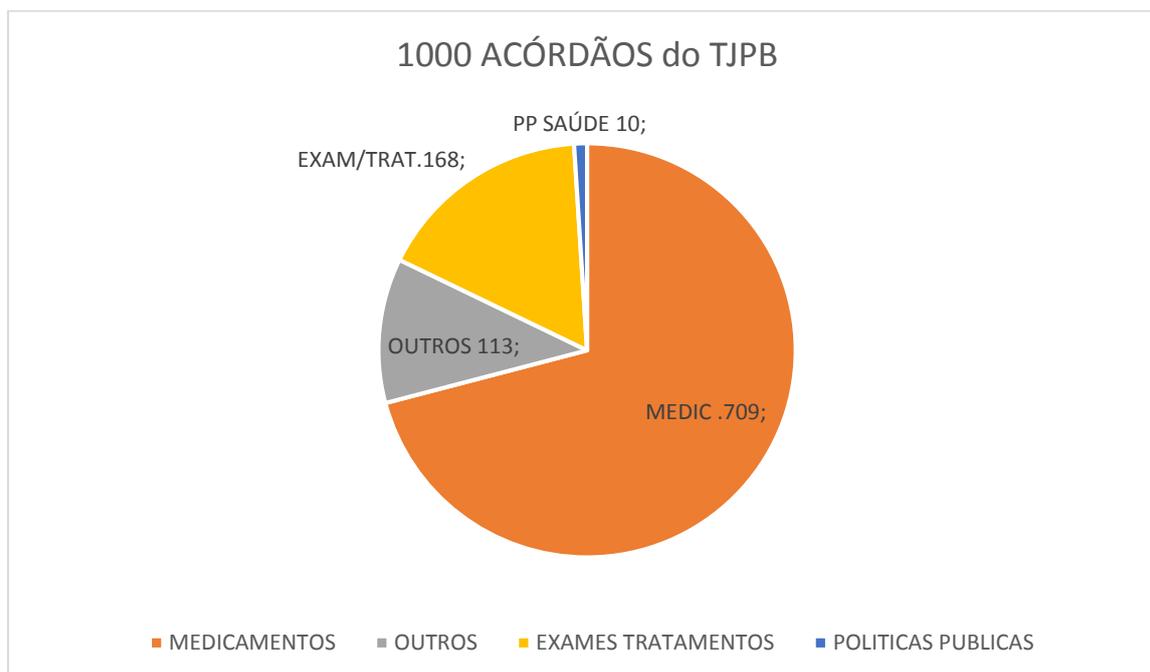
Todos os 1.000 acórdãos foram analisados, separando-se por assunto aqueles que guardavam similitude. Deste total, 709 decisões referiam-se a pedido individual de fornecimento gratuito de medicamentos; 113 referiam-se a algum tipo de tratamento médico, como consulta, cirurgia, insumos, exames, aparelhos, próteses; 168 decisões versavam sobre diversas matérias, como trabalhista (adicional de insalubridade), administrativa (fiscalização de matadouro) políticas públicas para idosos (construção de abrigo), políticas públicas ambientais (reciclagem de lixo), reforma de escolas, entre outros assuntos de natureza processual. Apenas 10 decisões foram selecionadas para análise, visto que tratam do objeto da tese, conforme demonstra o Gráfico 5.

¹⁰⁷ Disponível em:

<http://juris.tjpb.jus.br/search?site=jurisp_digitalizada&client=tjpb_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=tjpb_index&proxycustom=%3CHOME/%3E>.

¹⁰⁸ Inobstante a informação do TJPB de que todos os acórdãos são disponibilizados.

Gráfico 5 – Demonstrativo de acórdãos do TJPB



- MEDICAMENTOS = ações individuais com pedido de fornecimento gratuito de medicamentos (remédio, fármaco) (709 decisões)
- EXAMES/TRATAMENTOS = ações com pedido individual referente a exames médicos e consultas médicas com especialistas, próteses, aparelhos auditivos, fraldas geriátricas, cirurgias diversas, quimioterapia, suplemento alimentar e medicação especial, colchão ortopédico, meias venosas de média compressão, óculos...) (168 decisões)
- Outros = ações de natureza penal, administrativa (113 decisões,)
- PP saúde = decisões efetivamente analisadas (tema objeto da tese) (10 decisões)

Fonte: A autora

5.2.6 Tribunal de Justiça do Estado de Roraima – TJRR

O último tribunal onde foi feita a pesquisa é considerado de pequeno porte e conseguiu o menor escore na pesquisa do CNJ. O Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR) permite buscar por decisões referentes à saúde e políticas públicas através da plataforma virtual disponibilizada pelo no endereço eletrônico¹⁰⁹. O sistema próprio de consulta somente permite busca pela data de publicação e não há campo específico para selecionar ementa ou inteiro teor, acórdãos ou decisões monocráticas. O sistema trabalha com os operadores booleanos E, OU, NÃO e “ ”.

Realizada a pesquisa com os termos saúde e políticas públicas, obteve-se o número de 46 registros. Feita uma primeira filtragem, foram separadas as decisões que se

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/juris/>>.

referiam a medicamentos, resultando em 38 julgados. Numa segunda etapa, foram lidos todos os acórdãos e verificado que nenhum enfrenta a questão objeto da pesquisa. Assim, nenhum acórdão do TJRR foi analisado. Isso pode trazer algumas perguntas, como: nenhuma ação foi ajuizada sobre o tema? Ou, talvez, nenhuma dessas ações, ainda que ajuizadas, foi objeto de recurso? Ou, ainda, o sistema de pesquisa processual utilizado no TJRR é eficiente?

Verifica-se que há grande discrepância dos resultados obtidos entre os tribunais localizados na região norte (Maranhão e Roraima) com outros localizados na região sul e sudeste (Paraná e São Paulo). Esse resultado corrobora o que Brinks e Gauri constataram em estudo sobre a judicialização em diversos países, entre eles o Brasil:

[...] los litígios em Brasil y la Índia, por ejemplo, se concentran em las zonas urbanas de las regiones más ricas de ambos países. Sin duda es problabe que el acceso a la justicia em todos los países este tan desigualmente distribuído como los bienes y servicios protegidos por el derecho a la salud. Las personas que no logran acceder a los servicios médicos más básicos son también las que tienen menos posibilidades de usar los servicios judiciales (BRINKS; GAURI, 2014, p. 315).

Por outro lado, mister novamente assinalar que, infelizmente, a pesquisa no direito ainda apresenta muitos obstáculos, especialmente quando se trata da pesquisa jurisprudencial. Conforme esclarecem Reginato e Alves (2014), a utilização do ementário jurisprudencial como fonte exclusiva de pesquisa em direito pode ser bastante problemática:

A elaboração das ementas deveria ser precedida de leitura cuidadosa e de rigorosa análise da decisão ementada, o que não se viu nas ementas analisadas na nossa pesquisa sobre habeas corpus. Contudo, ainda que as ementas fossem perfeitas, haveria dificuldades. Primeiro porque as mesmas categorias e normas jurídicas podem aparecer em situações completamente diferentes, não esclarecidas suficientemente nas ementas e, depois, há ainda uma dificuldade semântica evidente, já que o julgado é apresentado de forma tópica. O ementário jurisprudencial como fonte de pesquisa.

Inobstante essas dificuldades, conforme adverte Abramovich (2009, p. VI), é necessário reorientar o debate acerca das políticas públicas a partir de reflexões que surgem de experiências concretas, “vez que, nos últimos anos a discussão tem se mantido no plano abstrato, exclusivamente normativo, desconhecendo as práticas concretas dos tribunais”. Desta forma, ainda que contenha algumas limitações, importante a realização

da pesquisa no Direito, justamente para revelar essas limitações e chamar a atenção para a necessidade de um tratamento específico sobre o assunto, como a confecção de um banco de dados unificado no sistema Judiciário brasileiro e a padronização dos sítios eletrônicos dos tribunais.

5.3 A AMOSTRA

A amostra de pesquisa resultante para análise é composta de 29 elementos, ou seja, 29 decisões proferidas pelos 5 Tribunais estaduais selecionados (todas referentes à Ação Civil Pública), vez que nenhuma decisão do TJRR foi selecionada (sendo 3 decisões do TJSP, 11 decisões do TJPR, 1 decisão do TJBA, 4 decisões do TJMA e 10 decisões do TJPB), proferidas entre o período de 1 de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2016. Essas decisões estão dispostas conforme a Tabela 1, a seguir, elaborada por ordem de apresentação da seleção no respectivo sítio da internet e também de acordo com a localização nos Anexos I a V da tese.

Para os argumentos de pesquisa “saúde + políticas públicas”, tem-se a seguinte amostra:

Quadro 3 – Julgados selecionados

Tribunal/ Anexo	Nº processo no anexo	Nº do Processo	Data de julgamento	Relator
TJSP Anexo I	1	Apelação 0000145- 63.2014.8.26.0035	15.06.2015	Marcelo Berthe
TJSP Anexo I	2	Apelação 18/1002758- 14.2015.8.26.0032	07.11.2016	Luis Fernando Camargo de Barros Vidal
TJSP Anexo I	3	Apelação 53/0010153- 26.2013.8.26.0297	15. 06. 2016	Rebouças Carvalho
TJPR Anexo II	1	Agravo de Instrumento 1.546.881- 2	01.11.2016	Carlos Mansur Arida
TJPR Anexo II	2	Apelação Cível 1.525.591-3	27.09.2016	Regina Afonso Portes
TJPR Anexo II	3	Agravo de Instrumento 1.498.108- 9	30.08.2016	Carlos Mansur Arida
TJPR Anexo II	4	Agravo de Instrumento 1.346.155- 3	16.08.2016	Nilson Mizuta

Tribunal/ Anexo	Nº processo no anexo	Nº do Processo	Data de julgamento	Relator
TJPR Anexo II	5	Apelação Cível 1.315.721-4	01.12.2015	Carlos Mansur Arida
TJPR Anexo II	6	Agravo de Instrumento 1.348.031-6	25.08.2015	Nilson Mizuta
TJPR Anexo II	7	Apelação Cível 1.363.561-5	14.07.2015	Carlos Mansur Arida
TJPR Anexo II	8	Apelação Cível 1.315.148-5	31.03.2015	Maria Aparecida Blanco de Lima
TJPR Anexo II	9	Apelação Cível 1.281.179-3	17.03.2015	Hamilton Rafael Martins Schwartz
TJPR Anexo II	10	Apelação Cível 1.281.371-7	27.01.2015	Nilson Mizuta
TJPR Anexo II	11	Agravo de Instrumento 1.233.930-9	27.01.2015	Carlos Mansur Arida
TJBA Anexo III	1	Apelação Cível 0000619-89.2009.8.05.0036	10.02.2015	Regina Helena Ramos Reis
TJMA Anexo IV	1	Apelação Cível 312/2016	19.08.2016	Jamil de Miranda Gedeon Neto
TJMA Anexo IV	2	Agravo de Instrumento 047.238/2015	26.11.2015	Cleones Carvalho Cunha
TJMA Anexo IV	3	Agravo de Instrumento 008121/2015	12.11.2015	Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
TJMA Anexo V	4	Agravo de Instrumento 40.039/2014	23.06.2015	Antonio Guerreiro Junior
TJPB Anexo VI	1	Remessa Necessária Nº 0001741-76.2015.815.0351	25.10.2016	Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
TJPB Anexo VI	2	Reexame Necessário e Apelação N. 0001386-98.2013.815.0751	02.08.2016	Tercio Chaves de Moura
TJPB Anexo VI	3	Remessa Necessária Nº 0001342-79.2013.815.0751	05.07.2016	Aluizio Bezerra Filho
TJPB Anexo VI	4	Remessa Oficial e Apelação Cível 00014163620138150751	29.10.2015	Saulo Henriques de Sá e Benevides
TJPB Anexo VI	5	Apelação Cível Nº 0000104-87.2015.815.0061	03.11.2015	Miguel de Britto Lyra Filho
TJPB Anexo VI	6	Apelação e Remessa Oficial Nº 0001800-96.2013.815.0751	06.10.2015	Miguel de Britto Lyra Filho
TJPB Anexo VI	7	Apelação e Remessa Necessária N.º 0001364-40.2013.815.0751	29.09.2015	Romero Marcelo da Fonseca Oliveira

Tribunal/ Anexo	Nº processo no anexo	Nº do Processo	Data de julgamento	Relator
TJPB Anexo VI	8	Apelação Cível e Remessa Necessária Nº 0001418- 06.2013.815.0751	25.08.2015	Leandro dos Santos
TJPB Anexo VI	9	Remessa Oficial Nº 0000809- 28.2013.815.0911	26.05.2015	Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho
TJPB Anexo VI	10	Remessa Oficial Nº 0001460- 55.2013.815.0751	14.05.2015	João Alves da Silva

Fonte: A autora

A partir dessa amostra, foi possível analisar a atuação dos Tribunais estaduais brasileiros em relação às políticas públicas de saúde em casos estruturais.

5.4 SÍNTESE DOS JULGADOS SELECIONADOS

Conforme demonstrado antes, em cada tribunal pesquisado, foram selecionadas as decisões relacionadas ao objeto da tese, as quais estão mencionadas nos anexos I a V. Neste tópico, serão resumidas cada uma delas.

No site do TJSP, foram selecionados três julgados (processos), o primeiro referente à apelação contra sentença que julgou procedente a Ação Civil Pública ajuizada contra o Município de Lindóia e o Município de Estância de Águas de Lindóia, afirmando a necessidade de garantir o tratamento adequado da população em hospital 24 horas, por meios próprios ou mediante a realização de convênios. O recurso não foi provido, confirmando-se a decisão de 1º grau.

O segundo processo trata da apelação contra sentença que julgou improcedente Ação Civil Pública, onde se pretendia a condenação da Prefeitura de Araçatuba na adoção de providências para reforma e adaptação de unidade de saúde. A sentença de improcedência foi mantida sob o fundamento de inexistência de prova de omissão na concretização da política pública de saúde.

O terceiro versa sobre Ação Civil Pública, ajuizada pelo MP do Estado de São Paulo em face da Santa Casa de Misericórdia de Jales; e outro, objetivando que seja determinada a realização de chamamento público de médicos especializados em ginecologia/obstetrícia para contratação destes profissionais em quantidade suficiente para possibilitar o atendimento em plantão presencial, 24 horas. A ação foi julgada

improcedente e improvido o recurso, sob o fundamento de que a ré não possui obrigação legal ou contratual de manter o referido plantão. Interessante destacar, nessa decisão, que o relator argumenta que: “uma vez que ausente qualquer ilegalidade, não cabe ao Poder Judiciário determinar a contratação de médicos, interferindo indevidamente nas políticas públicas de saúde, em afronta ao princípio da independência dos Poderes” (TJSP, Apelação nº 53/0010153-26.2013.8.26.0297). Esse argumento será analisado mais adiante.

No TJPR, dentre os 11 processos analisados, foi possível verificar que em 5¹¹⁰ o tema era a contratação de profissionais para trabalhar em hospitais ou postos de saúde (enfermeiros e médicos). Destes, em 3 casos (processos nº 2, 7 e 9 do Anexo II), o TJPR entendeu não ser possível a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de determinar a contratação de profissionais da área de saúde, sob o argumento de que haveria ingerência na esfera administrativa do Poder Público; já em outros dois casos (processos nº 8 e 10), entendeu possível essa intervenção. A divergência de entendimento repousa justamente no entendimento acerca da teoria da Separação dos Poderes e a possível ingerência judicial no Executivo.

Outros quatro processos referem-se a casos onde se discutia a intervenção judicial com a finalidade de realizar melhorias físicas (de infraestrutura) em hospitais (processos nº 3 e 11), seja para a disponibilização de leitos em UTI neonatal (processos nº 4 e 6 do Anexo II), seja sobre a interdição de hospitais para verificar a má gestão dos recursos públicos. Em três casos (processos nº 4, 6 e 11), a Corte opinou favoravelmente à intervenção judicial, sendo que, no processo nº 3, o hospital somente não foi interditado porque era o único hospital do Município.

Os dois casos restantes (processos nº 1 e 5) merecem maior atenção devido ao seu conteúdo. O primeiro (processo 1 do Anexo II) trata da Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra a Municipalidade, por meio da qual o Juízo *a quo* deferiu a liminar pleiteada, a fim de impor ao Município de Paranaguá a obrigação de fazer consistente em: (i) apresentar em Juízo, no prazo de até 30 dias, Plano Operativo contemplando a criação e implementação dos Serviços Residenciais Terapêuticos - SRT, modalidades Tipo I e II, e ações para alta planejada e reabilitação psicossocial assistida de todos os pacientes portadores de transtorno mental que se

¹¹⁰ São os processos relacionados no Anexo II sob nºs 2, 7, 8, 9 e 10.

encontram institucionalizados; (ii) após decorrido o prazo de apresentação do Plano Operativo, implementar em definitivo, no prazo de até 120 dias, os Serviços Residenciais Terapêuticos - SRT, modalidades Tipo I e II, e executar as ações necessárias para a alta planejada e reabilitação psicossocial assistida dos pacientes.

No segundo caso (processo nº 5 do Anexo II), o MP do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública em face do Município de Foz do Iguaçu, alegando que: a) em outubro de 2011, foi instaurado inquérito civil perante a 15ª Promotoria de Justiça de Foz do Iguaçu, com o fim de apurar a situação de vulnerabilidade social de crianças e adolescentes envolvidos com dependência química no Município de Foz do Iguaçu; b) foram realizadas diligências administrativas e questionamentos para observar o motivo da falta de atendimento adequado a crianças e adolescentes com transtornos decorrentes da droga, mas o réu apresentou justificativas evasivas; c) há necessidade de disponibilização de outros serviços; d) há legitimidade ativa do Ministério Público Estadual, bem como legitimidade passiva do Município de Foz do Iguaçu; e) o direito à saúde deve ser observado.

Diferentemente dos casos anteriores, em que a política pública existe e é descumprida, sendo relativamente fácil decidir acerca da necessidade de intervenção judicial, os dois casos mencionados requerem uma abordagem mais sofisticada, uma vez que ordenaram o desenho, organização e execução de uma política pública específica.

No TJBA, foi selecionado um único processo referente à ação manejada pelo Ministério Público, alegando que a água fornecida pelo Município demandando no Distrito de Caldeiras estaria contaminada e, portanto, imprópria para o consumo humano (a água era captada diretamente de um manancial, sem tratamento prévio antes do consumo humano). Pugnou pela implementação de uma unidade de tratamento de água na aludida localidade. A decisão de 1º grau foi confirmada, deferindo-se ao demandado um prazo de 6 meses para a implementação de uma unidade de tratamento capaz de fornecer água tratada e própria para consumo, à população do Distrito de Caldeiras, determinando, ainda que, por ora, sejam adotadas as medidas que se façam necessárias para que a aludida localidade seja, imediatamente, servida com água descontaminada. Na decisão, o TJBA enfrentou a questão da ofensa ao princípio da separação dos poderes e da violação ao poder discricionário da administração, citando precedente do STF, que

afirma que não há dita violação quando a implementação da medida objeto da ação é prevista constitucionalmente.

No TJMA, quatro decisões foram selecionadas, sendo que duas referiam-se ao mesmo processo. O primeiro processo analisado diz respeito à ampliação de leitos de UTI em hospital. A Terceira Câmara daquele tribunal entendeu incabível a intervenção judicial para a ampliação de vagas em hospitais; que esta atividade consiste em medida de natureza administrativa, que exige a realização de despesa, cuja execução pela Administração Pública está subordinada à observância das normas financeiras e orçamentárias, sendo decisão de caráter político exclusiva do Poder Executivo.

O segundo processo selecionado neste tribunal refere-se à tutela antecipada concedida determinando que, no prazo de 180 dias, o ente público procedesse às reformas e adaptações exigidas pelo órgão de vigilância sanitária na Maternidade Marly Sarney; e saneamento das irregularidades encontradas. Aqui, a Corte entendeu correta a intervenção judicial.

Finalmente, os dois últimos julgados referem-se ao mesmo processo de Ação Civil Pública que visava à implantação de centro para tratamento de insuficiência renal crônica. Nestes julgados, a Corte entendeu correta a intervenção judicial, sob os argumentos de não haver ofensa à teoria da Separação dos Poderes, rechaçando a alegação de insuficiência orçamentária (mencionando a tese da reserva do possível) e citando precedentes do STJ.

No TJPB, foram selecionados 10 processos para análise. Conforme pode-se verificar nas ementas transcritas no anexo V, os processos numerados de 1 a 10, com exceção do processo nº 5, referem-se à reforma de Unidades Básicas de Saúde. Vale destacar que desses 9 processos, 7 foram impetrados contra o mesmo Município (Bayeux). Veja-se:

No primeiro caso, o *Parquet* Estadual moveu a ação com o objetivo de compelir o Município de Sapé a realizar adequação estrutural, material e humana na Unidade Básica de Saúde da Família (UBSF) Antônio Mariz, com pedido liminar. São, ao todo, 37 medidas que vão desde a colocação de lixeiras e sabonete líquido nos lavatórios até a construção de rampas de acessibilidade. A decisão da corte julgou procedente – o Município não contestou a existência das irregularidades e sequer apresentou recurso contra a sentença – o pedido: “Diante de eventual ineficiência

governamental, é inescapável a atuação do Poder Judiciário como vetor garantidor das políticas sociais”.

No segundo caso selecionado, o MP estadual propôs Ação civil pública objetivando a regularização do funcionamento de unidade básica de saúde, a qual estaria sem a estrutura necessária, comprovando-se a omissão do ente público. Dentre as medidas, requereu a contratação de farmacêutico para gerir os medicamentos e/ou a recolocação em outra farmácia com profissional habilitado. Sob o argumento de que não há violação ao princípio da separação dos poderes e reserva do possível, foi provida a medida.

O processo nº 3 trata de Ação Civil Pública ajuizada pelo MP do Estado da Paraíba contra aquele Município Bayeux (julgado procedente o pedido de conserto das Unidades de Saúde da Família Imaculada I e III). O processo nº 4 trata de caso similar, agora em relação à Unidade de Saúde da Família Baralho.

Nos dois casos, o TJPB destacou precedentes do STF onde se relativizou a tradicional repartição absoluta das funções típicas do Executivo e do Judiciário, “munindo este segundo Poder, a partir de uma ponderação de valores, com prerrogativas direcionadas à concretização de direitos e garantias fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões em detrimento da liberdade administrativa comumente invocada pelos gestores como blindagem de suas omissões relacionadas aos serviços públicos essenciais”.

Julgando procedentes as ações, a Corte destacou que o STF admitiu a possibilidade de o Judiciário “compelir o Executivo a construir e reformar presídios, abrigos, hospitais e redes de esgotamento, desde que caracterizadas situações excepcionais configuradoras de vultoso risco aos direitos fundamentais, sem que isso importe em inconstitucionalidade”.

No processo nº 5, foi ajuizada Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer proposta em desfavor do Município de Riachão, cujo objetivo é obrigar a edilidade a disponibilizar um enfermeiro nas ambulâncias, em cumprimento ao art. 1.º da Resolução COFEN nº 0375/2011. Novamente, a Corte rechaçou o argumento da ausência de disponibilidade orçamentária e deferiu o pedido.

O processo nº 6 refere-se à ação ajuizada pelo MP contra o Município de Bayeux, após realizar inspeção na Unidade de Saúde de Família Mario Andreatza III,

onde constatou graves problemas estruturais e de funcionamento. Aqui também a ação foi julgada procedente e confirmada pelo tribunal.

O processo seguinte (7) trata de outra Ação Civil Pública movida pelo MP do Estado da Paraíba contra o Município de Bayeux. A ação foi julgada procedente e mantida pela Corte para determinar que, em 90 dias, a edilidade construa um abrigo externo para resíduos sólidos; contrate um farmacêutico ou proceda a distribuição dos medicamentos de forma centralizada por profissional já existente; construa salas de esterilização e de estocagem de material esterilizado, de nebulização climatizada; reforme os banheiros; adquira todo o material e equipamento necessário ao funcionamento da Unidade de Saúde da Família de Imaculada II, além de sua padronização visual, sob pena de multa diária.

Situação análoga ocorreu no caso analisado sob nº 8, também contra o Município de Bayeux, ajuizada pelo Ministério Público do Estado da Paraíba.

O processo nº 9 do Anexo V versa sobre Ação Civil Pública, em face do Município de São José dos Cordeiros, objetivando a reforma da Unidade de Saúde da Família Maria Helena de Brito, localizada no Município de São José dos Cordeiros, ao fundamento de que as irregularidades detectadas no local, na inspeção realizada pelo Conselho Regional de Medicina da Paraíba, têm o condão de comprometer a saúde e a vida da população que utiliza os serviços ali ofertados. Mais uma vez, foi determinada a intervenção judicial.

Finalmente, o último caso trata de Ação Civil Pública movida pelo MP, diante das graves ocorrências estruturais e de falta de profissional na Unidade Saúde da Família – USF, contra o Município de Bayeux, demonstrando omissão e infringindo a norma constitucional. O Tribunal, por meio da 4ª Câmara Especializada Cível, em total desacordo com os demais entendimentos, entendeu que “ao Poder Judiciário não se defere a possibilidade de imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade de o Poder Público realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, reforma de prédios públicos etc.), ainda que sob o argumento de atuar com o escopo de proteger direitos coletivos”. Afirmou na decisão que “o Judiciário não pode intervir, tomando decisões que importem análise de conveniência e oportunidade do ato, já que há planejamento de políticas públicas que não pode ser modificado”. Diante de tais considerações, reformou a sentença e julgou improcedente os pedidos formulados na ação civil pública.

No TJRR não foram localizadas decisões sobre o tema.

Em síntese, dos 29 elementos analisados, 21 entenderam possível a intervenção do Judiciário em matéria de políticas públicas de saúde e 8 foram contrárias a essa atividade.

5.4.1 A política pública objeto da discussão e o tipo de providência almejado

Este tópico analisa a atuação dos tribunais selecionados na pesquisa e o tipo de remédio utilizado a partir da classificação de Victor Abramovich. Foi possível constatar que esses tribunais, na maioria dos casos, têm sido receptivos em matéria de direitos sociais e, ao mesmo tempo, interpelam o Executivo em seu papel central na definição, execução e fiscalização de políticas públicas. Outrossim, em muitas situações a ação judicial visava compensar a inoperância das instâncias burocráticas e o déficit da gestão pública.

Também é possível constatar que a maioria das ações que versam sobre saúde no Brasil refere-se a medicamentos e outras providências de natureza individual que são providas de forma direta, sem a necessidade de uma resposta generalizada em termos de políticas públicas, porém, em relação a ações coletivas a situação muda.

Conforme a pesquisa revelou, as ações coletivas, em regra, são ajuizadas via Ação Civil Pública de iniciativa do Ministério Público, podendo-se agrupá-las de acordo com o objetivo almejado: a) ações que visam o melhoramento das condições físicas, materiais ou estruturais dos prédios públicos destinados ao atendimento da população; b) ações que almejam o melhoramento dos recursos humanos, com a contratação de profissionais da área de saúde; c) ações que objetivam a implantação de uma política pública e reivindicam diversas providências do ente público.

Nos dois primeiros grupos, verifica-se que há uma política pública prevista e a intervenção ocorre no momento da execução dessa política, visando corrigir situações como compra de equipamentos, ampliação de leitos em hospitais, contratação de médicos e enfermeiros.

No último tipo – em que quatro casos analisados se enquadram – se verifica que a política pública não havia sido implantada, mas estava prevista na legislação, configurando a omissão do Executivo. São os casos da implantação do Plano Operativo, contemplando a criação e implementação dos Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT),

modalidades Tipo I e II, e ações para alta planejada e reabilitação psicossocial assistida de todos os pacientes portadores de transtorno mental; a criação de Centro de Tratamento para dependência química de crianças e adolescentes em regime de 24 horas (processos 1 e 5 do TJPR); da implementação do sistema de tratamento de água (TJBA) e implantação do Centro para Tratamento de doentes com insuficiência renal crônica (processo nº 3 do TJMA).

Percebeu-se, ainda, que as decisões dos magistrados podem ser enquadradas nos tipos ‘b’ e ‘d’, elencados por Abramovich (2009, p. 51), conforme visto na sessão 3, item 3.4. Decisões tipo ‘b’ são decisões judiciais que dispõem sobre a implementação de políticas públicas definidas pelas instâncias políticas e não executadas pelos órgãos inferiores ou locais; decisões judiciais tipo ‘d’ são aquelas que reconfiguram aspectos parciais das políticas públicas ou dos sistemas de proteção social em curso, obrigando a estender o alcance das prestações e serviços a supostos não contemplados e beneficiários excluídos.

Abramovich esclarece que, no primeiro tipo, os tribunais são convocados a examinar a implementação efetiva das políticas públicas definidas pelo governo. Neste caso, o tribunal se limita a fazer cumprir “compromissos assumidos y no debidamente implementados por trabas burocráticas, complicaciones presupuestarias u otros motivos” (ABRAMOVICH, 2009, p. 52).

Esta situação está relacionada ao déficit de gestão, ao mau funcionamento da administração pública. Não são casos que impliquem alto nível de tensão com as instâncias do Executivo ou Legislativo, uma vez que a discussão gira em torno do alcance de medidas já organizadas. Nessa hipótese, se encaixam os elementos analisados que versam sobre: tratamento de água (TJSP), reforma de centros de saúde, adaptação de maternidade, ampliação de leitos e contratação de profissionais (decisões do TJSP, TJPR, TJMA, TJPB).

No segundo tipo, os juízes determinam ajustes ou modificações numa política pública existente, estendendo o alcance de programas, incluindo pessoas antes excluídas. Conforme explica Abramovich (2009, p. 52), o tribunal cumpre uma função de controle das burocracias e até mesmo dos governos locais relutantes a determinadas políticas públicas nacionais. Não são, em geral, casos que envolvem altos níveis de tensão com agências governamentais ou o Congresso, embora não seja fácil encontrar casos que são

unicamente sobre implementação, na medida em que muitas vezes há discussões sobre a interpretação e o alcance das políticas públicas já organizadas.

São os exemplos do TJPR e TJMA: implantação do Plano Operativo contemplando a criação e implementação dos Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), modalidades Tipo I e II, e ações para alta planejada e reabilitação psicossocial assistida de todos os pacientes portadores de transtorno mental; a criação de Centro de Tratamento para dependência química de crianças e adolescentes em regime de 24 horas – processos nº 1 e 5 do TJPR – e implantação do Centro para Tratamento de doentes com insuficiência renal crônica processo – processo nº 3 do TJMA; implantação do sistema de tratamento de água (TJBA).

5.4.2 A resposta dada pelo Poder Judiciário (incluindo considerações aos argumentos que guiaram as decisões dos magistrados)

Neste momento, são analisados os remédios adotados pelos juízes e o grau de iniciativa ou intervenção que teve cada Tribunal ao analisar as questões propostas para julgamento. Também se examinou se houve abertura para diálogo ou participação social em cada caso e os argumentos utilizados pela Corte.

Como já dito, os tribunais partem da premissa da possibilidade e legitimidade da atuação judicial. Em nenhum acórdão, foi acolhida a tese da ilegitimidade do Judiciário em intervir em políticas públicas. No entanto, os órgãos públicos utilizam em defesa os argumentos relativos a ofensa à teoria da Separação dos Poderes, a ausência de recursos financeiros (teoria da reserva do possível), à impossibilidade de o Judiciário adentrar no exame do mérito administrativo e outras questões como responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e instrução probatória.

A seguir, passa-se a analisar cada um dos tribunais pesquisados.

Em relação ao TJSP, é possível afirmar que, surpreendentemente, foram poucos os casos encontrados acerca do tema das políticas públicas enquanto foram inúmeros os processos individuais sobre fornecimento de medicamentos. Isso pode revelar uma postura conservadora dos atores envolvidos: poucas ações ajuizadas? Poucos recursos manejados impedindo a análise em segundo grau de jurisdição? Essas perguntas não serão respondidas na presente tese por falta de elementos suficientes. Somente uma

pesquisa mais aprofundada sobre as ações ajuizadas em 1º grau poderia trazer algum esclarecimento acerca do baixo número de decisões encontradas.

Assim, cotejando-se os três acórdãos selecionados no TJSP, verificou-se que, em um a Corte, entendeu ser possível a intervenção judicial e em outros dois não ser possível.

No primeiro caso (processo nº 1 do Anexo I), asseverou-se que: “o Poder Judiciário não pretende ser co-gestor dos recursos destinados à saúde pública. A intervenção jurisdicional é motivada pela arbitrária recusa governamental em efetivar o direito à saúde, tornando-se, portanto, legítima e necessária para fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou para a promoção e proteção do direito à saúde”. O acórdão cita ainda a STA 175, lembrando o direito à saúde como dever do Estado a todo cidadão, bem como outros precedentes do STF.

Na segunda hipótese, encontram-se os processos referentes à reforma e adequação de unidade de saúde (processo nº 2 do Anexo I) e contratação de médicos (processo nº 3 do Anexo I).

Nos dois casos julgados improcedentes, os argumentos utilizados inserem-se dentro do contexto fático probatório, pois em nenhum deles houve prova suficiente a demonstrar as irregularidades apontadas na petição inicial. Embora não tenha sido admitida a intervenção judicial na política pública, é importante destacar que o TJSP argumenta que esta seria possível em caso de omissão estatal: “é certo, como bem argumentou o recorrente, que a discricionariedade administrativa não obsta o controle da ação ou omissão estatal naquilo que tem de atividade vinculada, ou, de outra perspectiva, não obsta o controle das políticas públicas, no caso de saúde” (TJSP, Ap. 1002758-14.2015.8.26.0032, 2016).

Em relação ao TJPR, verificou-se que foi a corte onde foram selecionados o maior número de julgados (11) e em 7 foi admitida a intervenção judicial. A Corte paranaense utilizou sólidos argumentos para justificar a intervenção na política social em vários dos arestos analisados.

O primeiro processo (vide Anexo II), refere-se à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra a Municipalidade, por meio da qual o Juízo de 1º grau deferiu a liminar pleiteada, a fim de impor ao Município de Paranaguá a obrigação de fazer consistente em: (i) apresentar em Juízo, no prazo de até 30 dias, Plano

Operativo contemplando a criação e implementação dos Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT) modalidades Tipo I e II e ações para alta planejada e reabilitação psicossocial assistida de todos os pacientes portadores de transtorno mental que se encontram institucionalizados; (ii) após decorrido o prazo de apresentação do Plano Operativo, implementar em definitivo, no prazo de até 120 dias, os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), modalidades Tipo I e II, e executar as ações necessárias para a alta planejada e reabilitação psicossocial assistida dos pacientes. O Município réu argumentou que a decisão agravada violava os princípios da separação de poderes e da reserva do possível. O Tribunal confirmou a decisão recorrida e, em especial, sobre a alegação de insuficiência de recursos, pronunciou-se nos seguintes termos:

As medidas de contenção de gastos públicos não podem servir de escusa à Administração Pública para justificar a limitação do serviço de saúde, colocando em risco a saúde da população e podendo agravar moléstias.

O princípio da reserva do possível não permite ao administrador público que descumpra a legislação constitucional e infraconstitucional, haja vista que há obrigatoriedade de agir do ente público no serviço de saúde pública e não discricionariedade, especialmente em casos como o ora em tela, em que o agravante não comprovou efetivamente a impossibilidade de criação e implementação dos Serviços Residenciais Terapêuticos – SRT, modalidades Tipo I e II. Outrossim, não merece prosperar o argumento do apelante de que a determinação judicial ofende o princípio da separação de poderes, pois tal princípio cede quando entes políticos se omitem em resguardar direitos fundamentais relacionados ao direito ao acesso pelo SUS, do art. 196, da CF (PARANÁ, AI 1546881-2, 2016).

Já no segundo processo, o Tribunal entendeu não ser possível a intervenção judicial para o fim de determinar a contratação de profissionais da área de saúde. Argumentou que “a harmonia entre os Poderes não significa que o Poder Judiciário está autorizado a usurpar as atribuições dos demais, dentre elas, a discricionariedade sobre a aplicação de verbas públicas para reestruturação hospitalar”. Invocou precedentes do Superior Tribunal de Justiça e concluiu que:

[...] se o Poder Judiciário estivesse autorizado a fazer ingerências na administração do Poder Executivo, determinando que fossem cumpridas todas as normas programáticas previstas na Carta Magna, em especial o artigo 196 invocado pelo ente ministerial, além de violar o princípio da independência entre os poderes, estaria contribuindo para a proliferação de decisões condenatórias inexecutáveis, pois é evidente que não há recursos orçamentários e financeiros para o atendimento de todas as necessidades da população. Atender ao pedido formulado pelo Ministério Público é transferir a ele a alegada discricionariedade da administração pública, permitindo que o mesmo

eleja qual município e qual hospital público deva ser preferencialmente amparado pelo Estado (PARANÁ, Acórdão 1525591-3, 2016).

A mesma linha argumentativa ocorreu nos processos nº 7 e 9 do Anexo II, que também tratavam de contratação de profissionais de enfermagem. Esses processos foram apreciados na 4ª e 5ª Câmara Cíveis.

Por outro lado, o processo nº 10 (julgado pela 5ª Câmara Cível), que trata da contratação de médicos plantonistas para hospital, mostra que a Corte decidiu de modo diverso, ou seja, pela possibilidade da intervenção judicial. Argumentou ser incabível qualquer alegação “no sentido de que o Judiciário estaria a intrometer-se na esfera discricionária da administração ao determinar a adoção de providências que permitam o razoável funcionamento dos Hospitais da Zona Norte e Zona Sul de Londrina”. E frisou que “não se está aqui a criar políticas públicas, mas sim garantir uma condição mínima de atendimento digno a população que tem direito à saúde constitucionalmente garantido. O deferimento da pretensão inicial também não configura ofensa à independência dos poderes conforme afirmam os apelantes” (PARANÁ, Acórdão 1281371-7, 2015).

Além da divergência de argumentação e do resultado dos julgamentos, o que chama atenção é o fato de haverem decisões em sentidos diversos proferidos por uma mesma Turma recursal dentro de uma mesma Corte. A ausência de uniformidade e estabilidade jurisprudencial é um dos problemas centrais do processo civil brasileiro, trazendo insegurança jurídica e contribuindo para enfraquecer o sistema democrático, a estabilidade das instituições (DELGADO, 2007).

Nas demais decisões analisadas (processos nº 4, 5, 6, 8 e 11), o TJPR entendeu possível a intervenção em políticas públicas de saúde.

O processo nº 4 relata caso em que se discutia sobre a necessidade de garantir que os gestores estadual e municipal da saúde disponibilizassem a quantidade necessária de leitos de Unidade de Terapia Intensiva Neonatal, de Unidade de Cuidado Intermediário Neonatal convencional e Unidade de Cuidado Intermediário Neonatal "Canguru" aos moradores abrangidos pela 9ª Regional de Saúde da Secretaria de Estado da Saúde.

O TJPR confirmou a decisão de 1º grau e, na fundamentação, utilizou a técnica de ponderação originada na obra de Robert Alexy¹¹¹, cotejando, de um lado, a

¹¹¹ Sobre a ponderação, Alexy (1007, p. 89) afirma: “cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – uno

dignidade da pessoa humana em desenvolvimento, inserido no art. 1º, III, da Constituição da República como um dos fundamentos do Estado Democrático, do qual são consectários os direitos fundamentais à vida e à saúde; de outro, o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º também da Constituição e do qual decorre a impossibilidade de interferência de um Poder sobre outro e a teoria da reserva do possível. O tribunal concluiu que:

[...] a solução adequada passa, necessariamente, pela ponderação desses valores constitucionais. Neste aspecto, oportuno registrar que não é possível falar em resposta correta ao caso concreto, mas apenas em solução que melhor atenda ao objetivo da Constituição. Nesse contexto, é possível que o Poder Judiciário imponha ao Poder Público a adoção de políticas pública, quando configurada a omissão estatal (PARANÁ, AI 1346155-3, 2015).

Nesse caso, embora a decisão tenha sido favorável à intervenção judicial em políticas públicas, o argumento utilizado foi equivocado. Ao utilizar a técnica da ponderação (ou regra da proporcionalidade de Robert Alexy), o TJPR argumenta que é necessário fazer um sopesamento entre a teoria da separação dos poderes e o princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, esta forma de solução de antinomia pressupõe que dois princípios de igual peso estejam em colisão, assim, ante a ausência de outra forma de solução para saber qual o princípio aplicável, seria utilizada a ponderação.

Embora o princípio da proporcionalidade possa ser utilizado para resolver antinomias, no caso em comento não há uma colisão de princípios. A teoria da separação dos poderes não está em oposição ao princípio da dignidade da pessoa humana. Uma leitura da teoria em sua atual concepção, tal como discorre a sessão 2 da tese, mostra que, atualmente, não se fala em divisão estanque de funções entre os poderes. Logo, a atuação do Judiciário, ao analisar políticas públicas de saúde, ao contrário do que se afirmou no acórdão, não implica interferência de um poder sobre o outro.

O processo nº 5 revela que a questão guerreada era a obrigação do ente público de fornecer tratamento para crianças e adolescentes dependentes químicos. Entendendo que o Judiciário deve intervir, o acórdão ressalta que

[...] a solução do caso em tela não se encerra, necessariamente, na discussão de impossibilidade do Poder Judiciário de determinar a execução de políticas

de los dos principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”.

públicas e assim incorrer em indevida ingerência em assuntos de alçada do Poder Executivo. A questão vai além, ao ponto de se relacionar com Supremacia da Constituição e o dever que os Poderes possuem de cumprir os seus termos. [...] Em situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, o que não viola o princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal, tendo em vista que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro (PARANÁ, Agravo de Instrumento 1.315.721-4, 2015).

O tribunal utiliza uma justificativa a partir do texto Constitucional, tal como demonstrado na segunda sessão da tese, lembrando que a missão de cumprir o texto constitucional é tarefa de todos os Poderes e que é necessária uma ação de fiscalização entre eles, no sentido de verificar se esta concretização vem ocorrendo.

Destaca que os direitos sociais não podem “ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa”.

Em relação ao princípio da separação dos poderes (originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais), afirma que seria uma “distorção se pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”¹¹². E conclui que, por se tratar de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, “inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente público”.

No processo nº 6, a questão enfrentada era a possibilidade de o Judiciário obrigar o Estado a realizar obras de ampliação de UTI neonatal em hospital. A corte afirmou, inicialmente, que a atuação do judiciário em matéria de políticas públicas deve ser extremamente cautelosa, “levar em consideração que a realidade da administração pública não é ideal a ponto de atender todas as demandas da sociedade, impondo-se a seleção de prioridades, em face da escassez de recursos públicos”.

Com arrimo na doutrina, frisou que o Poder Judiciário “não dispõe de competência constitucional para criar programas ou estabelecer a forma de execução dos

¹¹² O acórdão enfrenta a questão da ofensa à teoria da Separação dos Poderes nos seguintes termos: “Nem mesmo é possível prevalecer a Separação dos Poderes, pois se está diante de omissão inconstitucional que não pode subsistir, sob pena de se permitir a diminuição do texto constitucional e de sua supremacia, o que é inaceitável. É sabido que tal separação existe para se dividir as funções típicas de cada Poder, a fim de se evitar ingerência de um sobre o outro e permitir que as tarefas estatais não se concentrem apenas em um, afastando-se arbitrariedades, portanto. Todavia, a existência deve ser harmônica e sem infração à Lei Fundamental, sendo que, na hipótese de infringência a ela, é cabível ao Poder Judiciário exercer o controle típico dos freios e contrapesos, a fim de afastar o comportamento omissivo e lesivo”.

atos legislativos e administrativos para a efetivação dos direitos fundamentais. Esta competência é constitucionalmente reservada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo”. No entanto, entende possível que o Poder Judiciário imponha ao Poder Público a adoção de políticas públicas, quando configurada a omissão estatal e a lesão a direitos fundamentais.

No processo nº 8, verifica-se que o TJPR novamente autoriza a intervenção judicial em políticas públicas de saúde. Num raciocínio que vincula direitos sociais e constituição, tal como visto na sessão 2 da tese, afirma a justiciabilidade dos direitos sociais, como autênticos direitos que “podem e devem ser garantidos pela via jurisdicional em casos de omissões injustificáveis ou de arbitrariedades das autoridades competentes”.

O acórdão assevera que “atualmente, a melhor doutrina não mais aceita a ideia de que exista uma esfera de poder estatal absolutamente imune ao controle judicial, sobretudo em campo envolvendo direitos fundamentais”. E, em relação ao princípio da separação de poderes, especialmente considerando o entendimento assentado do STF, entende que inexistente violação, sendo possível que o Poder Judiciário determine a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito à saúde.

No último caso analisado neste tribunal (processo nº 11 do Anexo II), a Corte confirmou a decisão que determinou a intervenção judicial em hospital por indícios de má gestão de verbas públicas. Citou o precedente do STF, a ADPF 45.

No TJBA, foi selecionada uma única decisão (Anexo III), referente à necessidade de implantação de estação de tratamento de água para consumo da população. A fundamentação do acórdão traz os seguintes argumentos para justificar a intervenção judicial: a mora legislativa ou inoperância da Administração em adimplir mandamentos constitucionais; a conduta ou omissão que implique no comprometimento da eficácia ou integridade de direitos individuais e/ou coletivos previstos na Carta Maior.

O acórdão também analisa a tese da ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, insculpido no art. 2º, da CF/88: “vale ressaltar que não mais se admite uma separação estanque entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cabendo a qualquer deles, na exata medida que lhes for deferida pela Carta Maior, coibir desmandos ou suprir lacunas deixadas pelos demais, exercendo, assim, o que se convencionou denominar de freios e contrapesos”.

Em relação à aplicação da teoria da Reserva do Possível, lembra que a mera alegação genérica de ausência de recursos não serve de suporte.

Os processos seguintes foram coletados junto ao TJMA.

O TJMA utiliza argumentos jurídicos breves, que se baseiam somente nos precedentes e na impossibilidade de aplicar a teoria da reserva do possível e da Separação dos Poderes. Não se utilizaram argumentos substantivos para justificar a intervenção judicial, seja do ponto de vista institucional (papel dos Juízes), nem do ponto de vista dos direitos. O tribunal adotou a imposição de multa como forma coercitiva, para motivar o ente público a cumprir a decisão.

Já o TJPB é o tribunal onde houve maior número de decisões, admitindo a intervenção judicial entre os dados selecionados (entre 10 processos, 9 decidiram nesse sentido). No entanto, deve-se observar que este tribunal determinou inúmeras providências a serem cumpridas pelo Executivo, deixando a seu cargo a determinação de como realizá-las, estipulando somente um prazo (120 dias no processo 1, por exemplo, onde há determinação para reforma da unidade de saúde e construção de banheiros; no segundo caso o juiz determinou 90 dias para a realização de diversas medidas, entre elas a contratação de profissional¹¹³). As demais decisões seguem o mesmo padrão: determinam prazo e deixam para a administração a escolha de como irá cumprir a decisão judicial.

O que chama atenção nesse caso é a ausência de diálogo entre poder Judiciário e Executivo. São processos em que há grave risco de a decisão não ser cumprida ou postergar-se indefinidamente¹¹⁴. No caso do Município de Bayteux, sendo processos similares contra o mesmo réu, talvez uma medida conjunta, uma análise com auxílio de técnicos poderia ser mais salutar.

¹¹³ Consta da decisão de primeiro grau o prazo 90 dias para que a municipalidade “providencie boa acessibilidade para as pessoas portadores de necessidades especiais, proceda a construção de um abrigo externo para os resíduos sólidos (lixo contaminado), nos moldes indicados na inicial; providencie boa acessibilidade para as pessoas portadoras de necessidades especiais; realize a contratação de um farmacêutico para a Unidade supra indicada para dispensa a medicação ou faça a recolocação da distribuição em outra Farmácia que tenha um profissional habilitado; construa as Salas de Esterilização e Estocagem de Material esterilizado, de reuniões, curativo climatizadas; efetue a compra de todo material e equipamento necessário ao funcionamento da Unidade, tais como: lixeiras com pedais, termômetros, mesas clínicas, móveis megatoscópio; autoclave para sala de esterilização, dispensers devidamente abastecidos, regularize e adeque todo consultório odontológico; retire as infiltrações e rachaduras presentes na USB; além da padronização visual das USB Centro I”.

¹¹⁴ Esse problema será aprofundado na próxima sessão, especialmente quando se analisar a teoria dos diálogos institucionais.

Em relação ao grau de iniciativa ou intervenção de cada Tribunal, recorre-se à nomenclatura adotada por Tushnet (2008), em sua obra *Weak Courts, Strong rights*, na qual discorre sobre os diferentes sistemas de controle de constitucionalidade: a) *strong form judicial review* ou controle forte, uma vez proferida a decisão judicial, esta passa a figurar como irreversível, não possibilitando revisão ulterior por parte dos demais poderes (como no sistema norte americano); b) *weak-form judicial review* ou controle fraco, que apregoa uma visão menos rígida da separação entre os poderes, visão que teria como base a possibilidade de se estabelecer um diálogo entre o Executivo, o Legislativo, o povo e o Poder Judiciário, buscando, desse modo, uma melhor interpretação dos direitos fundamentais, como na Carta Canadense: "*limitation clause*" (seção 1) e "*override clause*" (seção 33).

No referido livro, o autor distingue ainda medidas fracas (de interlocução entre os poderes) e fortes (ordens judiciais obrigatórias e peremptórias). Afirma que as medidas fracas se revelaram muito mais exitosas do que decisões judiciais ditas fortes. A partir de uma análise histórica, conclui que as medidas judiciais fortes mostraram-se ineficazes a longo prazo. O caso *Brown v. Board of Education*, no qual a Suprema Corte norte-americana pôs fim à política de segregação racial nas escolas públicas é um exemplo disso, pois após ordenar que o fim da segregação racial deveria ocorrer com a *maior brevidade possível*, a corte passou a monitorar as políticas públicas dos estados na implementação da medida.

Para Tushnet (2008, p. 248), deveriam ser utilizadas medidas mais fracas, estimulando a negociação entre as partes afetadas a partir de um plano mais detalhado, o qual as cortes poderiam ratificar e acompanhar, evitando-se meios fortes (com prescrições de cunho mandatório).

Voltando à pesquisa elaborada na presente tese, observou-se que todos Tribunais analisados se serviram de medidas fortes, conforme tipologia de Tushnet, ou seja, medidas coercitivas compelindo o Poder Executivo a cumprir obrigações mediante estipulação de prazo para seu cumprimento e, muitas vezes, mediante imposição multa pecuniária. Tushnet alerta que esse tipo de decisão, com detalhamento das obrigações a serem cumpridas pelo Executivo: como fazer e quando fazer, tendem a gerar forte oposição política, tornando-se controversos, e, assim, possuindo menos chances de se concretizarem na prática.

Ainda que sejam casos recentes e muitos ainda não tenham transitado em julgado e iniciado a fase executiva (alguns foram julgados em dezembro de 2016), provavelmente ainda percorrerão um longo caminho e demandarão um enorme lapso temporal até o total cumprimento da decisão. Como não houve diálogo com os poderes e cidadãos envolvidos, dificilmente haverá boa vontade e pressão popular para impulsionar a efetividade dessas decisões.

5.4.3 As consequências das decisões judiciais e seu possível impacto nas políticas públicas

Não existe ainda um estudo empírico realizado acerca dos impactos das decisões judiciais nas políticas públicas de saúde a nível nacional¹¹⁵.

Por outro lado, conforme Langford (2009), determinar o impacto real de estratégias de litígio na prática é um exercício complexo, uma vez que depende do critério escolhido para julgar o êxito de tais estratégias, do isolamento de diversos fatores e a comparação com diferentes estratégias. Este desafio metodológico tem resultado em conclusões inteiramente distintas para um mesmo caso:

Em primeiro lugar, há evidências no sentido de que muitos casos, embora por certo não em todos, geram tanto efeitos diretos, quanto indiretos, como, por exemplo, consolidar precedentes judiciais, influenciar o desenvolvimento da legislação e políticas sobre o tema, canalizar movimentos sociais e conscientizar a respeito do tema, e até mesmo uma decisão desfavorável pode servir para demonstrar a falta de proteção jurídica. [...] Em segundo lugar, ao considerar o impacto, é necessário ter em mente as consequências não esperadas, tanto positivas, quanto negativas. Em terceiro lugar, ao pensar sobre o impacto dessas decisões, faz-se necessário perguntar onde se encontra o erro quando nenhum impacto substantivo é encontrado. Trata-se do litígio em si ou do contexto? Em outras palavras, ao criticar estratégias de litígio, pouco se questiona sobre a disponibilidade de estratégias alternativas, como a mobilização, pressão política, negociação ou se o litígio é realmente o último recurso para vítimas. Ou, ainda, pode se culpar por uma decisão errônea o sistema judiciário, se as partes cometem erros chaves em suas estratégias judiciais e não judiciais? (LANGFORD, 2009, p. 118).

¹¹⁵ Os estudos realizados no Brasil – nesse sentido os estudos de Chieffi e Barata (2009); Borges e Ugá (2010); Wang, Daniel Wei L. *et al.* (2014); Mazza e Mendes (2014); Fischer e Oliveira (2015) – mostram uma preocupação maior com a questão orçamentária, dos custos ou dos gastos realizados a partir de decisões judiciais, sendo incipientes os estudos referentes ao impacto dessas decisões nas políticas públicas e a observância dos direitos sociais fundamentais.

No entanto, há vários estudos que abordam o tema (alguns mediante pesquisa¹¹⁶), sendo possível afirmar que o Judiciário pode influenciar os resultados das políticas públicas tanto no momento da deliberação quanto na hora da implementação das políticas públicas, com uma variedade de possíveis estratégias:

Sinalizando as fronteiras permitidas para a alteração da política pública, sustentando-a e legitimando-a diante da possível oposição, atrasando uma decisão sobre uma determinada política e, assim, controlando a agenda de deliberação da política pública ou, até mesmo, alterando ou rejeitando a proposta após sua implementação (TAYLOR, 2007).

De acordo com Taylor (2007), cada vez mais a ciência política tem reconhecido o Poder Judiciário como um caminho favorável para a contestação de políticas públicas por grupos de interesses. Esse fenômeno pode ser, em parte, explicado pela capacidade de os tribunais imporem suas decisões aos outros poderes¹¹⁷.

De fato, como visto na pesquisa realizada, a participação do Judiciário em matéria de políticas públicas é uma realidade, ainda que venha ocorrendo de maneira bastante conservadora. A análise feita neste trabalho demonstra que a resposta do Judiciário tende a ser favorável quando a ação é ajuizada individualmente, o que pode ser um fator que incentive a propositura dessas ações, ao passo que, quando as ações são coletivas, em que a declaração protege o direito à saúde e tem implicações para além do caso específico, a resposta é dada com maior parcimônia.

Nos casos analisados em que se pedia a contratação de funcionários da área de saúde, verificou-se que os tribunais estão ainda divididos, ora entendendo pela possibilidade, ora rejeitando o pedido.

¹¹⁶ Estudo elaborado por Fanti (2009) aborda parte desse fenômeno (ações judiciais propostas contra o Município de São Paulo em grau de recurso no TJSP questionando políticas públicas de saúde).

¹¹⁷ Taylor faz um interessante questionamento: “como explicar a resolução do Executivo de cumprir decisões judiciais contramajoritárias, mesmo quando elas são extremamente caras em termos de recursos gastos, negociações desperdiçadas e preferências detonadas?” Uma explicação é a alternância no poder, que leva o Executivo de hoje a obedecer ao Judiciário para resguardar o controle judicial para quando estiver fora do poder (ver Ginsburg, 2003; Ramseyer, 1994). Uma outra explicação, sugerida por Whittington (2005), é que mesmo os incumbentes se beneficiam de um Judiciário independente: 1) o Judiciário pode alterar a legislação aprovada por governos anteriores e, assim, mesmo agindo independentemente, melhorar as condições para a implementação das preferências do atual governo. Talvez mais importante, de acordo com Whittington; 2) um Judiciário que contraria o governo em alguns pontos serve para legitimar as decisões desse governo em todas as outras ocasiões nas quais não se manifesta negativamente. De acordo com a análise de Weingast (1997), esse tipo de consideração por parte do Executivo pode contribuir para um sistema *self-enforcing*, ou auto-regulador, isto é, sob condições favoráveis, existem incentivos para que o Executivo (e por extensão o Legislativo) obedeça ao Judiciário, mesmo não precisando (TAYLOR, 2007).

Também não se percebeu impacto no comportamento estatal, em termos de diálogo institucional (veja-se o caso da Paraíba, com várias ações contra mesmo ente).

A reação do estado frente as decisões judiciais são estratégicas (argumentos utilizados para postergar o processo); os advogados utilizam defesas técnicas, com mínimo intercâmbio na área política, os representantes nas audiências normalmente não possuem nenhuma capacidade decisória.

A reação do Estado se circunscreve ao caso judicial. A possibilidade de que a justiça opere como motor de mudanças estruturantes dependerá que cheguem a ela casos que, em si mesmos, tenham um alcance estrutural, ainda que a receptividade judicial a este tipo de casos possa ser mais duvidosa (MAURINO; NINO, 2009, p. 206).

Realizado o estudo empírico, passa-se na próxima sessão à análise da teoria dos diálogos institucionais, que pode servir de mecanismo para balizar e otimizar a intervenção judicial em políticas públicas.

6 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Não obstante ainda restem questões não pacificadas a respeito da intervenção judicial em políticas públicas, consoante a pesquisa realizada, é fato notório a progressiva aceitação desta prática nos tribunais pátrios. No entanto, tendo como aspiração (e fundamento) a observância da Constituição e a concretização dos direitos fundamentais ali consagrados, verifica-se que novas questões são levantadas, relativas ao modo concreto como a intervenção judicial deverá ocorrer.

A jurisprudência consultada confirmou a hipótese levantada inicialmente: a intervenção do Judiciário em políticas públicas de saúde deve ser reformulada, considerando a participação dos demais Poderes e da sociedade, o que pode ser feito mediante a utilização da teoria dos diálogos institucionais.

Por outro lado, a pesquisa revelou que os tribunais brasileiros pesquisados não utilizam práticas dialógicas, permanecendo o protagonismo do Judiciário. Nessa senda, uma das primeiras iniciativas para mudar o cenário atual consiste na mudança da forma de conceber a divisão de poderes.

Como já discutido neste estudo, a teoria clássica da Separação de Poderes fundamenta-se numa ideia de divisão de poderes e funções que excepcionalmente interligam-se ou interagem. No desenho institucional¹¹⁸ brasileiro, a separação de poderes e a adoção do modelo de controle de constitucionalidade inspirado no sistema americano (*strong form judicial review*¹¹⁹) atribui ao Poder Judiciário a última palavra em matéria

¹¹⁸ A ideia de desenho institucional envolve, na análise de Marques (2010, p. 141), uma série de nuances como “[...] um jogo intrincado de relações entre agentes políticos de diferentes naturezas; de categorias teóricas oriundas dos distintos modelos de democracia; e de conjuntos diversos de fenômenos a reverberarem sobre as práticas políticas. Ou seja, quando se pensa em desenho institucional, a discussão pode recair sobre questões tão amplas como: as crenças ideológicas e de princípios a orientarem as modificações promovidas na estrutura do Estado a médio e longo prazo; o modo a partir do qual estão dispostos os sistemas eleitorais; a maior ou menor centralização das decisões de governo e de elaboração de políticas públicas; as responsabilidades e jurisdições de agentes e de entidades políticas; o grau de independência do Poder Judiciário e a afinidade com seus órgãos de controle; a relação de poder entre o Executivo e o Legislativo; e, não menos importante, as formas de interação do Estado com os cidadãos e os movimentos organizados da sociedade civil”.

¹¹⁹ Conforme esclarece Tushnet (2008, p. 21) na obra *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional*: “The U.S. system of judicial review, which I call strong-form review, insists that the courts’ reasonable constitutional interpretations prevail over the legislatures’ reasonable ones. Courts exercise strong-form judicial review when their interpretative judgments are final and unrevisable”. Em português: O sistema americano de revisão judicial, que eu denomino sistema de revisão judicial forte, insiste que as interpretações constitucionais razoáveis das

de interpretação constitucional. Este modelo traz consequências para o tema das políticas públicas, que, como também já afirmado, estão sujeitas ao controle judicial. Assim, quando se discute o tema no âmbito judicial, a decisão proferida será a última palavra, não se falando em diálogo ou colaboração para sua construção.

Outrossim, quando se tratar da judicialização de políticas públicas, mesmo diante de uma decisão de procedência, a solução não é tão simples, não bastando o comando judicial (sentença) para que se opere no mundo dos fatos o resultado almejado. Ou seja, a atuação do Judiciário não tem o poder de fazer com que o mundo real se altere pela simples prolação da decisão judicial transitada em julgado (teoria da última palavra).

Nesta perspectiva, a doutrina estrangeira¹²⁰ já apontou para a necessidade de inserir os demais poderes num colóquio a respeito da interpretação constitucional. Neste contexto, dentro do constitucionalismo popular, as teorias do diálogo apresentam-se como uma alternativa para favorecer o debate público e o equilíbrio entre cortes e legislaturas.

Com o propósito de demonstrar a necessidade desse diálogo, a sessão aborda a recepção das teorias dialógicas no Brasil, com enfoque especial para as obras de Conrado Hübner Mendes (um dos autores brasileiros que mais se aprofundou no estudo do tema) e de Christine Bateup, responsável por relevante sistematização e tipologia das teorias dialógicas no direito estrangeiro¹²¹. Também são analisadas as contribuições de Rosalind Dixon e César Rodríguez Garavito (a partir da experiência da Corte Constitucional Colombiana), bem como as vantagens de uma possível aplicação das teorias dialógicas no cenário brasileiro.

Por derradeiro, são apresentadas algumas sugestões para uma mudança na atuação judicial no âmbito das políticas públicas, para, com apoio na teoria dialógica, possibilitar a concretização do direito fundamental à saúde numa tarefa compartilhada com os demais poderes e atores sociais.

cortes prevalecem sobre as do legislativo. As cortes exercem a revisão judicial forte quando seus julgamentos interpretativos são finais e não sujeitos à revisão.

¹²⁰ Segundo Silva *et al.* (2010, p. 58), as teorias dialógicas pressupõem um reequilíbrio na relação entre os poderes políticos, com a implantação de um sistema fraco de controle de constitucionalidade (weak form judicial review). Esse sistema branco (ou fraco) de controle de constitucionalidade tem como marco inicial a Carta de Direitos Canadense de 1982, que previu a cláusula ‘não obstante’, retirando do Judiciário a palavra final. A experiência canadense influenciou outros países a adotarem modelo semelhante (como Austrália e Nova Zelândia) e chamou a atenção dos estudiosos.

¹²¹ A obra de Christine Bateup tem influenciado diversos autores brasileiros, que reproduzem integralmente sua sistematização, tal como: SILVA *et al.*, na obra *Diálogos institucionais e ativismo* (2012).

6.1 AINDA A QUESTÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATÉ ONDE O JUDICIÁRIO PODE IR?

A pesquisa revelou que, embora ainda em pequeno número (se comparado ao número de ações individuais ajuizadas), muitas decisões judiciais já admitem a intervenção judicial em políticas públicas em casos estruturais, especialmente na área da saúde. Diante dessa nova realidade, surgem diversas questões, que já foram objeto de análise nesse trabalho, podendo-se, no entanto, resumir o debate em uma única pergunta: quem deve ter a última palavra quando se trata de direitos fundamentais (sociais)?

Essa indagação revela a tensão inevitável numa sociedade democrática que adota a teoria da Separação de Poderes juntamente com o sistema *check and balances*, somado a um controle de constitucionalidade considerado forte - *Strong form judicial review*: de um lado, o constitucionalismo e, de outro, a democracia¹²². Nesse sentido:

Conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática. Eis o paradoxo: a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, inclusive os conteúdos da Constituição; e o constitucionalismo significa, por sua vez, limites à soberania popular (CHUEIRY; GODOY, 2010).

Sobre o tema, argumenta Mendes (2011, p. 19) que a democracia teria no parlamento (representantes eleitos) sua expressão mais imediata, enquanto que “constituições e declarações de direitos somados ao controle judicial de constitucionalidade a manifestação autoexplicativa do constitucionalismo”. Sobre essa questão, também convém lembrar a explicação dada por Michelman:

“Constitutionalism” appears to mean something like this: The containment of politics by a supervening law that stands beyond the reach of the politics it is meant to contain-a “law of lawmaking,” we may call it-that controls which further laws can be made and by what procedures. “Democracy” appears to mean something like this: Popular political self-government-the people of a country deciding for themselves the contents of the laws that organize and regulate their political association. If these two rough definitions fairly capture

¹²² Conforme observam Rossi e Pamplona (2013, p. 24), “é possível perceber-se duas variações na compreensão da democracia constitucional. A chamada democracia procedimental e a democracia substancial. Na concepção substantiva de democracia não se questiona como ou por quem foram feitas as leis para saber afinal se são ou não democráticas. A questão que interessa nesta concepção é entender a democracia como direitos. Importa o conteúdo de direitos que a lei possua para ser então considerada democrática. Já para a concepção procedimentalista de democracia, o que importa, na realidade, é o procedimento que leva à decisão de quais direitos as pessoas terão”.

what we mean by "constitutionalism" and "democracy," then the two principles do indeed appear to be in relentless conflict" (MICHELMAN, 1999, p. 400).

A tensão entre democracia e constitucionalismo resulta ainda em duas posições: procedimentalismo e substancialismo¹²³. A primeira, que pode ser representada por John Hart Ely, na obra *Democracia e Desconfiança*, vê no controle de constitucionalidade um meio para garantia dos pressupostos de democracia. A segunda, representada por Ronald Dworkin – que atribui às cortes a tarefa de defesa dos direitos fundamentais – ‘forum de princípios’¹²⁴ –, vê os tribunais constitucionais como instâncias naturalmente legitimadas para a defesa de valores que devem ser postos ao abrigo dos desígnios da maioria política.

Há ainda quem defenda que o controle de constitucionalidade devesse ser reduzido ao máximo em favor de debates realizados nas casas do Parlamento (Jeremy Waldron). Essa discussão, em última análise, gira em torno da questão: de quem é a última palavra? O dilema, segundo Mendes (2011), sugere duas soluções: o juiz ou o legislador.

No entanto, conforme já dito na introdução, uma nova teoria de origem americana sugere que a última palavra sobre o sentido concreto da Constituição deva remanescer com o povo: o constitucionalismo popular. Essa teoria surgiu nos Estados Unidos, na passagem do século XX para o XXVI,¹²⁵ tendo o professor Larry Kramer como um dos expoentes.

O constitucionalismo popular critica a supremacia judicial na interpretação constitucional. Dentro desta linha, vários autores debruçaram-se na tarefa de demonstrar como a interpretação constitucional deveria ser compartilhada – reconciliando esta tarefa com o sistema democrático de tomada de decisões – com outros atores institucionais e com o povo.

Para os adeptos dessa teoria, um dos mecanismos que se apresenta como alternativa para a legitimação do controle de constitucionalidade é a teoria dos diálogos

¹²³ Na literatura americana, a temática tem sido objeto de inúmeros estudos, destacando-se as obras de Alexander Bickel, Jeremy Waldron, John Hart Ely e Ronald Dworkin.

¹²⁴ Para Dworkin (2001), a deliberação sobre políticas públicas (policies) seria tarefa de parlamentos eleitos.

¹²⁵ De acordo com Gargarella (2006), o “constitucionalismo popular agrupa a un notable conjunto de juristas. Entre ellos, encontramos a autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet,” todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al poder judicial”.

institucionais, que defende um processo dialético entre as instituições estatais e a sociedade, onde os desacordos normativos receberiam novas soluções institucionais. É justamente essa possibilidade que é explorada a seguir.

6.2 UM NOVO DESENHO INSTITUCIONAL

Trazida a discussão para o campo dos direitos sociais, evidencia-se uma preocupação diante da possibilidade de o juiz, indevidamente, invadindo a esfera política e econômica, intervir em políticas públicas (uma decisão constitucional ou uma decisão política?).

Partindo da premissa já defendida na sessão 3 da tese, de que não se trata de ativismo e que o Judiciário pode (e deve) intervir em políticas públicas de saúde para fazer cumprir o comando constitucional, abre-se outra questão, conforme já adiantado anteriormente: a forma como a decisão judicial tem abordado o tema das políticas públicas poderia ser refinada com a participação de outros atores institucionais, buscando superar a crítica da dificuldade contramajoritária e seu déficit democrático.

A doutrina já vem há algum tempo se ocupando dessa questão. Os exemplos do Canadá¹²⁶, Reino Unido¹²⁷ e Nova Zelândia¹²⁸ (que adotam modelos fracos de controle de constitucionalidade), mostram a possibilidade de novos arranjos institucionais, em que

¹²⁶ O Canadá, desde 1982, com a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, explicitou a possibilidade de fiscalização, por parte do Judiciário, da constitucionalidade dos atos normativos. Ocorre que o mesmo diploma traz em seu bojo um mecanismo que relativiza tal controle, o que se convencionou chamar de cláusula do não obstante. A cláusula autorizaria os Poderes Legislativos federal e provincial a editarem leis que repercutam sobre direitos fundamentais constitucionais. A operacionalização do não obstante ocorreria a partir de lei expressa, cujo objeto seja desentrançar, pelo prazo de até cinco anos, direitos atinentes ao propósito da lei. Embora o Parlamento pudesse reeditar a lei indefinidamente, o prazo se justificaria por garantir a ocorrência de eleição entre edição e reedição da legislação. Assim, ofereceria à sociedade a oportunidade de discutir a adequação da utilização da cláusula. Com a suscitação do não obstante, a soberania do parlamento seria revivida por meio da competência revogadora de decisões judiciais de inconstitucionalidade. (KOZICKI; ARAUJO, 2015).

¹²⁷ Silva et al. (2012) explicam que o Reino Unido passou por grande transformação em sua jurisdição com a aprovação da Lei dos Direitos Humanos (HRA) de 1998 e da Constitution Reform Act de 2005. Na seção 4, o HRA adota o mandato interpretativo [...] pronúncia jurisdicional que atesta a impossibilidade de uma interpretação compatível com a HRA, sem que disto decorra autorização para não se aplicar norma pelo órgão jurisdicional, nem mesmo no caso posto à apreciação da demanda”. No entanto, os tribunais não podem anular o diploma legal, pois isso lhes é vedado pela Seção 4(6). Ao mesmo tempo, não é criada ao Poder Legislativo a obrigação de suprimir ou alterar a lei viciada.

¹²⁸ O advento do New Zeland Bill of Rigkts Act (NZBORA) em 1990 propiciou novo equilíbrio de poder entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, excluindo a possibilidade de os juízes declararem inválida leis que o contrariassem.

não há um ator que detém a última palavra, recusando-se, assim, a doutrina do *judicial review*.

Para Tushnet (2014, p. 105), a revisão judicial dialógica surgiu com a cláusula, não obstante do Canadá, compreendendo uma disposição substantiva e outra procedimental:

Considero que la revisión judicial dialógica ha surgido a partir de la Carta de Derechos Canadiense de 1982. La Carta autoriza explícitamente la revisión judicial sin ninguna disposición especial que lidie con la Suprema Corte. La revisión dialógica surge de dos disposiciones, una sustantiva y otra procedimental. La disposición sustantiva es una cláusula de limitación general aplicable a todos los derechos constitucionales. Estos derechos -en los términos de la cláusula de limitaciones generales- están sujetos a restricciones impuestas por la ley que han justificadas en nombre de una sociedad libre y democrática.¹ La disposición procedimental es la así llamada cláusula de “a pesar de o anulación” -“notwithstanding clause o overriding clause”- de la sección 33. Esta sección autoriza a la Legislatura (nacional o provincial) a hacer su legislación efectiva por un periodo de 5 años, más allá de la posibilidad (o certeza) de que la legislación pueda ser considerada por algunos -incluyendo a los tribunales- como inconsistente con un número significativo de derechos contenidos en la Carta.

Ainda segundo Tushnet (2014, p. 106), a revisão dialógica é parte das ferramentas de desenho constitucional, e permite que se vejam alguns elementos do desenho antigo a partir de uma perspectiva diferente. A revisão dialógica traz para primeiro plano a tensão inevitável dentro do constitucionalismo democrático, entre seu compromisso com o auto-governo popular e seu compromisso com o estabelecimento de limitações sobre a maioria popular. As teorias dialógicas sinalizam a possibilidade de construir uma decisão de forma dialógica, com a participação de diversos atores.

De acordo com Gargarella (2014, p. 122), essa ideia revela-se muito atrativa por diversas razões: a linguagem do diálogo carrega uma conotação emotiva favorável, pois apela para uma solução do conflito civilizada e respeitosa e, por outro lado, a ideia de diálogo democrático tem alcançado grande prestígio nas ciências sociais a partir do impulso dado pelas teorias comunicativas (Habermas, Nino). Outro atrativo é a proposta de que os distintos ramos dos poderes alcancem acordos através de diálogo, sem a imposição de uma solução (que normalmente é associada ao controle de constitucionalidade), terminando com as objeções democráticas à revisão judicial. Sintetiza as novidades dialógicas surgidas nos últimos anos em quatro:

1 – O Canadá e sua reforma em matéria de direitos: em 1982, através de uma reforma institucional concreta e em muitos sentidos fundacional – a adoção da Carta Canadense de Direitos abriu as portas do seu sistema de organização institucional a uma forma mais concreta do diálogo, especialmente através da sua famosa cláusula, “não obstante” (seções 1 e 33 da Carta)¹²⁹;

2 – O Novo modelo constitucional do Commonwealth (1998), Nova Zelândia (1990), Austrália (2004) e o estado de Victoria (2006) – novo modelo que, em matéria constitucional, tem sido comparado ao modelo que representa a “economia mista” em relação à organização dos recursos materiais. Em matéria Constitucional, este “terceiro” modelo se diferencia do “primeiro” (dos Estados Unidos) e do “segundo” (o modelo antigo Commonwealth, de supremacia legislativa sem uma declaração de direitos codificada);

3 – Em relação aos direitos indígenas, a previsão do “direito de consulta”, destinado a garantir a participação das comunidades afetadas por renovadas formas de exploração econômica. Foi prevista na Convenção 169 da OIT, de 1989, dedicada aos direitos dos povos indígenas, subscrita pela maioria dos países latino-americanos. A Convenção estabelece que os países aderentes ao documento deverão “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados ... cada vez que se prevejam medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar-lhes diretamente” (art. 6.1). Mais tarde, a Convenção se somaria à Declaração da ONU de 2007 sobre direitos dos povos indígenas e a algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que consideram o direito de consulta um princípio geral do direito internacional;

4 – Prática de diálogo cada vez mais frequente, na América Latina, especialmente nos tribunais superiores, com a realização das audiências públicas. Através destas audiências, os Tribunais: i) tem deixado de lado uma atitude tradicional de autocontenção e deferência ao poder legislativo; ii) tem se voltado contra violações massivas e graves de direitos, que antes ficavam praticamente desatendidas; iii) tendem a promover e colocar em foco discussões difíceis e de primordial importância, sobre como resolver

¹²⁹ A metáfora do diálogo utilizada para designar o mecanismo previsto na carta canadense recebeu várias críticas, destacando-se a opinião de Leclair (2010), para quem a teoria dialógica poderia justificar tanto o ativismo judicial como o contrário, e de Tremblay (2005, p. 619), que destaca a ausência de deliberação nas relações institucionais resultando num uso meramente retórico das teorias dialógicas.

estas violações; iv) tem agido sem interferir na esfera independente da decisão democrática do poder político (GARGARELLA, 2014, p. 119-120).

No Brasil, merece destaque, além das teorias dos diálogos, a realização de audiências públicas, razão pelo qual ambos os temas serão analisados com mais profundidade na sequência.

6.3 TEORIAS DIALÓGICAS

Por várias vezes durante a tese, foi dada ênfase à ideia de diálogo entre os poderes quando se tratar da intervenção judicial em políticas públicas de saúde. Também foi destacado que o STF, no julgamento da ADPF 347, fala na necessidade de diálogo entre os poderes e a sociedade civil; ainda, o CNJ tem adotado medidas que se aproximam das teorias dialógicas quando, por exemplo, propôs a criação dos NATS e do Fórum da Saúde. Por outro lado, a pesquisa jurisprudencial realizada mostrou que as decisões dos magistrados se encontram em descompasso com esse discurso, muitas vezes talvez por desconhecimento, outras pela dificuldade de se implementar a prática dialógica no dia a dia forense.

No âmbito doméstico, o debate a respeito da intervenção judicial (assim como em outros países) tem ressaltado a necessidade de criação de espaços que permitam o exercício do diálogo e de outras formas de participação da população nos processos de revisão de constitucionalidade; no entanto, ainda há muito o que se fazer: as decisões dos tribunais analisadas no capítulo anterior demonstram que, em momento algum, foi mencionada a necessidade de diálogo ou mostrou-se alguma iniciativa nesse sentido.

Verificou-se também que as decisões nas quais foram determinadas medidas a serem executadas pelo poder público envolvem inúmeras dificuldades. O grande desafio é conciliar a eficaz proteção judicial dos direitos fundamentais sociais com a materialização das ordens judiciais sobre revisões de atos do Legislativo e do Executivo. Nesse cenário, merecem um estudo mais detido as teorias dos diálogos, que podem ser explicadas de acordo com vários autores, nuances e versões, e que têm em comum

[...] a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial (MENDES, 2011, p. 107).

A seguir, o trabalho apresenta, de forma não exaustiva, algumas das concepções a respeito das teorias dialógicas¹³⁰, também chamadas de teorias dos diálogos institucionais ou do diálogo interinstitucional, com destaque para aquelas que são frequentemente estudadas no Brasil.

6.3.1 A contribuição de Conrado Hübner Mendes

Conrado Hübner Mendes trouxe importante contribuição para o direito brasileiro com a obra *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, fruto de sua tese de doutorado, defendida na Universidade de São Paulo, em 2012.

No livro, o autor procura responder à questão: Quem decide o quê e como e quando e por que numa democracia constitucional? Para isso, analisa as teorias da última palavra: as que se inclinam pelos juízes (presunção da infalibilidade judicial) e aquelas que se inclinam pelos legisladores (democracia e igualdade, regra da maioria e representação eleitoral).

Destaca que as teorias da última palavra defendem que o circuito decisório possui um ponto final dotado de autoridade por meio de uma decisão soberana. Já as teorias do diálogo institucional¹³¹ defendem um meio termo, ou terceira via, através do diálogo permanente e cooperativo entre instituições, parceiros na busca do melhor significado constitucional.

A expressão “diálogo institucional” comporta uma série de versões, as quais produzem modelos institucionais diversos, porém, pode-se distinguir duas categorias gerais: quando leva em conta a interação com o legislador e quando decorre do desenho institucional. Assim, a primeira categoria possui um caráter endógeno (diálogo no interior da decisão judicial), em que a corte reconhece seu papel normativo e participa do diálogo; e a segunda, de caráter exógeno, “menos dependente da postura de cada instituição”, vê o diálogo como fenômeno estrutural da separação dos poderes (MENDES, 2011, p. 107-108).

¹³⁰ Conforme ressalva Leclair (2010, p. 114), a expressão “diálogo institucional” comporta uma série de variantes teóricas e os autores que a invocam muitas vezes não definem a noção de diálogo da mesma maneira.

¹³¹ O autor vê nas obras de Alexander Bickel, Louis Fisher e Bruce Ackerman as primeiras referências ao diálogo dentro do tema do controle de constitucionalidade. Consagrado pela expressão ‘dificuldade contramajoritária’, Bickel referia-se a colóquio contínuo e conversa permanente, sendo que Ackerman tratou do tema dentro do dualismo constitucional (MENDES, 2011, p. 106).

Entre os autores que defendem que haja diálogo no interior de uma decisão judicial, há diferenças de grau ou intensidade (abordagem passiva ou minimalista e abordagem ativa e maximalista). Mendes (2011) cita o exemplo do sistema americano, que contém ferramentas processuais que permitem à Corte Constitucional não decidir determinado caso, visto que ela não poderia ser compelida a legitimar aquilo que não considere inconstitucional. São as técnicas de não decisão que Bickel chama de virtudes passivas, que permitem jogar com o tempo, esperar que processos deliberativos sejam estimulados na sociedade. Em outras palavras, “a corte permite que questões sejam postas o debate público, e prefere não respondê-las, exceto em circunstâncias excepcionais” (MENDES, 2011, p. 114).

Cass Sunstein refina ainda mais o pensamento de Bickel e defende o minimalismo, que remete à autocontenção: “a prática de dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado, e deixar o máximo possível não decidido” (MENDES, 2011, p. 119).

Do lado oposto, estão as teorias que defendem as virtudes ativas: “em vez de silenciar, a corte aconselha e manda recados por meio de suas decisões”. Dentre os autores que defendem esta postura ‘proativa’ das Cortes, estão Katyal e Alec Stone-Sweet (entusiasta da técnica da proporcionalidade que faz escolhas de natureza moral e política), para quem o Judiciário induz os outros poderes a pensar nos seus próprios papéis, criando uma linguagem comum pela qual os poderes podem se comunicar (MENDES, 2011, p. 125-128).

Mendes (2011, p. 129) sintetiza que Bickel e Sunstein supõem “que a deliberação entre os poderes e a sociedade será melhor quanto menos a corte se intrometer”; para Katyal, por outro lado, “o diálogo não será melhor se a Corte ficar em silêncio, mas se fizer recomendações, cogitações, argumentação hipotética e analógica, todas de natureza não vinculante”.

Na categoria das teorias exógenas ou institucionais, o diálogo é produto da separação de poderes, fruto de previsão normativa. Mendes (2011) cita como exemplos o debate americano e a Seção 33 da Constituição do Canadá, conhecida como *notwithstanding clause* (cláusula do “não obstante”) ou *override*, segundo a qual, na aprovação de uma lei, o Parlamento pode determinar que o diploma normativo deixe de

ser objeto de revisão judicial por cinco anos; prazo esse sujeito à renovação nas legislaturas seguintes.

No debate americano, identifica dois grupos com tradições disciplinares diversas. Um grupo conhecido como ‘construção coordenada’, que engloba diversos autores, e no segundo grupo analisa a posição de Barry Friedman. Dentre os autores pertencentes ao primeiro grupo, Louis Fisher afirma que a última palavra não pertence a nenhuma instituição e estas instituições continuam a ser testadas e desafiadas enquanto as decisões não contarem com um mínimo consenso deliberativo. A interpretação é um processo circular que “só termina ou se estabiliza quando alcance um mínimo acordo, ainda que com prazo de validade” (MENDES, 2011, p. 131).

Outro representante desse grupo é Whittington, que por sua vez, promove uma defesa normativa da interpretação extrajudicial. Supremacia não se confunde com exclusividade judicial, “nenhum intérprete é supremo, mas dotado de igual autoridade” (MENDES, 2011, p. 132).

Finalmente apresenta a tese de Pickerill: o legislador preocupa-se com questões de conveniência da política, isso não significa que considerações de princípio serão excluídas, mas estas são secundárias. Prefere a ideia de primazia judicial, “um meio-termo entre supremacia e igualdade de funções. Assim, busca estimular uma deliberação de qualidade dentro e fora das Cortes” (MENDES, 2011, p. 136).

Representando o segundo grupo Barry Friedman sustenta que a Corte tem um papel importante para a intensidade e racionalidade do diálogo: coletar argumentos, sintetizá-los, pautar a discussão, fazer escolhas, direcionar, catalisar, provocar e moderar. “A Corte interage, mas não é a única voz”. A separação deve ser entendida, então, como cooperação (MENDES, 2011, p. 141).

Pode-se concluir que para Conrado Mendes, o diálogo institucional torna a comunidade jurídica sensível ao fato de que, na política e na democracia, as decisões são provisórias, não havendo se falar em “última palavra” no controle de constitucionalidade de leis, mas sim, “última palavra provisória”, a qual não impede novas rodadas procedimentais.

No entanto, no Brasil ainda perdura a ideia de que ao tribunal compete a proteção dos direitos, pressupondo uma superioridade do discurso moral feito pelo julgador sobre o legislador. Tal mentalidade deve ser rejeitada, uma vez que reforça a

cultura da última palavra do tribunal e rejeita a participação do legislador, conferindo-lhe uma isenção de responsabilidade (MENDES, 2011, p. 217-218).

A pesquisa realizada na tese reflete esta postura ainda acanhada, demonstrando que o Judiciário estadual brasileiro não adota a postura deliberativa, sensível ao diálogo.

6.3.2 A sistematização de Christine Bateup

Dentro do estudo das teorias dialógicas, a australiana Christine Bateup, doutora pela Universidade de Nova York, propõe uma sistematização e busca verificar quais dessas teorias são capazes de cumprir o objetivo de resolver a objeção democrática à revisão judicial¹³².

Para ela, diálogo remete à ideia de inexistência de monopólio da interpretação constitucional por parte do Poder Judiciário, assim ao exercerem o poder da revisão judicial, os juízes se envolvem em uma conversa interativa, interconectada e dialética sobre o significado constitucional. Os julgamentos constitucionais são – ou deveriam ser – produzidos por meio de um processo de elaboração compartilhada entre o Judiciário e outros atores constitucionais (BATEUP, 2005, p. 1)¹³³. Diante da dificuldade contramajoritária e a noção de que a revisão judicial é uma instituição desviante na democracia americana, precisamente porque os juízes, que não são eleitoralmente responsáveis por suas ações, são capazes de derrubar a legislação que foi promulgada por aqueles que representam a vontade do povo, surgiram diversas teorias com o objetivo de superá-la¹³⁴.

Outrossim, ante o fracasso dessas teorias, segundo Bateup (2005), as teorias do diálogo constitucional emergiram como um dos principais contendores na busca de uma teoria satisfatória da autoridade judicial na tomada de decisão constitucional, tendo

¹³² Foram objeto de estudo os artigos “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue” (2005) e “Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights” (2008).

¹³³ No original: “rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning” (BATEUP, 2005, p. 1).

¹³⁴ Numa extremidade do espectro, estão os originalistas que argumentam que os juízes devem limitar-se à consideração da intenção original de quando decidem processos constitucionais. Outros sugerem que uma abordagem substantiva de interpretação é necessária para que os juízes possam aplicar os valores morais fundamentais contidos na Constituição. Uma outra teoria influente é a teoria da revisão judicial, “que reforça a representação” de John Hart Ely. Afirma que a revisão judicial só pode ser justificada quando o judiciário age para identificar e corrigir disfunções no processo político.

como um de seus méritos o reconhecimento de que os atores não judiciais desempenham um papel fundamental na interpretação constitucional.

Bateup (2005) argumenta que estudos têm demonstrado que a premissa baseada na suposição de que quando os juízes derrubam a legislação, suas decisões são finais, superando a vontade majoritária, é incorreta. Ao referir-se ao caso americano, afirma que, com respeito às decisões constitucionais da Suprema Corte, enquanto uma decisão judicial é final, no sentido de que vincula as partes na ação, raramente é a última palavra em relação às questões constitucionais mais amplas, devido a uma variedade de constrangimentos institucionais e políticos à Corte.

As teorias dialógicas afastam a ideia do monopólio da interpretação constitucional pelo Judiciário e retomam a afirmação histórica americana do envolvimento popular na interpretação constitucional.

Bateup (2005) apresenta uma sistematização das teorias do diálogo constitucional surgidas nas últimas décadas em duas categorias: as teorias do método judicial (*theories of judicial method*) e as teorias estruturais do diálogo (*structural theories of dialogue*).

6.3.2.1 Teorias do método judicial

Nesta categorização, encontram-se as teorias da decisão judicial e da capacidade das Cortes “em fomentar comportamentos do legislador”. São teorias “que têm no método judicial a sede da provocação do diálogo, o julgador utiliza de técnicas visando estimular o amplo debate acerca do sentido constitucional” (SILVA *et al.*, 2012, p. 92). Sua característica unificadora é que eles defendem o uso autoconsciente de certas técnicas judiciais de tomada de decisão para permitir que os juízes estimulem e encorajem um debate mais amplo sobre o significado constitucional, tanto como dentro dos ramos políticos do governo (BATEUP, 2005, p. 17).

As teorias do método judicial subdividem-se em teorias do aconselhamento judicial (*judicial advicegiving*), teorias centradas no processo (*process-centered rules*) e o minimalismo judicial (*judicial minimalism*).

As Teorias de aconselhamento judicial referem-se às teorias dialógicas nas quais o Judiciário, ao decidir, tece recomendações a serem observadas pelo Poder

Legislativo, por meio das quais ter-se-á afastado o risco de violação constitucional. Nos dizeres de Silva *et al.* (2012, p. 92),

[...] sob essa mesma classificação se podem incluir as decisões identificadas como *constitutional roadmaps*, onde o judiciário pronuncia a inconstitucionalidade, mas aponta os caminhos possíveis de tratamento da referida matéria de modo a permitir a atuação corretiva dos demais poderes (notadamente o legislativo).

Estas teorias sofrem a crítica¹³⁵ de não apoiar um verdadeiro intercâmbio de ideias dialógicas entre iguais, nem propiciar a criação de um espaço para todos os atores envolvidos discutirem e deliberarem de forma independente sobre a interpretação das normas constitucionais, mas apenas aconselha a fazer o que o Judiciário diz¹³⁶.

De fato, estas teorias privilegiam o ponto de vista judicial, não havendo efetivamente um diálogo, pois condicionam a atuação do legislador, restando-lhe apenas acatar o que foi direcionado pelo Judiciário.

Na categoria das Teorias centradas no processo, os juízes são incentivados a perceber se as autoridades políticas prestaram atenção e adequadamente deliberaram acerca das questões que afetam valores constitucionais substantivos. Se for determinado que eles assim não o fizeram, o Judiciário pode forçar os poderes políticos a reconsiderar suas decisões com o nível adequado de atenção para esses valores¹³⁷.

Dito de outro modo, segundo Silva *et al.* (2012, p. 93), “o juiz constitucional privilegia considerações quanto à suficiente atenção, de parte dos agentes de poder, à adequada deliberação em decisões políticas que podem afetar valores constitucionais substantivos”. Nesta teoria, o legislador responderá à inconstitucionalidade apontada pelo

¹³⁵ Essa técnica foi utilizada pela Suprema Corte Americana, no julgamento do caso *City of Chicago v. Morales*. Ao analisar esse caso, dentre outros, Luna (2000, p. 1128) afirma que essa técnica pode desencorajar reações dos outros ramos políticos, uma vez que o Judiciário oferece um roteiro a ser seguido pelo Legislativo, para criar um estatuto legal que seja constitucional.

¹³⁶ “Accordingly, rather than supporting a genuine dialogic exchange of ideas amongst equals, or even the creation of greater space for the political branches to deliberate independently about questions of constitutional meaning, advice-giving simply encourages the political branches to do what the judiciary says” (BATEUP, 2005, p. 22).

¹³⁷ “[...] judges are encouraged to determine whether political officials have paid sufficient attention or adequately deliberated on policy judgments that affect substantive constitutional values. If it is determined that they have not, then the judiciary may force the political branches of government to reconsider their decisions with the appropriate level of attention to those values” (BATEUP, 2005, p. 23).

Judiciário e poderá, depois desta resposta, legislativa, haver nova decisão judicial, verificando mais uma vez a atuação do Legislativo (“doutrina do segundo olhar”).

Segundo Bateup (2005), a crítica à teoria refere-se ao uso de regras centradas no processo e nos custos democráticos invisíveis que pode implicar. Os poderes políticos podem encontrar grandes dificuldades, revisitando suas decisões anteriores. Isto significa que, em muitas circunstâncias, será improvável que eles vão ser capazes de ter um "segundo olhar" para as decisões de política, mesmo o Judiciário conferindo a oportunidade de fazê-lo. Por exemplo, o equilíbrio político que existia na época em que a legislação fora confeccionada pode ter mudado, tornando mais difícil para a legislatura atingir consenso sobre a questão em causa. Além disso, a questão pode não ter mais suficiente relevância política, nem ser considerada suficientemente importante¹³⁸.

Na última categoria, conforme sustenta Cass Sunstein, principal autor contemporâneo do "minimalismo judicial", ao decidir os casos, os juízes devem adotar a estratégia de não dizer nada mais do que o necessário para justificar um resultado e deixar o máximo possível indeciso. Nesse sentido, aproxima-se da noção de virtudes passivas recomendadas por Bickel. Distingue-se fundamentalmente das teorias anteriores, porque,

[...] em vez de apostar numa atitude positiva de provocação ou estímulo do judiciário à resposta do legislativo, trilha o sentido oposto e preconiza justamente que o julgador limite sua intervenção de forma a deixar mais espaço ao parlamento para o desenvolvimento da função que, na repartição constitucional de poderes, lhe é própria (SILVA *et al.*, 2012, p. 93).

Os minimalistas procuram evitar intervenções que possam gerar repercussões polêmicas na sociedade, privilegiando as práticas e tradições socialmente sedimentadas. De outro lado, os autores que sustentam a teoria do constitucionalismo democrático criticam a postura minimalista, afirmando que o Judiciário deve se manifestar vez que as principais instituições do poder público e as organizações cidadãs essencialmente têm que

¹³⁸ “A more fundamental criticism is that use of process-centered rules may entail unseen democratic costs. While judicial decisions using these rules leave theoretical space for independent political judgment and action, in practice the political branches may well encounter substantial difficulty in revisiting their earlier decisions. This means that in many circumstances, it will be unlikely that they will be able to take a “second look” at policy decisions, even if the judiciary leaves them with the opportunity to do so. For example, the political equilibrium that existed at the time of a statute’s enactment may have changed, making it more difficult for the legislature to achieve consensus on the issue in question. Furthermore, the issue may no longer have sufficient political salience, nor be considered sufficiently important, to warrant taking up further legislative time” (BATEUP, 2005, p. 26).

desempenhar a interpretação e configuração do direito constitucional em geral e a garantia da constituição em particular¹³⁹.

6.3.2.2 Teorias estruturais de diálogo

As teorias estruturais do diálogo, por sua vez, baseiam-se nas “formas pelas quais se podem cunhar as relações entre estruturas, por intermédio de mecanismos institucionais ou políticos que permitam oferecer resposta a uma decisão que gere desacordo” (BATEUP, 2005, p. 32). Nestas teorias, não há preponderância da interpretação judicial sobre os demais poderes ou atores políticos, ao contrário, favorecem que todos possam contribuir para a construção da decisão¹⁴⁰.

São classificadas como teorias estruturais do diálogo as teorias da construção coordenada (*coordinate construction theories*), dos princípios jurídicos (*theories of judicial principle*), do equilíbrio (*equilibrium theories*) e da parceria (*partnership theories*). As teorias estruturais possuem um caráter exógeno, logo menos dependente da postura de cada instituição. O diálogo surge mediante a utilização de mecanismos de interação entre juízes e os outros atores políticos (como exemplo, o modelo do *weak judicial review* canadense).

Essas teorias tiveram origem com James Madison e Thomas Jefferson (que considerava que cada ramo do governo deve ser coordenado e independente um do outro, e que cada ramo tem a responsabilidade primária de interpretar a Constituição no que se refere às suas próprias funções).

Mais recente, Neal Devins e Louis Fisher propõem um modelo em grande parte descritivo do diálogo constitucional, sugerindo que o Judiciário e os outros poderes interajam de forma dialógica para moldar o significado da Constituição em um processo de controles recíprocos.¹⁴¹

¹³⁹ Nesse sentido, POST e SIEGEL (2013, p. 12). Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo.

¹⁴⁰ “On this more positive understanding, dialogue about constitutional meaning emerges when these mechanisms of response are engaged, enabling a dynamic process of to-and-fro to take place between judges and other constitutional actors” (BATEUP, 2005, p. 32).

¹⁴¹ “This does not lead to interpretive anarchy, however, as it involves a more interactive process in which each branch of government is checked by the others, including the Supreme Court” (BATEUP, 2005, p. 34).

As teorias da construção coordenada também receberam críticas. A principal delas sob o argumento de que expõem uma visão competitiva do diálogo constitucional, sugerindo que o consenso só é alcançado quando o processo político tem o seu curso. O Poder institucionalmente mais forte em uma determinada questão constitucional vai prevalecer na batalha pelo significado constitucional ou, pelo menos, os outros participantes no diálogo tendem a concordar com ele¹⁴².

Outra crítica refere-se ao papel desempenhado pelo Judiciário (ele não ocupa nenhum lugar especial no diálogo constitucional) nestas teorias: este papel poderia ser melhor executado por uma instituição não judiciária e possivelmente mais democrática, ou uma gama de instituições sociedade.

Por sua vez, as teorias dos princípios judiciais¹⁴³ propõem que os juízes desempenham uma função dialógica única, baseada em sua competência institucional, especial em relação a questões de princípio. Segundo Silva *et al.* (2012, p. 95), “na hipótese de erro na interpretação judicial de tais questões, haveria o controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo”.

Essa teoria também recebe críticas especialmente por não favorecer um diálogo substantivo, “mas a prevalência da visão apresentada pelo Judiciário, que poderá ou não encontrar aquiescência por parte do legislador” (SILVA *et al.*, 2012, p. 96).

Segundo Bateup, as teorias de equilíbrio do diálogo proporcionam uma forma alternativa de conceber um papel judicial especial no diálogo constitucional, que não privilegia o Judiciário. Nessas teorias, esse papel é descrito como facilitador da discussão constitucional em toda a sociedade, que finalmente leva a um equilíbrio sobre o significado constitucional¹⁴⁴.

¹⁴² “The theory’s focus on mutual competition for constitutional meaning, due to the central position of checks and balances in the theory, suggests that consensus is only achieved once the political process has run its course. In the result, whichever branch is the strongest institutionally on a particular constitutional issue will prevail in the battle for constitutional meaning or, at the least, the other participants in the dialogue will acquiesce to that branch’s views” (BATEUP, 2005, p. 39).

¹⁴³ Esta teoria desdobra-se em: a) Princípios e controle político sobre a Corte (Principle and Political Checks on the Court), reconhecem um papel de destaque na interpretação judicial concernente às questões de princípios, e o controle político seria realizado em caso de erro nesta interpretação; b) Princípio de articulação legislativa da política (Principle and Legislative Articulation of Policy), há a propositura de uma atuação mais destacada do Legislativo na formação de um diálogo substantivo, uma vez que se entende sua maior aproximação na temática de elaboração de políticas públicas (BATEUP, 2005, p. 300-303).

¹⁴⁴ Segundo Silva *et al.*, esta teoria se diferencia das anteriores por não atribuir valor especial ao judiciário, preocupando-se mais com a forma como atores judiciais e não-judiciais podem aprender, debater e modificar seus entendimentos sobre direitos a partir do diálogo estabelecido entre eles (2012, p. 98).

Um dos defensores desta teoria é Barry Friedman, para quem a opinião pública é uma das principais forças de controle judicial. Também Robert Post e Reva Siegel destacam o papel do Judiciário em fomentar e facilitar o debate acerca do significado da Constituição.

Do ponto de vista normativo, Bateup já considera as teorias de equilíbrio mais bem-sucedidas do que qualquer uma das teorias anteriores, ao estabelecer um papel dialógico substantivo para o Judiciário. No entanto, conforme destacam Silva *et al.* (2012, p. 98), “descritivamente, a teoria seria falha, pois não explica, como pretendem seus defensores, a prática constitucional estadunidense, em que a participação dos cidadãos no debate é bem inferior ao quadro descrito”.

Ainda segundo Bateup (2005, p. 69), duas questões devem ser destacadas: se dinâmicas dialógicas semelhantes são susceptíveis de ser observáveis ou realizáveis em sistemas constitucionais fora dos Estados Unidos e como o diálogo pode prosseguir em nível institucional entre o Poder Judiciário e as instâncias políticas, uma vez que é improvável que o diálogo em toda a sociedade ocorra em relação a uma série de questões constitucionais de relevância política relativamente baixa.

O modelo de parceria de diálogo centra-se no reconhecimento de que os governos locais podem fazer contribuições distintas para a constituição, de forma a não privilegiar o papel judicial. Em vez disso, reconhece que cada ramo do governo pode aprender com os insumos dialógicos específicos dos outros ramos, complementando-se mutuamente.

Dadas as suas características e responsabilidades institucionais diferentes, reconhece o Poder Judiciário como mais apto a lidar com questões individuais e menos vulnerável às pressões sociais e políticas. Já o Poder Legislativo estaria habituado ao desenvolvimento de políticas coletivas; assim, as teorias da parceria concluem pela complementariedade destes dois planos institucionais. As críticas a essa teoria podem ser sintetizadas em duas questões: há alguma garantia de que o diálogo ocorrerá? Como assegurar o efetivo engajamento do Poder Legislativo no processo dialógico?

A própria autora conclui que, em relação a esse modelo, é preciso examinar tanto os aspectos institucionais quanto os aspectos mais amplos da sociedade do diálogo constitucional, a fim de obter a compreensão mais normativamente satisfatória do papel da revisão judicial na sociedade moderna. Sugere que uma síntese entre estes relatos

institucionais e de sociedade mais promissores do diálogo constitucional é a melhor maneira de prosseguir com o projeto dialógico (BATEUP, 2005, p. 76).

6.3.2.3 Fusão dialógica

Como já dito antes, diante das críticas e dificuldades das teorias do equilíbrio e da parceria, Bateup (2005, p. 76) sugere a uma combinação destas duas perspectivas, resultando na fusão dialógica¹⁴⁵: “the most promising vision of constitutional dialogue and, consequently, the strongest normative account of the role of judicial review in modern constitutionalism emerge when the equilibrium and partnership understandings of dialogue are combined”.

As teorias de equilíbrio enfocam o papel do Judiciário na facilitação e promoção da discussão constitucional em toda a sociedade, enquanto modelos de parceria chamam a atenção para funções institucionais mais distintas que Judiciário e Legislativo realizam no diálogo um com o outro. A síntese destes entendimentos sublinha que o diálogo deve idealmente incorporar tanto as instâncias políticas e a sociedade quanto os aspectos institucionais.

Bateup (2008) argumenta também que, nos sistemas *weak judicial review*, precisamente porque os juízes não têm a última palavra, o processo de compartilhar a interpretação dos direitos através do diálogo inter-institucional também é pensado para reconciliar a tensão que existe entre a revisão judicial e da democracia. No entanto, mesmo nas teorias dialógicas, afirma que permanece incerto se os juízes e legisladores adotarão uma postura normativa de diálogo quando desempenharem seus papéis, ficando o diálogo dependente do mero voluntarismo de cada Poder. A partir da análise dos pressupostos comportamentais normativos do juiz, a autora observa que, conforme explica a teoria positiva, os juízes e legislaturas irão agir estrategicamente em suas interações uns com os outros, independentemente da forma determinada institucionalmente.

¹⁴⁵ Silva *et al.* (2012, p. 100) explicam que “a expressão cunhada justifica-se pelo fato de a proposta consistir precisamente na combinação de elementos próprios de cada uma das duas últimas teorias apresentadas: teorias de equilíbrio e de parceria, de maneira a permitir uma reconciliação entre as preocupações democráticas e o modelo de parceria (que, lembre-se, cuidava apenas de aspectos institucionais). E mais, esta via permite uma melhor compreensão dos aspectos institucionais e sociais do diálogo, bem como da forma como os diferentes atores participam da construção do significado da constituição”.

Para Bateup (2008), isto não significa, no entanto, que o conceito de diálogo deve ser inteiramente descartado. O diálogo, de fato, continua sendo um conceito teórico altamente útil, desde que se entenda que os teóricos do diálogo de modelo fraco de controle de constitucionalidade simplesmente estão procurando o diálogo no lugar errado. Em vez de entender o diálogo como uma forma limitada de interação institucional entre juízes e legislaturas – que é facilitada pela adoção de instrumentos de modelo fraco de controle de constitucionalidade, e exige que os ramos adotem uma postura normativa específica para as contribuições dos outros –, a melhor compreensão deve ser como uma característica mais geral e mais abrangente da relação estratégica entre o Judiciário e outros atores.

Nesta seara, pode-se afirmar que o modelo da fusão dialógica preconiza uma interação entre os diversos atores institucionais, destacando o papel do Judiciário enquanto facilitador do debate e incluindo a sociedade e o Legislativo enquanto partícipes do diálogo e da interpretação constitucional.

Neste trabalho, buscou-se trazer as ideias da fusão dialógica, porque, para esta teoria, deve ocorrer um diálogo entre corte, legislatura e demais atores, o que difere do diálogo no interior da decisão judicial, em que o enfoque visa avaliar a argumentação que se desenvolve dentro do colegiado do tribunal. Este diálogo deve ocorrer concretamente – não apenas de modo formal –, isto é, com um verdadeiro debate entre os participantes, com um espaço para que possam demonstrar suas argumentações e, efetivamente, serem ouvidos.

6.4 AS CONTRIBUIÇÕES DE ROSALIND DIXON E CESAR GARAVITO E A NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL

Em outra oportunidade, já se falou que a judicialização parece conferir efetividade aos direitos sociais, porém, mesmo diante de uma sentença de procedência, nem sempre o direito será concretizado. Quando se trata de direitos que se implementam mediante políticas públicas (que demandam tempo e dinheiro), a sentença judicial não tem o poder de transformar a realidade. A complexidade das relações sociais e políticas (aporte de dinheiro, entraves burocráticos) faz com que, muitas vezes, a sentença torne-se ineficaz (ZAGURSKI, 2016, p. 106).

Ciente desses obstáculos, como se verá a seguir, a doutrina tem procurado verificar os pontos cegos (falhas) nas decisões judiciais e buscar estratégias para conferir maior efetividade à sentença.

Nessa perspectiva, cabe ao Judiciário provocar o Legislativo por meio da decisão judicial que o obrigue a elaboração de políticas públicas para garantir, tanto quanto possível, a maior eficácia dos direitos fundamentais. Por outro lado, também caberá provocar o Executivo, retirando-o da sua inércia ou corrigindo sua ineficiência na implementação dessas políticas. Por fim, para que aumentem as chances de êxito no cumprimento da decisão judicial, mister que a população e demais atores sejam envolvidos nesse colóquio.

Assim, o diálogo deve enfrentar as reais causas de inefetividade da decisão que intervém em políticas públicas e, nesse sentido, a tese buscou apoio nas reflexões de Rosalind Dixon e Cesar Rodriguez Garavito, que priorizam a atuação do Judiciário na efetivação de direitos sociais.

6.4.1 Pontos cegos e encargos de inércia como obstáculos para a efetividade da sentença

Tomando como paradigma a decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul no caso *Grootboom*¹⁴⁶, Dixon (2007) desenvolve aspectos da teoria dialógica voltados à concretização dos direitos sociais. Lembra que, à época da decisão da corte sul-africana, muitos estudiosos a elogiaram¹⁴⁷ por seu pragmatismo e sensibilidade à democracia, no entanto, nos anos que se seguiram, ficou evidente que a decisão do Tribunal, de fato, pouco fez para alterar o *status quo* na África do Sul, no que diz respeito ao direito à moradia.

A semelhança de outras teorias do constitucionalismo (que a autora denomina constitucionalismo cooperativo), esta teoria sugere que a revisão judicial terá de ser

¹⁴⁶ Irene Grootboom e várias outras pessoas, que moravam em péssimas condições na favela Wallecedene, onde não havia saneamento básico nem água potável, ingressaram em juízo para que o Estado cumprisse o comando constitucional e fornecesse uma moradia adequada. A decisão da Suprema Corte foi no sentido de impor ao Poder Público a obrigação de criar um programa destinado a efetivar progressivamente o direito à moradia adequada. No entanto, a corte se omitiu na determinação de um prazo para cumprimento por parte do Estado das obrigações derivadas da decisão, adquirindo a sentença um caráter declarativo somente, inclusive Irene Grootboom morreu à espera de seu cumprimento.

¹⁴⁷ Sunstein (2001) elogiou a referida decisão, pois teve o mérito de impor a efetivação do direito fundamental à moradia sem interferir no modo como esse direito deveria ser implementado, respeitando-se, assim, a discricionariedade conferida ao administrador público.

enfraquecida em comparação com os modelos tradicionais, antes que possa ser considerada totalmente legítima. Ao mesmo tempo, sugere que, ao fazer cumprir direitos, os tribunais têm uma capacidade muito maior, até mesmo uma responsabilidade, de desempenhar um papel ativo na luta contra ‘pontos cegos’ e ‘encargos de inércia’ no processo político, do que o previsto em outras teorias. Na aplicação dos direitos socioeconômicos, os tribunais não devem descartar o valor de uma abordagem forte para a definição de obrigações dos Estados, ou o uso de remédios fortes (DIXON, 2007, p. 391).

Nas palavras de Silva *et al.* (2012, p. 105):

Apesar do compromisso [...] das teorias dialógicas com a superação dos impasses políticos à decisão, de molde a devolver ao parlamento uma ampla liberdade na formulação das escolhas políticas em temas de direitos não protegidos quanto ao seu conteúdo, o compromisso com a efetividade desses mesmos direitos deve reconhecer às cortes, como contrapartida a esse amplo poder de atuação do legislativo, remédios mais efetivos para superar a violação desses mesmos direitos.

Como já referido antes, Dixon (2007, p. 402) identifica no processo legislativo causas que podem contribuir para a inação legislativa: pontos cegos (*blind-spots*), que seriam a falta de previsão das legislaturas sobre a aplicação dos direitos, e os encargos da inércia (*burdens of inertia*), que seriam os demorados processos legislativos.

De acordo com Dixon (2007, p. 402), podem surgir pontos cegos no processo legislativo por várias razões. Em primeiro lugar, os legisladores podem não reconhecer que uma lei pode ser aplicada de uma maneira que infrinja os direitos; esta falha poderia ocorrer por causa de pressões de tempo sobre as deliberações legislativas ou por outras limitações na previsão legislativa (pontos cegos de aplicação – *blind-spots of application*). Em segundo lugar, os legisladores podem não antecipar o impacto das leis sobre direitos porque não apreciam adequadamente a perspectiva de reivindicadores de direitos com experiências de vida e pontos de vista muito diferentes (pontos cegos de perspectiva – *blind-spots of perspective*). Em terceiro lugar, os legisladores que se concentram em um determinado objetivo legislativo e que têm experiência jurídica limitada podem estar mal equipados para perceber maneiras pelas quais uma reivindicação baseada em direitos poderia ser mais plenamente acomodada, sem custos

indevidos para o objetivo legislativo (pontos cegos de alojamento – *blind-spots of accommodation*).

Dixon (2007, p. 403) também refere três problemas decorrentes da inércia na obtenção de uma proteção baseada em direitos, porque a legislação é um processo demorado e deve operar dentro dos limites de capacidade de uma determinada sessão legislativa: temas podem deixar de ser tratados por causa de outras prioridades que sejam imediatamente e eleitoralmente mais relevantes (*priority-driven burdens of inertia*); os encargos de inércia também podem surgir em face de uma questão que divide a coesão interna do partido no comando, de maneira que a realização de um projeto gere elevados os custos para a coerência e a integridade do partido (*coalition-driven burdens of inertia*); e, finalmente, quando a concretização de um direito exige complexas formas de ação administrativa, há um verdadeiro potencial para produzir encargos burocráticos da inércia (*bureaucratic burdens of inertia*).

A contribuição de Dixon é especialmente relevante porque chama a atenção para a necessidade do cumprimento das decisões judiciais que protegem direitos sociais. Ao lado de outras teorias do constitucionalismo cooperativo (departamentalista e minimalista), desenvolve a concepção conversacional em que os tribunais têm a importante função de neutralizar os pontos cegos legislativos e as cargas de inércia:

A diferencia de las otras tres teorías del constitucionalismo cooperativo, a dialógica sostendría que cuando los tribunales deciden tomar partido por la revisión judicial en cierto sentido pasan a tener la responsabilidad directa de usar sus facultades coercitivas o comunicativas y ‘fácticas’ em todo su alcance con el propósito de contrarrestar puntos ciegos y cargas de la inercia, aunque, desde luego, dentro de las limitaciones que impone el compromiso con la preservación del sistema democrático em su conjunto (DIXON, 2014, p. 75).

Ao comentar os exemplos da África do Sul (Grootboom e TAC¹⁴⁸), Dixon (2007) argumenta que tais decisões poderiam ter se consolidado se houvesse uma interação dialógica entre os poderes, com vistas ao efetivo cumprimento das ordens de proteção. Nessa perspectiva, argumenta que os tribunais têm uma capacidade muito maior

¹⁴⁸ No caso TAC – *Treatment Action Campaign*, a Corte Sul Africana determinou que o Estado estabelecesse uma política universal, gratuita e razoável de distribuição de medicamentos para soropositivos. Não se determinou que uma pessoa teria direito a um medicamento, mas que o Estado, pelas vias das quais dispõe, tinha o dever de estabelecer uma política para todos. No entanto, a decisão recai na mesma fórmula de uma sentença declarativa, sem estabelecimento de prazos para seu cumprimento.

para superar as obstruções do processo legislativo, no entanto, no desempenho dessa função, há alguma restrição, em virtude dos limites de competência e a capacidade de ação dos mesmos, o que pode dificultar a utilização de abordagens fortes para proteção dos direitos em termos substantivos (o tribunal poderia adotar medidas mais coercitivas, com limites temporais mais claros e modos de reparação definidos).

6.4.2 Remédios fortes *versus* efeitos fracos

Na mesma linha argumentativa, mas comentando o exemplo colombiano, Garavito (2014, p. 211) relembra que, após as discussões terem se concentrado em dar fundamento teórico para a exigibilidade judicial dos direitos sociais, em um segundo momento, os estudiosos ocupam-se com o propósito de defender uma maior efetividade desses direitos protegidos, chamando atenção para a fase de cumprimento das sentenças.

Nessa senda, propõe uma tipologia dos efeitos das decisões judiciais, distinguindo-os em efeitos diretos, indiretos, materiais e simbólicos.

De acordo com Garavito (2014, p. 220), os efeitos diretos incluem as ações e ordens dos tribunais que afetam as partes do processo e outros participantes do caso, sejam beneficiários ou organismos estatais destinatários das determinações judiciais. Os indiretos incluem todas as classes de consequências que, sem estar estipulados em ordens do tribunal, são derivadas da sentença. Afetam não somente as partes do caso, mas também outros sujeitos sociais.

As decisões judiciais podem ainda produzir efeitos materiais ou simbólicos¹⁴⁹. A primeira categoria é referenciada em relação aos movimentos tangíveis na conduta dos grupos dos indivíduos (como exemplo, o desenho de políticas públicas conforme determinado na decisão). Os efeitos simbólicos são os objetivos e as ideias, as percepções e as concepções sociais coletivas relativos à matéria objeto do litígio (a transformação da opinião pública sobre a gravidade e urgência do problema objeto do litígio).

¹⁴⁹ Garavito (2014, p. 221) menciona que, para a concepção construtivista, os efeitos indiretos de uma decisão judicial podem ser mais importantes que os efeitos diretos. Em sentido oposto, a concepção neorrealista concentra-se nos efeitos diretos e materiais da decisão, razão pela qual critica as decisões judiciais que não conseguem modificar a realidade (como no caso Grootboom). Isso explica por que uma sentença pode ser considerada ineficaz pelos neorrealistas e eficaz pelos construtivistas, na medida em que, o que tem impacto para os construtivistas, inclui um conjunto maior de efeitos (materiais diretos, materiais indiretos, simbólicos diretos e simbólicos indiretos.).

Tomando como exemplo decisões da Corte Colombiana, em especial a *Sentencia* T-025¹⁵⁰, Garavito (2014) explica os diferentes efeitos a partir da concepção construtivista. Identifica como efeitos simbólicos diretos: a definição e a percepção do problema como violação de direitos; como efeitos simbólicos indiretos a transformação da opinião pública sobre a gravidade e urgência do problema. Como efeitos materiais diretos considera o desenho de políticas como determinado na sentença, e materiais indiretos a formação de coalisões ativistas para influenciar a questão afetada.

Lançando mão da tipologia criada por Tushnet (2008) para se distinguir medidas ou remédios judiciais fortes e fracos quando se tratar da proteção de direitos substanciais, bem como os efeitos (grandes, moderados ou pequenos), Garavito (2014, p. 232) classifica as sentenças como monológicas e dialógicas, sendo que estas últimas tendem a estabelecer medidas mais fracas (débeis ou moderadas) como linhas gerais dos procedimentos a serem cumpridos e apontam a fins amplos, harmonizando-se com o princípio da separação dos poderes, vez que determinam que os órgãos públicos desenhem a política pública e a implementem.

Já as sentenças monológicas implicam ordens precisas, orientadas aos resultados (remédios fortes), porém, nem sempre conseguem sucesso na sua execução. As sentenças dialógicas tendem a iniciar um processo de cumprimento (*seguimiento fuerte*) que estimula o debate sobre as alternativas em matéria de políticas públicas para solucionar o problema estrutural detectado na decisão.

Um exemplo dado por Garavito é a sentença T-024/04 da Corte Colombiana, que protegeu direitos fortes (moradia) com ordens judiciais moderadas, seguida de forte participação da população (com a realização de audiências e gerou grandes efeitos relativos à mudança de percepção sobre o papel do Estado frente ao fenômeno do deslocamento interno, inclusive colocando-o na agenda política do país). Por outro lado, na *Sentencia* T-153/1998 (em que a Corte declarou como estado de coisas inconstitucionais a situação da população carcerária no país), foram protegidos direitos fortes, com ordens judiciais fortes, com um acompanhamento fraco e como consequência os efeitos da decisão foram pequenos (GARAVITO, 2014, p. 235).

¹⁵⁰ Neste caso, a corte colombiana examinou 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados internamente em virtude da violência de grupos armados como as Farc. Essa decisão trouxe a lume uma teoria intitulada Estado de Coisas Inconstitucional, a qual, a partir da situação vivenciada pela população deslocada colombiana, sustentou julgamento no sentido da inconstitucionalidade do Estado em razão da sua omissão permanente frente a tal problemática.

Justamente aí que, segundo argumenta Garavito, as sentenças dialógicas podem ter maiores chances de êxito ao vencer as resistências políticas e criar espaços de participação da sociedade civil (convocar atores relevantes para solucionar problemas sociais complexos), diferentemente das sentenças monológicas que se orientam exclusivamente a uma mudança restrita à realidade objeto do processo:

Em primer lugar, las sentencias dialógicas establecen fines generales y procesos de ejecución claros, con plazos firmes y exigencia de informes de avances en la ejecución, al mismo tiempo que dejan las decisiones substantivas y los resultados detallados a los organismos administrativos. Las órdenes de esta naturaleza no solo son compatibles con el principio de separación de poderes, sino que pueden también promover la eficacia general de determinada decisión. Em segundo lugar, um enfoque dialógico de los casos de DESC fomenta los mecanismos participativos de seguimiento, como las audiencias públicas, las comisiones de vigilancia nombradas por el tribunal, y las invitaciones a la sociedad civil y a los organismos administrativos para que presenten información relevante y participen en debates promovidos por el tribunal. Estos dispositivos salientan la deliberación democrática y mejoran los efectos de las intervenciones de los tribunales (GARAVITO, 2014, p. 216-217).

Para Garavito (2014, p. 236), ainda ao referir-se às sentenças sobre direitos sociais proferidas pela Corte Colombiana, as sentenças dialógicas produzem maiores efeitos judiciais porque se ocupam com os obstáculos práticos fundamentais para a execução das sentenças estruturais: a resistência política e a capacidade institucional. Argumenta que essas sentenças despertam a resistência natural de setores poderosos com interesses em manter o status quo, incluindo setores privados na área de saúde e empresas farmacêuticas que obtêm gigantescos benefícios de milhares de sentenças que obrigam os governos a pagar medicamentos específicos, funcionários públicos indiferentes que trabalham em burocracias obsoletas responsáveis pelos programas na área social e pessoal negligente e corrupto no sistema carcerário superlotado. Sustenta ainda que, ao outorgar a uma variedade mais ampla de interessados em acompanhar o cumprimento da decisão, como ONGs, líderes comunitários, membros da academia, organizações internacionais de direitos humanos, por exemplo, os tribunais geram efeitos diretos e indiretos que podem ajudar a superar a resistência política. Também esses atores podem promover a busca colaborativa de soluções em assuntos complexos sobre os quais os tribunais não

dispõem de expertise suficiente (conhecimento técnico, pessoal e recursos) para decidir sozinho¹⁵¹.

Garavito conclui que se as sentenças não tiverem consequências práticas, seria em vão dispender altos custos institucionais, especialmente em casos estruturais que envolvem negociações prolongadas e tensões com os órgãos administrativos competentes para executá-las:

Urge especialmente este tipo de análisis porque la preocupación por el impacto de las sentencias es una de las cuestiones más presentes en el pensamiento de los litigantes y los jueces. Después de todo, tener efectos concretos que mejoren el acceso a los bienes y servicios, y su calidad —a bienes y servicios como una vivienda digna o servicios de salud— es lo que hace que los litigantes y los activistas recurran a los tribunales. En ese mismo sentido, si las sentencias no tienen consecuencias prácticas, sería insensato que los tribunales incurrieran en los elevados costos institucionales asociados a sus sentencias activistas sobre DESC, especialmente en casos estructurales que implican negociaciones prolongadas y tensiones con los organismos administrativos responsables de ejecutarlas. Una vez que haya pasado la euforia sobre el caso, la pregunta que estará en mente de todos será: ¿valió la pena? (GARAVITO, 2014, p. 239).

Especificamente sobre o direito à saúde, Brinks e Gauri (2014) convergem com a opinião de Garavito, uma vez que hoje o grande questionamento não é mais ‘se as cortes deveriam intervir’, mas ‘como devem fazê-lo’.

Dentro dessa perspectiva, sustentam que as cortes mais exitosas em suas decisões, considerando o cumprimento da decisão, são aquelas que promovem o diálogo como uma ferramenta útil, uma vez que dependem do seu entorno político e social para conseguir implementar a decisão: “sin embargo, em los países que estudiamos es evidente que un proceso dialógico y una disposición final negociada tienen más posibilidades de producir cumplimiento y efectos positivos que una orden judicial unilateral” (BRINKS; GAURI, 2014, p. 305). Afirmando que o diálogo contribui de forma substancial

¹⁵¹ Dois exemplos podem ilustrar essa situação: a Sentencia T-025 na Colômbia, que inspirou a fundação de uma comissão de acompanhamento da sentença na sociedade civil, e que se converteu num aliado fundamental do tribunal e provedor de informações e recomendações valiosas. Na Argentina, o caso Mendoza (onde se discutiam os danos derivados da contaminação ambiental do Rio Matanza - Riachuelo). A decisão responsabilizou por danos o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e 44 empresas. A corte responsabilizou por danos o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e 44 empresas. Em 8 de julho de 2008, a corte Suprema proferiu decisão histórica determinando os responsáveis por executar as ações e as obras de saneamento, o prazo em que deve ser executado, deixando aberta a possibilidade de impor multas para o caso de inadimplemento. A corte também inovou em diversos aspectos, flexibilizando o processo, criando espaços de participação e acompanhamento da execução da sentença.

para melhorar a prestação de contas e o acompanhamento do cumprimento da decisão judicial.

Ao analisar a experiência de cinco países (Índia, Brasil, Indonésia, Nigéria e África do Sul), afirmam que os tribunais da Índia e do Brasil são os que menos promovem o estilo dialógico e optam por proferir decisões tradicionais – unilaterais e peremptórias. No Brasil, as cortes são menos cooperativas e adotam o modelo clássico de adjudicação – ação individual com condenação direta, específica; isso explica o alto índice de sucesso das ações individuais nas quais se pleiteiam medicamentos e outros insumos médicos. No entanto, quando se trata de ações coletivas, essas ações estão menos propensas a obter êxito (BRINKS; GAURI, 2014, p. 308). Essa lógica reforça o fenômeno da judicialização:

[...] según apuntan los datos, las acciones individuales, referentes a las solicitudes de compra de medicamentos o pago de procedimientos médicos, resultan más exitosas, ya que los Tribunales tienden a evitar decidir en casos colectivos, posiblemente porque estas decisiones inciden directamente en la conformación de Políticas Públicas. Esta situación lleva a otorgar aún más relevancia al fenómeno de judicialización de la salud en Brasil.

[...] en definitiva, lo que pasa es que, al final, la suma de acciones individuales acaba por ser potencialmente más dañina que un eventual reconocimiento del derecho en una perspectiva colectiva, al dificultar que se tenga una perspectiva más amplia y concreta de los impactos financieros y presupuestarios causados por las distintas decisiones judiciales, situación que podría ser clasificada como una "prevalencia de la satisfacción individual del derecho a la salud"⁸⁵, en la cual se aplica la paradoja de Condorcet al revés, tomándose la satisfacción colectiva, simplemente, a partir de la suma de satisfacciones individuales (SOTO; LEAL; ZELADA, 2016, p. 126).

No entanto, é importante assinalar que, ao contrário do enfoque tradicional (individual), formas alternativas (dialógicas e coletivas) permitem que os tribunais produzam resultados de maior alcance em termos de políticas públicas, que beneficiarão um maior número de pessoas e não somente aqueles privilegiados que puderam buscar a proteção judicial. A pesquisa realizada nesta tese confirma essa realidade.

Os três exemplos trazidos na sessão 4, item 4.2 deste trabalho, demonstram que, no Brasil, o cumprimento da sentença é mais um obstáculo a ser vencido na batalha para a concretização do direito à saúde. Dois dos casos analisados (ARE 740.800 AgR/RS e RE AgR 642.536/AP) são processos estruturais em que se buscava a adoção de medidas concretas para a melhoria do atendimento à saúde da população. Mesmo decorridos anos da decisão transitar em julgado, a sentença ainda não havia sido executada. Provavelmente, se houvesse sido prevista alguma medida dialógica no

cumprimento da sentença – como a designação de uma entidade ou pessoas para acompanhar a implementação – houvesse maior possibilidade de êxito¹⁵².

Também se verificou na pesquisa elaborada na tese que há grande número de ações individuais em que se pleiteiam toda sorte de medicamentos e insumos (desde exames até óculos e meias para varizes) que são prontamente deferidas. Entretanto, quando se trata de ações coletivas, os juízes são mais cautelosos e nem sempre deferem os pleitos. Isso mostra que o Judiciário brasileiro ainda apresenta um perfil conservador, atrelado ao modelo processual clássico, com pouca ou nenhuma participação democrática, e temeroso em adentrar no tema da implementação de políticas públicas. No entanto, uma das poucas iniciativas dialógicas adotadas no Brasil são as audiências públicas, conforme verifica-se adiante.

6.5 DIÁLOGOS E AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS – ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

Embora crescente, a produção acadêmica a respeito da necessidade de se estabelecer um diálogo entre as cortes e os demais atores sociais ainda não conseguiu se traduzir em iniciativas concretas e duradouras por parte do Judiciário. Há, no Brasil, um abismo entre o discurso acerca dos direitos sociais e o impacto sobre a jurisprudência dos tribunais, especialmente em segundo grau, realidade que pode ser explicada consoante Rodrigo Brandão (2012, p. 279), pela “difusão do entendimento de que a última palavra na interpretação constitucional é do Judiciário”, gerando “um desengajamento dos demais ‘poderes’ e atores privados no processo de interpretação constitucional”.

A pesquisa realizada (vide sessão 5) mostrou que a teoria dos diálogos institucionais sequer é mencionada nos acórdãos de segundo grau, ao contrário do STF,

¹⁵² Outro exemplo brasileiro que demonstra que mesmo medidas fortes podem ter resultados fracos quando não há participação e envolvimento da sociedade é a ADPF 347 MC. Julgada em setembro de 2015 (logo depois do agravamento da crise no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, na região metropolitana de São Luís/ MA, em particular pelas cenas de barbárie de decapitação de presos, onde 61 detentos foram mortos, sendo 59 em 2013 e dois em 2014), determinou medidas fortes, cogentes, em especial a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a realização de audiências de custódia, ante a massiva violação dos direitos dos encarcerados no sistema prisional brasileiro, aplicando a teoria colombiana do estado de coisas inconstitucional. No entanto, em 2 de janeiro de 2017, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, durante uma rebelião que durou 17 horas, houve a morte de 56 detentos (muitos decapitados) e 5 dias depois pelo menos 31 presos morreram (muitos foram decapitados ou tiveram o coração arrancado) na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (Pamc), a maior de Roraima. O agravamento da crise prisional no Brasil mostrou que as decisões da Suprema Corte não conseguirão mudar a realidade se não utilizarem outras estratégias.

que já se referiu à necessidade de diálogo quando questionada a constitucionalidade da legislação, vez que seria recomendável a participação do Legislativo sob pena de ferimento ao princípio democrático:

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio de separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas. Tal entendimento encontra eco no magistério da jurista canadense Christine Bateup, segundo a qual “[...] esta compreensão de diálogo é também defendida como um meio normativamente desejável para a leitura constitucional ser desenvolvida com o passar do tempo, tanto porque o sistema constitucional americano demonstra uma clara preferência pela limitação de poder, bem como porque este ‘intercâmbio mais intenso’ entre atores iguais resulta em maior interpretação da Constituição ‘vibrante e durável’ (BRASIL, 2016, p. 15).

Ainda assim, deve-se registrar que o STF trata da teoria dos diálogos enquanto ferramenta capaz de contribuir para diminuir o déficit democrático nas ações em que se discute a inconstitucionalidade de lei, porém, em nenhuma decisão a teoria foi referida enquanto estratégia para viabilizar a execução da sentença, havendo certa cautela para sua aplicação em relação aos direitos sociais.

Já nas decisões de segundo grau analisadas, a pesquisa constatou que nenhum dos acórdãos analisados fez referência à necessidade de diálogo ou participação dos demais atores institucionais ou mesmo da população diretamente afetada em momento algum do processo.

Uma das hipóteses para esse silêncio decorre do fato de as decisões analisadas partirem da premissa de que a legislação é constitucional (e sequer se questionam, nessas ações, a inconstitucionalidade das políticas públicas previstas na lei). Outra hipótese seria o desconhecimento da teoria dos diálogos. Na primeira hipótese, o fato de não se questionar a constitucionalidade da lei aplicada afastaria a necessidade de um diálogo entre a corte e o Legislativo (hipótese mais comum de diálogo institucional), logo, o julgador apenas determinaria a observância da lei dentro de um modelo conservador de processo, sem necessidade de ouvir, no processo, outros interessados além das partes. A

segunda hipótese a ser considerada decorre da existência de pouca literatura publicada sobre o assunto no Brasil, uma vez que o tema é relativamente novo. A dificuldade da leitura em inglês ou espanhol, uma vez que maioria das obras foram editadas no exterior, contribui para este cenário. Estas hipóteses, somadas à formação tradicional recebida pelos juízes nos cursos de Direito no Brasil (que será mais adiante abordada), podem explicar porque os tribunais ainda não desenvolveram práticas dialógicas.

Por outro lado, há dificuldade em atacar os problemas estruturais que estão na raiz do conflito: pobreza, violência, corrupção, desigualdade social. Desta forma, como a questão envolve a implementação da política pública prevista em lei, a qual recai mais acentuadamente sobre o Poder Executivo (conforme visto na sessão 2, quando se falou das fases do *policy cycle*), seria muito salutar a aplicação da teoria dialógica especialmente na fase de cumprimento de sentença, uma vez que o Poder Judiciário não dispõe de expertise suficiente para analisar todas as nuances envolvidas no conflito¹⁵³.

Também se verificou que as decisões reconhecem a ineficiência do poder público e a má gestão administrativa, determinando medidas simples, que a rigor deveriam ser executadas sem maior dificuldade como, por exemplo, a compra de itens de higiene para Unidades de Saúde (aquisição de lixeiras, suporte para papel toalha e sabonete líquido, armários e cadeiras, edificação de banheiros distintos para funcionários e pacientes, tal como determinado no processo nº 1 da amostra).

Pode-se perceber ainda que as defesas apresentadas em juízo são defesas técnico-jurídicas, muitas vezes elaboradas por advogados que desconhecem a situação real objeto do processo. Também levam a supor que o manejo da ação não provocou nenhum tipo de reação no sentido de implementar as medidas pleiteadas nos processos espontaneamente, pelo contrário, utilizam-se justificativas como a ausência de recurso financeiro ou a violação da teoria da Separação dos Poderes.

Veja-se o exemplo colhido do TJBA, onde a municipalidade alega perda de objeto da Ação Civil Pública que pede a implementação de unidade de tratamento de água. Para isso, junta documentos e fotos demonstrando que realizou a instalação de um poço artesiano, reunindo tão somente provas da existência de um projeto para a construção de um poço tubular e o respectivo orçamento.

¹⁵³ Ao Executivo se reconhece certa autoridade epistêmica quanto ao tema das políticas públicas, uma vez que dotado de maior disponibilidade de recursos técnicos e informações (VALLE, 2013, p. 398).

Essas constatações conduzem à conclusão de que muitos administradores públicos, inobstante o ajuizamento de ações judiciais, continuam a descumprir a Constituição, não se intimidando com a propositura de tais ações e posteriormente até desrespeitando as ordens judiciais emanadas de tais processos, ou postergando sua execução. Infelizmente, muitos agentes públicos envolvem-se em corrupção, assinam contratos de obras superfaturadas e deixam de aplicar recursos nas áreas sociais e, ainda, diante da ordem judicial, continuam com uma postura de recalcitrância.

Por várias vezes, estudos mostraram que a pobreza e a falta de infraestrutura em muitos municípios estão associadas à corrupção, especialmente na área de saúde e educação¹⁵⁴.

Assim, pode-se concluir, ao contrário de autores como Gargarella (2014), que no Brasil não haveria necessidade de mudar o sistema de controle de constitucionalidade adotando-se um sistema mais brando. O problema não é o sistema adotado (*strong judicial review*), pois mesmo no sistema brasileiro é possível adotar o diálogo, especialmente quando se tratar de casos estruturais.

Tal como visto na pesquisa realizada, normalmente as decisões que versam sobre controle de políticas públicas na área de saúde tratam da fase de implementação dessa política, sem questionar a sua legalidade e/ou constitucionalidade. Assim, o diálogo poderia ser estabelecido tanto com o Executivo quanto com o Legislativo, visto que ambos podem participar das fases de implementação, execução e avaliação da política pública.

O Legislativo deveria atuar com mais ênfase na fiscalização e do monitoramento da implementação das políticas públicas. Ao Executivo, cabe o papel central, uma vez que ele administra o orçamento público e será responsável por implementar as medidas judiciais: compra de equipamentos, contratação de pessoal, realização de licitação para contratação de obras e serviços.

Assim, o diálogo pode ser estabelecido na fase executiva da sentença, tal como proposto por Garavito (2014), devendo o Tribunal criar mecanismos destinados a acompanhar a execução da sentença, com a ajuda de pessoas diretamente atingidas pela decisão, como Conselhos Municipais de Saúde, Associações de Bairro. Também nesse

¹⁵⁴ Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/editorial-do-estadao-a-corrupcao-nos-municipios/>>

sentido a observação de Abramovich (2005, p. 209): “em geral, as estratégias legais bem-sucedidas costumam ser as que são apoiadas pela mobilização e pelo ativismo dos protagonistas do conflito real”.

Outra forma dialógica ocorre quando o tribunal, ao deferir o pedido, deixa a cargo dos governos o estabelecimento das condições (como) e prazos (quando) para implementação das medidas judiciais, exortando o Executivo a cumprir suas obrigações constitucionais e advertindo-os do caráter inconstitucional de sua omissão, supervisionando o cumprimento da decisão em ação conjunta com os cidadãos afetados pela situação que a originou.

Assim, as Cortes desempenham papel importante ao eliminar os pontos cegos e encargos de inércia: uma incompreensão da existência de um dever de agir de parte do legislativo na proteção e garantia a direitos; ou escolhas políticas reprováveis desse poder, quando convencido que, do ponto de vista eleitoral, lhe seja menos custoso manter-se inerte do que adotar uma decisão impopular (DIXON, 2007). Transportando essas ideias para o presente estudo, pode-se entender que, também em relação ao Poder Executivo, ocorrem tais pontos cegos e encargos de inércia: quando inobstante haver uma legislação impondo um dever de proteção dos direitos sociais, o administrador público se omite na sua implementação ou o faz de maneira ineficaz, tal como nos exemplos colhidos nas decisões, onde Municípios não implantam programas públicos de saúde ou o fazem de modo inadequado.

Ainda segundo Dixon (2014, p. 77-78), numa perspectiva dialógica, as Cortes estão habilitadas a intervir de maneira coercitiva e comunicativa naquelas circunstâncias nas quais, a seu juízo, se produzem falhas prováveis de previsão, perspectiva, acomodamento ou capacidade de dar resposta. A perspectiva dialógica permite introduzir novas ideias e perspectivas, novas formas de equilíbrio do processo político.

6.5.1 O modelo brasileiro: o artigo 102 CF/88

Numa leitura precipitada, poder-se-ia argumentar que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil não permite a adoção de teorias dialógicas tal como sustentado neste trabalho. Veja-se: quando o artigo 102 CF/88 preceitua expressamente que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição cabendo-lhe [...]”, poder-se-ia concluir que somente o Supremo poderia

interpretar a Constituição, cabendo-lhe a última palavra quando se trata de questões constitucionais. No entanto, essa não é a interpretação correta.

O que o artigo 102 determina é a competência originária e recursal final em matéria constitucional que está estabelecida nos incisos I e II. Isso não significa que há uma supremacia do Judiciário (e do STF) em relação à interpretação da Constituição. Essa atividade não é absoluta e exclusiva do STF ou do Judiciário, não se excluindo a possibilidade de compartilhamento da tarefa de interpretação com os demais poderes e outros atores sociais.

Assim, mesmo no modelo brasileiro, é possível uma aproximação das ideias propostas pelas teorias dialógicas. Ou seja, o artigo 102 CF/88 reserva um papel central ao Judiciário sem abdicar da contribuição possível dos demais poderes na tarefa da guarda da constituição (VALLE; SILVA, 2009, p. 18).

Ressalte-se ainda que há diversas formas de diálogo institucional e nem todas elas necessitam de mecanismos formais para a sua confecção. É o caso dos diálogos institucionais quanto ao método, seja pelo aconselhamento, seja centrado no processo, ou, até mesmo, a via interpretativa. Silva *et al.* (2012, p. 117-127) citam três exemplos de diálogo institucional na jurisprudência do STF: RE 197.917-8 – referente à fixação do número de vereadores por município; a ADI-MC 295 – vedação à concessão de liminares pelo Judiciário: reedição de medida provisória; e o MI 444 – direito à aposentadoria especial de servidores públicos envolvidos em atividade insalubre ou perigosa¹⁵⁵. Outra experiência dialógica já experimentada no Brasil são as audiências públicas, conforme se verá a seguir.

6.5.2 Audiências públicas

As audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

¹⁵⁵ Existem outros estudos a respeito da atuação dialógica do STF, especialmente no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, os quais não serão analisados, uma vez que não tratam do tema da presente tese.

No STF, foram regulamentadas pela Emenda Regimental nº 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.

As audiências foram concebidas como um espaço de participação popular, em que são esclarecidas questões ou circunstâncias de fato, através da oitiva de especialistas em questões técnicas ou científicas em vários ramos do saber, conforme a natureza da matéria submetida ao STF.

De acordo com Medina e Freire (2013, s/p), seu objetivo é conferir maior legitimidade democrática e técnica às decisões proferidas pela Suprema Corte no controle abstrato de constitucionalidade, bem como “propiciar a participação de pessoas e entidades que, de algum modo, representariam a sociedade (ou os destinatários da decisão a ser proferida pelo STF) na criação da solução jurídica no processo de controle de constitucionalidade”. Esclarecem que as audiências possuem ainda outras funções: “reduzem o isolamento do Tribunal, promovendo sua aproximação com a sociedade civil e com a comunidade científica; reduzem as chances de decisões equivocadas e mitigam o déficit de expertise dos Ministros em questões de profundo conhecimento técnico”.

Barbosa e Pamplona (2009, p. 77) destacam o caráter democrático das audiências: “é possível ver na iniciativa movimentos em prol da democratização do Poder Judiciário e possibilidades de fortalecimento da participação social no processo de tomada de decisões”. No entanto, alertam para “o possível enfraquecimento das funções legislativa e executiva, e o deslocamento das tensões sociais para o Judiciário, contribuindo para a sua crise de legitimidade”.

Outrossim, após fazer uma análise a respeito das audiências realizadas pelo STF, Vestena (2010, p. 102) critica essa ideia de democratização apregoada pelas audiências, alertando que “a abertura institucional é muito mais formal do que efetivamente garante a participação fica explícita quando se verifica que, também no interior dos votos, a utilização dos argumentos é residual e serve para corroborar a interpretação já defendida pelos Ministros”. E prossegue afirmando:

O caráter absolutamente secundário da participação social – tanto no que diz respeito às garantias estruturais e administrativas para participação, quanto em relação à interferência argumentativa – levam a considerar que o impacto produzido por estes procedimentos no sentido de uma “democratização” das práticas no interior do Supremo é irrelevante. As audiências são realizadas no interior de uma lógica de reprodução do formalismo intrínseco às instituições judiciais e promovem uma cena ilusória que leva à crença de que todos indivíduos e grupos interessados poderiam intervir paritariamente na interpretação da Constituição (VESTENA, 2010, p. 103).

Em outro estudo, a respeito da audiência pública realizada por ocasião do julgamento da ADPF 54, Fragale Filho (2015, p. 533) compartilha a mesma crítica, afirmando que as audiências públicas “podem, eventualmente, contribuir para uma nova hermenêutica constitucional”. Porém, alerta que as audiências não são “espaços de abertura democrática e construção de legitimidade das decisões da corte (como parecem desejar alguns Ministros), mas elas se revelam como mais uma arena de discussão sobre disputas e controvérsias de forte apelo ético-moral”.

Buscando resgatar o caráter democrático da interpretação constitucional¹⁵⁶, audiências públicas fazem parte das iniciativas dialógicas que muitos tribunais, em diversos países, vêm utilizando. Gargarella (2014) afirma que tais novidades são bem-vindas, uma vez que propiciam novas formas de relacionamento entre os poderes e constituem instrumentos valiosos de intervenção judicial em termos de proteção dos direitos; também por revelarem-se preocupadas com a legitimidade democrática do processo de tomada de decisão. No entanto, alerta que essas iniciativas inovadoras – tomadas dentro do velho e tradicional modelo de freios e contrapesos– acabam por frustrar-se, muitas vezes não atingindo os efeitos esperados, ou são iniciativas isoladas.

O autor cita o exemplo da consulta aos povos indígenas na Colômbia, argumentando que não é possível asseverar que se trata de um Corte dialógica, mas de uma iniciativa dialógica, e que, naquele caso, a consulta restou frustrada ante seu caráter manipulativo. Assim, existem dúvidas acerca de considerar algumas iniciativas como genuinamente dialógicas, mesmo porque não há uma participação efetiva do povo, do cidadão, mas de elites que representam interesses envolvidos no processo objeto da consulta ou audiência:

¹⁵⁶ Superando a objeção da dificuldade contra majoritária e as críticas a respeito da legitimidade das decisões judiciais.

Como señalara A. Petter, “los teóricos del diálogo (han tendido a) exagerar la influencia de las legislaturas respondiendo a las decisiones judiciales...no todas las respuestas legislativas pueden considerarse instancias de genuino diálogo, y muchas pueden ser caracterizadas mejor como reflexiones sobre, más que como respuesta a, las normas judiciales” (Petter 2003, 8). De modo similar, Christine Bateup ha cuestionado el hecho de que algunos investigadores incluyan lo que son “simples rechazos a leyes impugnados, y enmiendas legislativas que incorporan meramente algunas sugerencias de los jueces como ejemplos de respuestas legislativas dialógicas” (Bateup 2007, 11). De forma aún más relevante, Bateup ha considerado “difícil describir a situaciones de ‘simple aceptación’ (por parte de la legislatura) como evidencia de un diálogo real e interactivo entre iguales”. Para ella, “este tipo de respuestas parecen más propias de la aquiescencia legislativa...con las decisiones judiciales” (Bateup 2011, 11; ver, también Hogg; Bushell & Wright 2007). Según la autora citada, críticas como las referidas, comunes entre los analistas de la materia, “ponen en cuestión la utilidad del concepto de diálogo entre distintas ramas de poder” (ibid., 12).¹⁴ Desde el ideal regulativo democracia deliberativa, no necesitamos decir que los “diálogos” que se describen no son tan perfectos como los que podría requerir el ideal en su forma más plena. Más bien lo contrario, señalaría que tales “diálogos” se parecen demasiado poco a lo que el ideal en cuestión calificaría como tal (GARGARELLA, 2014, p. 147).

Segundo Gargarella (2014, p. 148), refiriendo-se específicamente à audiência pública da saúde, realizada em 2009 no Brasil¹⁵⁷, não é possível afirmar que o STF seja uma corte dialógica, pelo contrário, continua reservando plena autoridade da decisão final e, refiriendo-se também à Colômbia e Argentina, afirma que “se trata de Cortes que eventualmente – y sin anticiarnos de cuándo, en qué casos, por qué razones – utilizan herramientas dialógicas”.

Conforme já referido na sessão 4 da tese, diante do número elevado de ações ajuizadas no âmbito da saúde, sobretudo em relação aos pedidos de fornecimento de medicamentos, nos dias 27 a 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, o STF realizou a audiência pública da saúde com intuito de orientar e subsidiar os juízes para o julgamento dessas demandas, bem como estabelecer parâmetros para o Judiciário como um todo¹⁵⁸.

Inobstante tratar-se de iniciativa louvável, que favorece a participação social e confere maior caráter democrático à decisão, a audiência merece algumas críticas em

¹⁵⁷ Las valiosas audiencias públicas convocadas por la justicia, en materia de salud, en Brasil; o en relación con la Ley de Medios, en la Argentina, terminaron desembocando en instancias típicas de decisionismo judicial, aunque abiertas, previamente, al reconocimiento de voces antes no escuchadas (GARGARELLA, 2014, p. 148).

¹⁵⁸ A audiência pública sobre saúde realizada no Supremo Tribunal Federal (STF) foi convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, com o objetivo de coletar subsídios para orientar as decisões da Corte. Os dados foram utilizados na análise de Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175 e 178, onde se discutia sobre o fornecimento de medicamento pelo Estado.

relação ao real impacto dessa iniciativa em relação à jurisprudência brasileira sobre o tema.

Diversos estudos a respeito da audiência da saúde foram realizados, destacando-se a opinião de Machado e Dain, que afirmam:

Embora o STF tenha dado pareceres favoráveis às demandas judiciais em saúde, isso não significa dizer que essa Corte está adentrando num limite autoimposto de atuação política. Destaca-se que suas discussões e proposições têm se limitado aos casos individuais, reforçando a perspectiva de apropriação individual de um direito que é coletivo (MACHADO; DAIN, 2012, p. 1035).

Também merece destaque o estudo de Valle e Camargo (2011), que veem na atuação posterior do CNJ, especialmente através da Recomendação nº 31, um dos grandes reflexos da audiência.

Camargo *et al.* analisam a audiência pública da saúde destacando que, por força do edital de convocação, foram priorizados os argumentos jurídicos e políticos (modelo Gilmar Mendes), percebendo-se “a inclinação de uma convocação de perfil político-institucional” (2014, p. 194).

Esses estudos permitem inferir que a audiência não conseguiu lograr o êxito esperado. De 2009 para cá, pouca coisa mudou. A pesquisa realizada na tese também revelou esse panorama: o número da litigância individual em matéria de saúde não diminuiu e os tribunais continuam deferindo esses pleitos em contraposição aos pedidos coletivos, ajuizados em número muito menor e com menor probabilidade de êxito.

Também as recomendações do CNJ parecem não ter muita aplicação prática. Em nenhum dos acórdãos analisados houve referência à audiência realizada em 2009, tampouco houve um diálogo com os gestores públicos. É certo que a audiência pública se referia às ações individuais que pleiteavam o fornecimento de medicamentos, mas, mesmo nesses casos, não se verificou grande impacto decorrente da audiência.

Essa realidade pode ser explicada pelo pouco envolvimento da sociedade no acompanhamento posterior dessas ações, conforme visto acima. Como são ações individuais, a sociedade não se mobilizou, não houve efetiva participação da população. Tendo em vista o modelo de convocação, gestores públicos e da área de saúde, representantes do Ministério Público, da Magistratura e da academia, representantes da indústria farmacêutica participaram em grande número das sessões, sendo a minoria

representantes da sociedade civil (usuários e ONGs ligadas à defesa dos direitos humanos).

Conclui-se, portanto, como já dito por Gargarella e verificado no estudo de Brinks e Gauri (antes referido), que a Suprema Corte brasileira não é uma corte dialógica e que esses espaços concedidos muitas vezes servem somente para propiciar uma legitimação jurídica da decisão. Se a situação não é favorável ao diálogo no Supremo, em relação aos Tribunais de segundo grau pode ser ainda pior, como demonstrou a pesquisa realizada na tese.

Entende-se, no entanto, que o Judiciário brasileiro pode adotar estratégias dialógicas como uma poderosa ferramenta que poderá contribuir, em todos os graus de jurisdição, para uma maior efetividade da decisão e participação democrática.

7 CONCLUSÃO

É fato que somente temas que suscitam debates acalorados, dúvidas e antagonismos justificam investigações profundas, como o que se propôs neste trabalho. Sabido que o cientista do direito não pode ficar silente diante da nova realidade que se apresenta, é necessário pronunciar-se sobre esses temas desafiadores. A efetividade dos direitos sociais é um desses temas sobre os quais ainda subsistem lacunas a serem preenchidas.

Nesse cenário, ganha ênfase a necessidade jurídica de propor uma solução efetiva para as violações aos direitos sociais, pois mesmo a sentença de procedência em casos estruturais não impede que o direito à saúde seja desrespeitado. Muitas vezes, a decisão não é cumprida ou o tempo para seu efetivo cumprimento é tão longo que a situação tutelada se altera de tal forma, tornando o comando judicial inócuo.

Atualmente, é necessário envidar esforços para que os direitos sociais – em especial o direito à saúde – sejam concretizados. Depois de uma fase de intensos estudos para demonstrar a importância da positivação desses direitos, atualmente o desafio é a efetiva observância dessas normas. Os exemplos da África do Sul, Colômbia e Brasil citados na tese revelam o desafio que se enfrenta nos dias atuais: o “descrédito do Judiciário, que decide, mas não se revelaria capaz de empreender ao *enforcement* de suas próprias decisões” (VALLE, 2013, p. 398).

Dessa maneira, o debate sobre a concretização dos direitos sociais revela-se necessário e urgente, especialmente quando se trata de direitos como a saúde, em que o fator tempo é fundamental. Assim, em relação a esse direito, a implementação de políticas públicas previstas constitucionalmente reveste-se não somente de uma imperatividade legal, mas decorre da própria essência do bem tutelado: a vida humana.

Se no Estado Constitucional vigora a centralidade da Constituição, é de todos os poderes a tarefa de dar efetividade aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional mediante a realização de políticas públicas. Por essa razão, diante da ineficiência ou omissão dos demais poderes, essa atribuição também passou a ser do Judiciário.

Assim sendo, pode-se afirmar que, no Brasil, assim como em muitos outros países, o Judiciário vem assumindo, ainda que de forma tímida, a tarefa de tentar

solucionar esses conflitos, em especial no âmbito da saúde. Também já foi dito que através das ações judiciais houve avanços significativos, como o fornecimento gratuito de remédios para os portadores de Aids.

No entanto, o momento atual apresenta novo desafio em relação às ações estruturais, em que se coloca em xeque a capacidade de implementação de políticas públicas pelo Estado. Se é certo que o Judiciário não tem como tarefa projetar políticas públicas, ele deve, no entanto, “confrontar as políticas assumidas com os padrões jurídicos aplicáveis e, no caso de haver divergências, reenviar a questão aos poderes pertinentes para que eles ajustem sua atividade”. Essa atuação judicial pode ser conceituada como “a participação em um ‘diálogo’ entre os distintos poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelos pactos de direitos humanos” (ABRAMOVICH, 2005, p. 205).

Quando a questão da implementação de políticas públicas de saúde for trazida à apreciação do Judiciário, como já discorrido na sessão 3.4, se faz necessária a intervenção do Judiciário, que poderá determinar medidas diversas, dependendo do caso de omissão ou ineficiência, para que os órgãos responsáveis a implementem. Essa intervenção deverá ocorrer dentro de um diálogo não só na fase cognitiva do processo judicial, mas também depois, na fase executiva.

Em outras palavras, uma vez que dificilmente se estará diante de uma total ausência de previsão legal de política pública de saúde, sendo mais frequentes os casos em que esta política é descumprida totalmente ou cumprida de forma ineficiente, a solução concreta desses conflitos dependerá do efetivo cumprimento da decisão. As teorias dialógicas permitem que o juiz ouça as partes não somente através das petições apresentadas, mas mediante contato direto com as pessoas físicas que representam os órgãos estatais (prefeitos, governadores, vereadores, organizações sociais) e demais pessoas que tenham interesse na demanda. Poderá ouvir técnicos (equipes multidisciplinares) e realizar audiências públicas (a população beneficiária local tem muito a dizer sobre como as políticas públicas de saúde específicas são realizadas e, conseqüentemente, pode otimizar melhor os benefícios destas), sempre com o objetivo de inteirar-se sobre a política pública e proferir uma decisão rente com a realidade (verificando a disponibilidade orçamentária, física, de recursos humanos do ente público).

As teorias poderão contribuir de forma fundamental no cumprimento de sentença, para a realização, no mundo empírico, do que foi determinado pelo magistrado (a constituição de equipes ou grupos para monitorar a execução da decisão, fomentando a participação popular, ou mesmo realizando o acompanhamento pelo juiz mediante o dever de prestar contas no processo pela parte condenada). Quando os atores locais – comunidade beneficiada – sentem-se ‘donos’ do objeto do litígio (ex: melhoria nas Unidades de Saúde), criam-se condições para que assumam a responsabilidade pela execução da decisão judicial, inclusive cobrando dos poderes públicos eventuais providências.

Desta forma, as teorias dialógicas preconizam uma intervenção judicial capaz de introduzir novas ideias e perspectivas, novas formas de equilíbrio do processo político, contribuindo também para o fortalecimento de espaços democráticos de participação popular.

No entanto, é preciso aqui fazer uma ressalva, trazida em importante reflexão de Valle a respeito dos riscos que o controle judicial de políticas públicas pode trazer: os efeitos da chamada regressão e os estereótipos culturais. Segundo a autora, deve-se evitar a “impressão (fantasiosa) de que o Judiciário possua respostas quanto à melhor maneira de concretizar direitos sociais”, o que poderia conduzir ou reforçar “ao imobilismo dos braços de poder político”, atraindo para si os resultados, inclusive os adversos (VALLE 2013, p. 397), ou ainda levar o agente político à inércia justamente porque esse comportamento pode ser o menos oneroso politicamente (DIXON, 2007). Outro risco que deve ser afastado diz respeito aos estereótipos que levam a crer que uma cidadania não organizada é incapaz “de tomar em suas próprias mãos os seus destinos, e participar mais ativamente na construção dos caminhos de solução para as profundas desigualdades” (VALLE, 2013, p. 398).

Esse alerta revela outro desafio: a utilização das teorias dialógicas pressupõe o debate público, a participação social e a postura aberta, receptiva dos Poderes instituídos para ouvir as vozes da sociedade. Sem essa postura, corre-se o risco de cair na mesma falha detectada nas audiências públicas, em que a abertura à participação democrática é meramente formal e as decisões das Cortes recebem as contribuições da sociedade de forma residual, ou apenas para corroborar um entendimento previamente concebido.

Nesse sentido, ainda seria importante formular outras mudanças, para tornar possível a aplicação da teoria.

Primeiramente, é necessário mudar a forma como o processo civil é concebido (e estudado) no Brasil: de um modelo adversarial (no qual as partes adversárias se posicionam de forma competitiva diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo) para uma postura dialógica (modelo cooperativo, no qual a condução do processo ocorre sem protagonistas. Impera o equilíbrio, a lealdade e o diálogo entre as partes e o juiz. Todos devem buscar o fim do processo).

Já há algum tempo, os processualistas¹⁵⁹ alertam para a necessidade do deslocamento da ênfase da solução do conflito do Poder Judiciário para as próprias pessoas envolvidas no litígio, tendo como marcos teóricos a cultura da pacificação, a democracia constitucional-deliberativa e a cooperação entre as partes.

Diante dessa nova realidade, o Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, trata do dever de cooperação ou colaboração entre as partes e o magistrado e vice-versa. Nos termos do art. 6º do Código, o objetivo é obter uma decisão *de mérito justa e efetiva*. Vê-se aqui uma premissa para que o processo civil atinja seus objetivos, quais sejam: análise da questão de fundo, obtenção de justiça e efetividade. O diálogo aparece no texto normativo como pressuposto inerente a essa cooperação processual.

Portanto, o primeiro passo a ser dado quando se trata da aplicação das teorias dialógicas é que os operadores do direito envolvidos, especialmente advogados e magistrados, concebam-na como uma ferramenta capaz de auxiliar na solução do conflito, mudando sua postura diante do processo. É de suma importância que se revisitem alguns conceitos jurídicos já cristalizados, que se permita uma abertura para novos mecanismos processuais. Ouvir as partes no processo, ouvir os eventuais interessados (*amicus curiae*) e atingidos pela decisão (numa espécie de audiência pública), fazer visitas no local a fim de conhecer a realidade (inspeção judicial) são técnicas já previstas na lei processual (não havendo necessidade de alteração legislativa) que podem auxiliar na tarefa decisória.

¹⁵⁹ Processualistas italianos (Piero Calamandrei e Mauro Cappelletti) de grande influência no direito processual brasileiro já afirmavam a necessidade de estabelecer novas formas de pacificação de litígios, fundadas na necessidade de diálogo, tais como a mediação e a conciliação.

Nesses processos, chamados estruturais, conforme observa Arenhart (2015, s/p), “objetiva-se decisões que almejam a alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição”. As questões típicas desses litígios

[...] envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. [...] Com esses instrumentos, enfim, vence-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos (ARENHART, 2015, s/p).

É importante destacar que a tutela convencional típica do modelo adversarial não será suficiente e eficaz para dirimir conflitos a respeito de políticas públicas na área de saúde. Termos extremamente técnicos muitas vezes impedem uma compreensão do magistrado acerca da realidade: auxílio de equipes interdisciplinares também poderão ser de grande valia¹⁶⁰.

No entanto, nada disso trará os resultados esperados se não houver uma mudança de comportamento das pessoas (e entidades, poderes) envolvidas. Então, além da utilização das teorias do diálogo, será necessário mudar, quebrar o paradigma processual, investindo-se na formação dos profissionais que atuam na área jurídica.

Com esse propósito, outras sugestões são trazidas para permitir que a teoria dos diálogos possa contribuir para a realização do direito à saúde mediante políticas públicas.

A **primeira** sugestão consiste numa reflexão sobre a formação acadêmica dos futuros operadores do direito. Nas universidades, verifica-se que não há ênfase na formação humana e na interdisciplinariedade. Disciplinas como a sociologia jurídica são ministradas ainda com foco na antiga sociologia, sem um olhar contemporâneo e local, o que não propicia a reflexão crítica sobre o direito apoiada na pesquisa empírica (somente a partir da análise empírica é possível a reflexão crítica e científica sobre o direito).

¹⁶⁰ Comentando a utilização de técnica semelhante no julgamento da “ACP do Carvão em Criciúma/SC”, Arenhart (2015) observa: “A participação de especialistas na área, por sua vez, oferece aos sujeitos do processo (aí incluído o juiz) contornos mais precisos do litígio e de possíveis soluções cabíveis. Essa intervenção é capaz, de um lado, de expor aspectos, problemas e interesses não percebidos inicialmente, quando do ajuizamento da causa. É também capaz de mostrar alternativas de composição do conflito que funcionou em conflitos semelhantes ou que possuam viabilidade técnica. Para admitir todas essas intervenções, são fundamentais, como já se observou, as audiências públicas”.

Importante destacar o papel da sociologia jurídica na possibilidade de se produzir uma reflexão local de leis abstratas. No entanto, devido à deficiência na formação de professores (FARIA; CAMPILONGO, 1991, p. 44), teorias críticas surgidas na América do Norte ou na América Latina, como as que são utilizadas neste trabalho, são desconhecidas e por isso não debatidas; tampouco os impactos das decisões judiciais são estudados (repercussões econômicas, políticas, sociais por serem fatores intimamente vinculados ao ambiente maior, que é a realidade social também são objeto de estudo da sociologia).

Em concreto, essa mudança no ensino jurídico possibilitaria uma abertura do direito ao estudo da realidade social e a partir daí uma maior harmonia entre interpretação constitucional e realização das decisões judiciais.

Dando sequência ao raciocínio anterior, a **segunda** sugestão diz respeito à formação dos juízes tal como já previsto na Recomendação nº 31 CNJ. Ultimamente, muito se fala na relação entre deficiência do ensino jurídico superior e má qualidade na formação dos magistrados (FRAGALE FILHO, 2010). Por outro, conforme já visto antes, o fenômeno da judicialização da política e o protagonismo do Judiciário (e dos juízes) geram uma visibilidade social e uma responsabilidade para a qual muitos magistrados não estão preparados.

Especialmente no âmbito das políticas públicas de saúde, o juiz precisa aprender a respeito do *policy cycle*, das responsabilidades de cada ator envolvido, conhecer a realidade (as políticas públicas existentes e já implantadas, se necessário com auxílio de técnicos de outros ramos do saber) para poder decidir de forma justa. Também é necessário repensar a forma tradicional de conceber o processo civil, utilizando mecanismos que possibilitem o diálogo institucional, como audiências públicas. Em sua obra sobre Judiciário e Saúde, Sabino (2016, p. 430) também alerta para a necessidade de os juízes que atuam na área de políticas públicas de saúde possuírem noções a respeito de Direito Sanitário, orçamento e administração públicos.

Não há dúvida de que os magistrados estão encarregados das funções de garantia, de efetividade dos direitos fundamentais e da observância da legalidade; necessário então conscientizá-los (e prepará-los)¹⁶¹ de sua importância para obtenção da

¹⁶¹ Importante registrar que o CNJ tem incentivado cursos de aperfeiçoamento para juízes e Propostas de melhoria na formação e atuação de juízes passam a fazer parte da série de estudos Justiça Pesquisa, promovida pelo Conselho.

justiça social (que responda às exigências dos tempos atuais) tal qual preconizado na Constituição Brasileira.

Em relação à pesquisa jurídica, uma **terceira** sugestão diz respeito aos dados disponibilizados pelos tribunais. A realização da pesquisa encontrou vários obstáculos já detectados na literatura sobre o assunto: a situação de não existir dados no órgão pesquisado (como no TJRR ou no TJPB em relação aos processos eletrônicos), a precariedade na sistematização dos dados.

Conforme alerta Vieira, o grande problema a partir disso

[...] é o fato de impedir uma visão panorâmica do sistema de justiça no Brasil. Quando vamos fazer uma pesquisa, temos muitas vezes que limitar a dois, três, no máximo quatro estados na pesquisa, sendo que isso poderia ser muito mais [...] representativo se houvesse outro tratamento dos dados por parte do sistema de justiça. Outro ponto é a ausência de normas-padrão de indexação. Isso também é uma situação que falta nos tribunais e que prejudica a realização de pesquisas (VIEIRA, 2013, p. 74).

Unificar bancos de dados dos tribunais e investir na informatização dos dados em todos os tribunais poderia contribuir para a realização de pesquisas mais completas. Como já discutido neste estudo e, reconhecendo que a informação é um fator preponderante para qualquer estratégia de participação social bem-sucedida, os tribunais deveriam adotar medidas específicas visando aprimorar sua política de informação e transparência.

Por derradeiro, um **quarto** ponto a sugerir diz respeito ao fortalecimento da cidadania, o que obriga a pensar como aumentar os mecanismos dialógicos entre as estruturas estatais e a sociedade civil.

Dentre algumas estratégias que poderiam ser também utilizadas no Brasil está a realização de pesquisas e treinamentos (oficinas) conjuntos entre governos (Estaduais, Municipais) e sociedade civil a respeito de políticas públicas. A criação de fóruns para discussão dos problemas de saúde nos moldes dos NAT's, com a participação da sociedade, a criação de comitês interinstitucionais de acompanhamento da implementação das decisões judiciais sobre políticas públicas de saúde, entre outros. Especialmente em relação ao direito à saúde, é importante que se deem instrumentos jurídicos e técnicos aos magistrados (não somente em relação ao fornecimento de medicamentos) para bem atuarem no sentido de prestar efetividade à decisão judicial.

Neste ponto, também é preciso frisar que, para que o diálogo se concretize, é necessário ainda uma vontade política das instituições, não necessariamente uma prescrição normativa ou de uma redefinição do desenho institucional por meio de modificações no texto constitucional.

Estas práticas levarão o governo e a sociedade civil a assumirem mais responsabilidades para com as políticas públicas e, assim, melhorarem o desempenho operacional dos mesmos.

Concluindo, o direito à saúde, inerente a todo ser humano, configura-se essencial para a execução de outros direitos, como por exemplo, no que diz respeito à efetivação de uma vida digna. Inicialmente concebido como direito fundamental de segunda geração, previsto em norma programática sem eficácia plena, porquanto para sua concretização se exigem prestações estatais, atualmente se reconhece sua fundamentalidade e eficácia imediata. Sem a efetivação do direito à saúde, diversos outros direitos são violados.

A positivação do direito à saúde na Constituição brasileira, dentro do capítulo dos direitos fundamentais, dispondo que sua implementação deve ocorrer por meio de políticas públicas, é reflexo de um movimento global de reconhecimento dos direitos. Por outro lado, superada a fase de reconhecimento, enfrenta-se a questão da transposição desses direitos para a realidade social.

No Brasil, o direito à saúde ainda não é uma realidade para todas as pessoas. Mesmo depois de 25 anos da criação do SUS – cujos princípios são a universalidade, a integralidade e a gratuidade – grande parte da população ainda tem seu direito violado. A crise do SUS não é mais novidade. Diversos são os fatores que podem explicar essa crise, desde questões relacionadas à má gestão, corrupção, crise econômica do país, crise política. Neste cenário, não causa espanto que houvessem consequências no âmbito jurídico. Explica-se: o direito à saúde é mais um dos direitos que vieram bater à porta do Judiciário, dentro de um fenômeno maior denominado judicialização.

A judicialização deve-se, entre outras razões trazidas na tese, à verdadeira crise de legitimidade vivida pelas democracias representativas. No Brasil, os órgãos legislativos (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais) figuram, em pesquisas recentes, entre as instituições que gozam de menor respeitabilidade

social. De outro lado, o Judiciário e sobretudo o Ministério Público (em parte devido à operação Lava Jato) ainda são depositários da confiança de parte da população¹⁶².

Nessa senda, o ajuizamento de ações cujo objeto é a realização de um direito social tornou-se uma realidade. No âmbito do direito à saúde, a judicialização teve início no final da década de 90 com os pedidos de remédios gratuitos para os portadores de HIV. De lá para cá, houve uma explosão no número de ações e, mais recentemente, os estudiosos do direito passaram a se preocupar com os reflexos dessas ações para as políticas públicas, uma vez que essas políticas também se tornaram objeto de questionamento judicial.

Em relação à intervenção do Judiciário em políticas públicas de saúde, várias objeções foram levantadas, especialmente ante a concepção tradicional da teoria da Separação dos Poderes estatais e seu caráter antidemocrático (vez que a atuação judicial invadiria as competências do Executivo e Legislativo que são eleitos popularmente). Também se questiona o controle judicial, pois a realização dessas políticas envolve a alocação de recursos públicos e a utilização da máquina administrativa estatal.

No entanto, ainda que restem superadas muitas das objeções levantadas, como visto neste estudo, não é possível deixar a tarefa da realização dos direitos fundamentais para os tribunais ou pelo menos não se pode colocar o Judiciário como protagonista desse processo de realização, na medida em que os tribunais não foram forjados para desempenhar esse papel, sobretudo por envolver a implementação de políticas públicas.

A tese propõe, com arrimo na teoria dos diálogos institucionais, que, em matéria de políticas públicas de saúde, a última palavra não deve ser do Judiciário, ou, pelo menos, não pode ser proferida pelo Judiciário sem a participação dos demais agentes interessados. Dito de outro modo, as cortes não devem agir isoladamente, desconsiderando as contribuições dos demais poderes e da sociedade civil.

Inserida no contexto do constitucionalismo popular, a teoria dos diálogos institucionais tem origem no constitucionalismo canadense, propondo um modelo de justiça dialógica, que suporta um diálogo entre os poderes públicos para fazer efetivas as

¹⁶² O Índice de Confiança Social (ICS) 2017, medido pelo Ibope Inteligência, revelou que, para a população brasileira, entre as instituições mais confiáveis estão o Corpo de Bombeiros, que ocupa essa posição há, pelo menos, sete anos; em segundo lugar as igrejas, seguidas pelas Forças Armadas e pelos meios de comunicação. Ministério Público e Judiciário ocupam a 11^a e 12^a posição respectivamente, numa lista de 20 instituições pesquisadas. Congresso Nacional, partidos políticos e a Presidência da República ocupam as últimas posições (IBOPE, 2017).

decisões judiciais de proteção aos direitos. Mesmo de origem estrangeira, sendo os principais teóricos de origem norte-americana com uma realidade socioeconômica diversa, a aplicação da teoria em países da América Latina, como o Brasil, caracterizados por profundas desigualdades sociais, é possível, desde que respeitadas as particularidades de cada sistema normativo.

Em terras brasileiras, observado o sistema de controle de constitucionalidade, a teoria dos diálogos pode ser aplicada especialmente em situações nas quais a participação dos demais atores institucionais é de fundamental importância para a eficácia da decisão judicial. Isto ocorre de modo especial com os direitos sociais, em que a aplicação do modelo processual clássico (individualista e adversarial) se mostra insuficiente.

Dentro da intervenção em políticas públicas, o Judiciário fará o trabalho de confrontar o desenho das políticas públicas assumidas com os standards jurídicos aplicáveis (Constituição) e, caso haja divergências, deverá corrigi-las ou reenviar a questão aos poderes pertinentes, para que realizem os ajustes necessários. A correção da política pública poderá ocorrer em qualquer fase do ciclo das políticas públicas, eis que o comportamento inconstitucional poderá também ocorrer em qualquer momento.

Por outro lado, a pesquisa realizada na tese mostrou que, em se tratando de casos (sentenças) estruturais em políticas públicas de saúde, apesar de já existir literatura sobre o tema, os tribunais de justiça estaduais brasileiros não aplicam a referida teoria, o que poderia ser extremamente salutar, considerando o ciclo das políticas públicas.

O estudo do *policy cycle* mostra que a elaboração e implementação das políticas públicas não é tarefa exclusiva do Executivo, podendo haver a participação e o diálogo da sociedade e dos demais poderes, conforme dito acima. Já na primeira fase (identificação do problema e sua inclusão na agenda pública) se o problema de saúde existente não está previsto em nenhuma política pública, o Judiciário poderá instar o poder estatal competente a suprir essa omissão.

Também na segunda fase do ciclo (formulação da política pública), a intervenção judicial poderá se fazer presente, expedindo ordens para reformular ou fazer cumprir uma política já existente. Na fase de implementação, especialmente as sentenças estruturais (ordens concretas, medidas a serem adotadas pelos governos), a intervenção judicial é importante para assegurar a participação popular e o futuro cumprimento da

decisão. Medidas (ex. audiências públicas) podem ser tomadas a fim de assegurar o envolvimento da população para fazer pressão sobre as entidades estatais, para que realizem ações concretas e assim promovam o efeito de desbloqueio das políticas públicas. Isso porque, ainda que o Judiciário profira uma decisão favorável às ações em que se discutem a implantação/execução de políticas públicas de saúde, como demonstrado na pesquisa, a efetiva concretização do comando judicial necessitará da participação de outros atores sociais.

Na pesquisa realizada, percebeu-se que a concretização de um diálogo institucional ainda está distante de uma realidade, sendo necessário que todos os atores institucionais estejam dispostos (vontade política, cultura do diálogo) a entrar num colóquio efetivo. Pode-se concluir que o debate no atual modelo de materialização dos direitos constitucionais sociais com a intervenção do Judiciário gira em torno da criação de espaços que permitam a criação de novas formas de participação social. Não há dúvidas que, quanto maior a participação por parte dos atores (governo, sociedade civil), principalmente beneficiários locais, com o diálogo, certamente haverá maior controle social e melhor capacidade de monitoramento das políticas públicas.

Por fim, destaca-se que a questão da saúde no Brasil merece um repensar, trilhar novos caminhos e buscar novas experiências para que se afaste a ideia de um problema eterno, sem solução, tal como referido no título da tese.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 189-223, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.
- ABRAMOVICH, Víctor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. (Comp.). **La revisión judicial de las políticas sociales. Estudios de casos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, Valencia, n. 4, 2001. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2016.
- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do estado democrático de direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. Prefácio. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Editora RENOVAR, 2001.
- ANTEZANA, Natália Latino. **A ambiguidade no processo de implementação de políticas públicas**. 2013. xv, 215 f., il. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13785/1/2013_Nat%20AlliaLatinoAntezana.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.
- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: Lucia Avelar; Antonio Octavio Cintra. (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; Editora UNESP, 2007, p. 81-115.

ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**: RPC, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BALESTRA NETO, Otavio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v.16, n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

BAQUERO, Marcello. Democracia formal, cultura política informal e capital social no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 14, n. 2, p. 380-413, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v14n2/05.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F.; SCHWARTZ, G. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013.

BARBOSA, Claudia Maria; PAMPLONA, Danielle Anne. A judicialização da política e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista Paradigma**. Ano X, n. 18, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/43/50>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, jan. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**, Ano 1, n. 1, jul./dez. 2008a. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outras/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. **Informativo Migalhas**, 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 197, fev. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46330/46902>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BATEUP, Christine A. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 11. 2005. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp>. Acesso em: 13 set. 2015.

BATEUP, Christine A. **Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights Express**. 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/christine_bateup/1/>. Acesso em: 13 set. 2015.

BATISTELLA, Carlos. Abordagens contemporâneas do conceito de saúde. In: FONSECA, Angélica Ferreira; CORBO, Anamaria D'Andrea (Orgs.). **O território e o processo saúde-doença**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtsp/index.php?livro_id=6&area_id=4&autor_id=&capitulo_id=14&arquivo=ver_conteudo_2>. Acesso em: 20 mai. 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, n. 201, jan./mar. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502953/001002780.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERTOLOZZI, Maria Rita; GRECO, Rosangela Maria. As políticas de saúde no Brasil: reconstrução histórica e perspectivas atuais. **Rev. Esc. Enfermagem USP**, v.30, n.3, p. 380-98, dez. 1996. Disponível em: <<http://www.ee.usp.br/reeusp/upload/pdf/356.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BLANDÓN, Luisa Fernanda Cano. Control constitucional y políticas públicas ¿fortalecimiento o riesgo para la democracia? In: BRAND, Mario Montoya; RESTREPO, Nataly Montoya. (Ed.). **Reflexiones Constitucionales: A Propósito De Dos Décadas De La Constitución En Colombia**. Colombia: Editorial Universidad Eafit, p. 267-297, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/31634393/Corte_Constitucional_y_pol%C3%ADticas_p%C3%ABlicas_fortalecimiento_o_riesgo_para_la_Democracia>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BLANDÓN, Luisa Fernanda Cano. La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Papel Político**. Bogotá (Colombia), v. 19, n. 2, p. 435-458, julio-diciembre 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v19n2/v19n2a04.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. reimp. . Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & justiça**, n. 3, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 13-38, July 2009. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13144>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo - o ativismo judicial. In: FELLET, André Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivum, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. The Impact of Legal Strategies for Claiming Human Rights. In: HAGLUND, L.; STRYKER, R. (Ed.). **Closing the Rights Gap: From Human Rights to Social Transformation**. Oakland, CA: University of California Press, 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/290300233_The_Impact_of_Legal_Strategies_for_Claiming_Economic_and_Social_Rights>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CÂMARA dos Deputados, Brasília. Agência de Notícias. **Saúde públicas no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes**. p. 08.01.2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe *et al.* As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do; MARQUES, Gabriel Lima. (Org.). **Democracia e suas instituições**. 1.ed. Rio de Janeiro: IMOS, 2014. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Margarida-Siddharta-Rodrigo-As-audi%C3%A2ncias-p%C3%ABlicas-no-STF-nos-modelos-Gilmar-e-Fux.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte norte-americana. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa –RIDB**, Ano 2, n. 6, 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/06/2013_06_04693_04741.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2015.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: um novo modelo de jurisdição. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, USP, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. E-book.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da AJURIS**, v. 43, n. 140, 2016. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/428/Ajuris_140_DT6>. Acesso em: 15 set. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23.ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Lumen, 2010.

CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Rev. Sociol. Política**, Curitiba, n. 28, p. 161-179, jun. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782007000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 jun. 2016.

CARVALHO, Cristiano. A Análise Econômica do Direito Tributário. In: _____. **Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Keynes e o Brasil. **Econ. soc.**, Campinas. v. 17, n. spe, p. 569-574, Dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182008000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 Apr. 2016.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia - soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 159-174, jan. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24214/22987>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

CITTADINO, Gisele Guimarães; SILVEIRA, Helena Colodetti G. Separação de Poderes no Brasil Contemporâneo. **Boletim CEDES**, v. 1, p. 07-11, 2013. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/abril_2013/Separacao_de_Poderes_no_Brasil_Contemporaneo.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31/2010**. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 107/2010**. 2010a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015.

CENTRO COCHRANE DO BRASIL. **Revisões Cochrane**. 2009. Disponível em: <<http://www.centrocochranedobrasil.org.br/revisoes.html>>. Acesso em: 03 dez. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 40. 2001. Disponível em:

<<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1214/1147>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

CONASS – Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. **Para entender o Pacto pela Saúde**. v. I. Nota técnica 06/2006. Disponível em: <<http://200.18.45.28/sites/residencia/images/Disciplinas/Nota%20Tcnica%20CONASS%20-%20Pacto.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. E-book.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. 2007. **STJ Biblioteca Jurídica BDJur**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

DI GIOVANNI, Geraldo. Estruturas Elementares das Políticas Públicas. **Cadernos de Pesquisa**, NEPP/UNICAMP, n. 82, 2009. Disponível em: <<https://observatorio03.files.wordpress.com/2010/06/elementos-das-politicas-publicas.pdf> 31 mar. 2016>. Acesso em: 08 abr. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v.5, n.3, 2007. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/5/3/391/647381/Creating-dialogue-about-socioeconomic-rights>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

FANTI, Fabiola. **Políticas de saúde em juízo**: um estudo sobre o município de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, Brasil, n. 21, p. 12-21, may 1994. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>>. Acesso em: 28 set. 2017.

FRAGALE FILHO, Roberto. Aprendendo a ser juiz: A contribuição de uma escola judicial. **Revista Ética e Filosofia Política**, v.2, n.12, jul. 2010. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/06/12_2_fragale5.pdf. Acesso em: 29 ago. 2017.

FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, n. 6, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19230/14049>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**, n. 21, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.pgedf.ufpr.br/downloads/Artigos%20PS%20Mest%202015/ELS/FM-KLAUS%20FREY%20%20FM%202.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos** – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 6, p. 55-70, abr. 1997. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del “constitucionalismo popular”. **Revista de Libros**, Derecho, 112. 2006a. Disponível em: <http://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismopopular>. Acesso em: 15 ago. 2017.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. (Org.). **Filosofia política modern: De Hobbes a Marx**.

CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006b. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____ (Org.). **Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2014.

GARGARELLA, Roberto. Diálogo con Roberto Gargarella sobre Constitucionalismo popular. **Jura Gentium Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global**. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freeoter.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; LUCON, Paulo H. dos S.; WATANABE, Kazuo. **PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional**. São Paulo: CONJUR, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional#author>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo**, v. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília UnB, 2009. Disponível em: <http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/10/docs/do_sonho_do_progresso_as_politicas_de_desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2016.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Constitutional Theocracy. Cambridge e London: Harvard University Press, 2007.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mar. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e Políticas (Públicas) Sociais. **Cadernos Cedes**, ano XXI, n. 55, nov./2001. Disponível em: <http://scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539_31mar.2016>. Acesso em: 08 abr. 2016.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IBOPE INTELIGÊNCIA. **ICS (Índice de Confiança Social)**. Brasil. 2017. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/confianca-no-presidente-governo-federal-e-congresso-nacional-e-a-menor-em-9-anos/>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

KITCHENHAM, Barbara.; CHARTERS, Stuart M. **Guidelines for performing systematic literature reviews in software engineering, Technical Report**. Keele University and Durham University Joint Report, 2007. Disponível em: <<https://userpages.uni-koblenz.de/~laemmel/ese/course/slides/slr.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

KITCHENHAM, Barbara. **Procedures for Performing Systematic Reviews**. Joint Technical Report TR/SE-0401. Software Engineering Group, Department of Computer Science, Keele University, Australia, 2004. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.122.3308&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Debora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Revista Lua Nova**, n. 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em: 03 out. 2015.

KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 mai. 2017.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. **Sur, Revista internacional direitos humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 98-133, Dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200006&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 01 jun. 2017.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Três “por quês” à jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas? **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 6-25, jul. 2012. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/2686/2265>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 24 de set. 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais pelo poder judiciário: o Projeto de Lei n. 8.058/2014 e os desafios em sede de controle jurisdicional de políticas públicas. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S.l.], v. 17, n. 3, p. 993-1012, dez. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9817>>. Acesso em: 30 out. 2017.

LECLAIR, Jean. Reflexões críticas a respeito da metáfora do diálogo no direito constitucional canadense. **Revista Forense**, v. 106, n. 412, Rio de Janeiro: Forense, nov./dez. 2010.

LIMA, Nisia Trindade. O Brasil e a Organização Pan-americana da Saúde: uma história em três dimensões. In: FINKELMAN, Jacobo (Org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

LIMA PAES, Carolina Bastos. A judicialização de direitos econômicos, sociais e culturais: alguns parâmetros para a atuação do poder judiciário. **REVISTA DA AGU**, [S.l.], may. 2016. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/648/677>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

LOURENÇO, Luciana de Fátima Leite; DANCZUK, Rutes de Fátima Terres; PAINAZZER, Daiany; PAULA JUNIOR, Newton Ferreira; MAIA, Ana Rosete Camargo Rodrigues; SANTOS, Evanguelia Kotzias Atherino dos. A Historicidade filosófica do Conceito Saúde. **Rev. História da Enfermagem**. v. 3. n 1, 2012. Disponível em: <<http://www.here.abennacional.org.br/here/vol3num1artigo2.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

LUNA, Erik. Constitutional Road Maps. **Journal of Criminal Law and Criminology**. v. 90, n. 4, 2000, Disponível em:

<<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=7061&context=jclc>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIND, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública – RAP**, n.46, jul./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=241023220006>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 73-91, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13118>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p. 29-64, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil A. Participação política e desenho institucional: uma proposta para a concepção de mecanismos participativos. **Ciências Sociais Unisinos**, v. 46, n. 2, p. 140-151, 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/478/74>. Acesso em: 24 ago. 2016.

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, 2002. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=330266>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

MARTINS NETO, João dos Passos; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. Do Estado de Direito ao Estado de Justiça. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 309-334, dez. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p309>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Judicialización de las políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la ciudad de Buenos Aires. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura. (Comp.). **La revisión judicial de las políticas sociales. Estudios de casos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/fev. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/75519/79077>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Audiência pública tornou-se instrumento de legitimidade. **Revista Consultor Jurídico**, 4 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 134, abr./jun. 1997. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/220/r134-02.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

MERCADANTE, Otávio Azevedo (Org.). Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: FINKELMAN, Jacobo (Org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999. Disponível em: <<http://press.princeton.edu/chapters/s6759.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

MIRANDA, Jorge. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 21, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_61.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3.ed.rev.ampl.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A análise das políticas públicas**. Trad. Agemir Bavaresco e Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002.

NASCIMENTO, Beatrice Laura Carnielli. **A reforma universitária de 1968**: origem, processo e resultados de uma política pública para o ensino superior. 1991. Tese (Doutorado) – UFRJ, Rio de Janeiro, 1991.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OPAS/OMS (Organização Pan-Americana da Saúde/ Organização Mundial da Saúde). **Declaração de Alma-Ata**. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários em Saúde. 1978. Disponível em: <<http://www.opas.org.br>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do Ministro Luís Roberto Barroso. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

PANDOLFO, Mércia; DELDUQUE, Maria Célia; AMARAL, Rita Goreti. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. **Rev. salud pública**, Bogotá, v. 14, n. 2, p. 340-349, Apr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-00642012000200014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado nos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. **Lua Nova - Revista de Cultura Política**, n.45, 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n45/a04n45.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

PEREIRA, Naira Michelle Alves; SILVA, Jonathas Luiz Carvalho. Uma reflexão sobre políticas públicas: fundamentos de origem e percepções conceituais. **Interface**, v. 11, p. 6-27, 2014. Disponível em: <<http://ccsa.ufrn.br/ojs/index.php?journal=interface&page=article&op=view&path%5B%5D=442>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/216509776/los-derechos-fundamentales-Antonio-Perez-Luno>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur, Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 abr. 2016.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Buenos Aires: SigloVeinteuno Editores, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque; ALVES, Robson Cosme de Jesus. O ementário jurisprudencial como fonte de pesquisa: uma análise crítica a partir dos dados obtidos no estudo “A prática judicial do habeas corpus em Sergipe (1996-2000)”. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, p. 140-153, jan. 2014. Disponível

em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/11/11>>. Acesso em: 06 out. 2016.

RIANI, Frederico Augusto d'Avila. Constituições Programáticas, Funções Estatais, Políticas Públicas e a (In)competência do Judiciário. **Sequência**, Florianópolis, n. 66, p. 137-160, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/06.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

RIBAS, Giovanna P. Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedades**, Rio de Janeiro, n. 44, 2014. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/378>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de doutrina TRF4**. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html>. Acesso em: 23 jan. 2016.

RISI JUNIOR, João Baptista; NOGUEIRA, Roberto Passos. Condições de Saúde no Brasil. In: FINKELMAN, Jacobo (Org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

ROSSI, Amélia Sampaio; GOMES, Eduardo Biacchi. Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, mar.2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/221/157>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: Democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? **Nomos**, Fortaleza, v. 33, p. 13-30, 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/986/957>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. **Para aprender políticas públicas – Unidade I – As diferentes conceituações de políticas públicas**. [S.l., s.n.], [2013?]. Disponível em: <http://igepp.com.br/uploads/ebook/para_aprender_politicas_publicas_-_unidade_01.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2016.

RUA, Maria das Graças. Análise de Políticas Públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, M. Izabel. **O estudo da política: tópicos selecionados**. Brasília: Paralelo 15, 1998. Disponível em: <<http://portal.mda.gov.br/o/1635738>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília: CAPES: UAB, 2009. Disponível em: <http://www.moodle.fmb.unesp.br/file.php?file=%2F175%2Farquivos%2FMaterial_de_estudo%2FPolíticas_Publicas.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2016.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **Saúde & Judiciário**. A atuação judicial. Limites, excessos e remédios. Curitiba: Juruá, 2016.

SADEK, Maria Tereza. O poder Judiciário na reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação**. UNESP/ENAP, 2001. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=lkAOADSZ4E0C&pg=PA297&lpg=PA297&dq=transforma%C3%A7%C3%A3o+do+poder+judici%C3%A1rio&source=bl&ots=QOsI_zvTAv&sig=TSXLudpZtajTz8_baCFIMyarHh8&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiz_-666svNAhWckJAKHYa8Ci0Q6AEISTAK#v=onepage&q=transforma%C3%A7%C3%A3o%20do%20poder%20judici%C3%A1rio&f=false>. Acesso em: 24 jun. 2016.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. E-book.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos). **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Norteamérica, 44, dic. 2010. Disponível em: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/516/606>>. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Imprensa: Porto Alegre, S. A. Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29 - 44, nov. 2013. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 2016?. Disponível em: <<http://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, [S.l.], v. 8, n. 14, p. 19-51, abr. 2017. ISSN 2358-601X.

Disponível em:

<http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/4662/3017>. Acesso em: 20 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de doutrina da 4ª Região**, 2008. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas. Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. 2.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SGARBOSSA, Luis Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v. 1. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* **Diálogos institucionais e ativismo**. 1. ed. 2. reimpr., Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47 n. 187, jul./set. 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198698/000897822.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34.ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, n.4-23-51, out./dez., 2006. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/4144/2927>> Acesso em: 16 fev. 2017.

SOTO, Raúl Allard; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ZELADA, Liliana Galdamez. El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 14, n. 1, p. 95-138, jul. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2017.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n.16, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 22., UNICURITIBA. Acesso à Justiça II. Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Fernanda Tartuce Silva. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Lei das Políticas Públicas é “Estado Social a golpe de caneta?” **CONJUR**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>>. Acesso em: 5 set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**. Why liberty depend on taxes. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. John M. Olin Program. **Law and Economics Working Paper**, n. 124, 2001. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1454&context=law_and_economics>. Acesso em: 17 set. 2016.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012. Disponível em:

<<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/02.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 abr. 2017.

TORRENS, Antonio Carlos. Poder Legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 197, p. 189-204, jan./mar. 2013. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496980/000991334.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 617-648, oct. 2005. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/3/4/617/792021>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

TREVISAN, Andrei; VAN BELLEN, Hans Michael. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro: FGV, maio/jun. 2008, p. 529-550. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a05v42n3.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, Chester Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 11, n. 3, p. 13-31, feb. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio; SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo cooperativo ou supremacia do judiciário?** In: CONPEDI, 18., São Paulo, 2009. Disponível em:

<https://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/constitucionalismo_cooperativo_ou_supremacia_do_judiciario2.doc>. Acesso em: 22 mai. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista de Direitos Fundamentais e**

Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/420/348>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil (A study about the conditions that make it possible). **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, Dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2016.

VEÇOSO, Fábila Fernandes Carvalho Veçoso *et al.* A pesquisa em Direito e as bases eletrônicas de julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, (Brazilian Journal of Empirical Legal Studies), v. 1, n. 1, p. 105-139, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/10/10>>. Acesso em: 07 out. 2016.

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7832/DMPPJ%20-%20CAROLINA%20ALVES%20VESTENA.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 22 mai. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck. O terceiro poder na carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (Org.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Hucitec, 2008. Disponível em: <<http://www.intranet.novo.ibmecrj.br/intranetaluno/download.php?recid=423>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck. Juízes e Judiciário: tópicos para uma discussão. **Boletim Cedex**, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedex/PDF/abril_2013/Juizes_e_Judiciario.pdf>. Acesso em: 07 out. 2016.

VIEIRA, José Ribas. Verso Reverso - A judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil. **Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, p. 45-58, 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.

VIEIRA, Marcelo. Mesa de debates 3: a pesquisa em direito na concepção de políticas públicas. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. (Orgs.). **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_pesquisa_empirica_direito.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2017.

WANG, Daniel Wei L. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, Oct. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-

76122014000500006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 abr. 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 1995.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos; PAMPLONA, Danielle Anne. Judicialização da saúde e orçamento público. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, p. 92-117, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6498/4665>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Reflexões acerca da justiciabilidade dos direitos sociais e da dificuldade de sua concretização. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 2, n.2., 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/1560/pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

JURISPRUDÊNCIA PESQUISADA

BAHIA, Tribunal de Justiça da Bahia. 2ª Câmara Cível. **Apelação nº 00006198920098050036**. Apelante: Município de Caetité, Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator Regina Helena Ramos Reis. P. 12/02/2015. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml;jsessionid=12-Z6qYU9cB4qIyFAzakEYVt>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 482.611/SC**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Recorrido Município de Florianópolis. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23/03/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+482611%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/b94atft>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**, Argdo.: Presidente da República; Argte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1439 DF**, Reqte.: Partido Democrático Trabalhista - PDT e Outros Reqdo.: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Mello. J. 22.05.1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347058>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17.03.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo ARE 639.337 AgR/SP**, Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 15.9.2011 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF – Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Interessados: Estado do Acre e outros. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 740800 AgR /RS**, Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5017787>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 763.667 CE**. Recorrente: Estado do Ceará. Recorrido: Ministério Público do Estado do Ceará. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5034270>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar SL 47 AgR**, Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE nº 581.488 RS**. Recorrente: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Município de Canela. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno,

julgado em 03/12/2015, DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>.

Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE nº 642.536 AM.**

Recorrente: Estado do Amapá. Recorrido: Ministério Público do Estado do Amapá.

Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, DJe-038

DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013 Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>.

Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105**

DF, Reqte.: Partido Solidariedade. Reqdo.: Presidente da República. Rel. Min. Luiz

Fux. J. 01.10.2015. DJe 16.03.2016. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>.

Acesso em: 24 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp nº 1068731 RS.**

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do

Rio Grande do Sul. Relator Min. Herman Benjamin. J 17/02/2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequecial=12839194&num_registro=200801379303&data=20120308&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 24 ago. 2016.

MARANHÃO, Tribunal de Justiça do Maranhão. 3ª Câmara Cível **Apelação nº**

0000435-75.2012.8.10.0041. Apelante: Estado do Maranhão Apelado: Ministério

Público Estadual. Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto J.

19/08/2016, DJe 26/08/2016.

MARANHÃO, Tribunal de Justiça do Maranhão. 3ª Câmara Cível. **Agravo de**

Instrumento n 047238/2015 (0008471-30.2015.8.10.0000) - Agravante: Estado do

Maranhão, Agravado: Ministério Público Estadual, Relator: Des. Cleones Carvalho

Cunha., julgado em 26/11/2015, DJe 02/12/2015.

MARANHÃO, Tribunal de Justiça do Maranhão. 5ª Câmara Cível. **Agravo de**

Instrumento Nº 008121/2015. Agravante: Estado Do Maranhão, Agravado: Ministério

Público Estadual. Relatora: Desa. Maria Das Graças De Castro Duarte Mendes. J.

12/11/2015.

MARANHÃO, Tribunal de Justiça do Maranhão. 2ª Câmara Cível. **Agravo de**

Instrumento Nº 40.039/2014. Agravante: Município de São Luís. Agravado: Ministério

Público Estadual e Estado do Maranhão. Relator: Des. Antonio Guerreiro Júnior. J.

23/06/2015. <http://www.arquivojudicial.com/processo/cC0yej7Js/> Acesso em: 08 mar.

2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 2ª Câmara Especializada Cível. **Remessa**

Necessária Nº 0001741-76.2015.815.0351. Autor: Ministério Público do Estado da

Paraíba. Réu: Município de Sapé, Relator Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, j. em 25-10-2016. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/11/1/0bfdcdcf-aa5d-4d1a-9b3a-57a4d6f611dd.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 2ª Câmara Especializada Cível. **Reexame Necessário e Apelação N. 0001386-98.2013.815.0751**, Apelante: Estado da Paraíba. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Rel. Juiz Tercio Chaves de Moura j. em 02-08-2016. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/8/24/ce9dc9c2-906b-4000-8c43-ae95b7c9e7b8.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 1ª Câmara Especializada Cível, **Remessa Necessária N° 0001342-79.2013.815.0751**. Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba. Interessados: Município de Bayeux e Secretaria de Saúde do Município de Bayeux. Rel. Juiz Conv. Aluizio Bezerra Filho, j. em 05-07-2016.: Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/7/11/841a96f6-7a3a-4793-a119-c47da7eaaad63.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 3ª Câmara Especializada Cível. **Apelação Cível nº 00014163620138150751**. Apelante: Município de Bayeux, Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. J. 23-02-2016. Rel.: Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/2/26/7ee3b001-ee01-4006-880b-1a718cd1b1fc.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 2ª Câmara Especializada Cível. **Apelação Cível N° 0000104-87.2015.815.0061**. Apelante: Ministério Público do Estado da Paraíba. Apelado: Município de Riachão., Relator Juiz Conv. Miguel de Britto Lyra Filho, j. em 03-11-2015. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/11/6/5f611954-97dc-4849-a733-1fe8174664f4.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. **Apelação e Remessa oficial nº 0001800-96.2013.815.0751**. Apelante: Município de Bayeux. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. 2ª Câmara Especializada Cível, Relator Juiz Conv. Miguel de Britto Lyra Filho, j. em 06-10-2015. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/10/9/fdd42652-5855-4b08-9d16-f7bb6b58736a.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 4ª Câmara Especializada Cível. **Apelação e Remessa Necessária N° 0001364-40.2013.815.0751**. Apelante: Município de Bayeux. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba., Relator Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, j. em 29-09-2015. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/9/30/640f9d6e-957b-4149-97a0-f5315a5df2d3.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 1ª Câmara Especializada Cível. **Apelação Cível e Remessa Necessária Nº 0001418-06.2013.815.0751**; Apelante: Município de Bayeux. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba., Relator Des. Leandro dos Santos, J. em 25-08-2015). Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/9/1/dee33f32-52b0-4d4c-b1df-50041e88f8a7.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 4ª Câmara Especializada Cível. **Remessa Oficial nº 0000809-28.2013.815.0911**. Promovente: Ministério Público do Estado da Paraíba Promovido : Município de São José dos Cordeiros., Relator Des. Frederico Martinho da Nobrega Coutinho, j. em 26-05-2015. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/5/28/31ccc9f6-7d58-4836-b8f5-ddb56a6dfc90.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARAÍBA, Tribunal de Justiça da Paraíba. 4ª Câmara Especializada Cível. **Remessa Oficial Nº 0001460-55.2013.815.0751**. Autor: Ministério Público Estadual Réu: Município de Bayeux. Relator Des. João Alves da Silva, J. em 12-05-2015. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/5/18/dd57b488-b29a-47a1-b342-e58549dfed99.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 4ª Câmara Cível. **Apelação nº 1525591-3**. Apelante Estado do Paraná, Apelado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Regina Helena Afonso de Oliveira Portes, j. 27/09/2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12242442/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1525591-3>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 5ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 1498108-9**. Agravante Ministério Público do Estado do Paraná, Agravado GERD Treintinger e Companhia Ltda. Relator: Carlos Mansur Arida, j. 30/08/2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12225613/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1498108-9>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 5ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 1346155-3**. Agravante Estado do Paraná, Agravado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Nilson Mizuta, j. 16/08/2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12223300/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1346155-3>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 5ª Câmara Cível. **Apelação nº 1315721-4**. Apelante Município de Foz do Iguaçu, Apelado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Carlos Mansur Arida, j. 01/12/2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12056142/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1315721-4>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 5ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 1348031-6**. Agravante Município de Foz do Iguaçu, Agravado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Nilson Mizuta, j. 25/08/2015. Disponível em:

<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11983240/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1348031-6>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 5ª Câmara Cível. **Apelação nº 1363561-5**. Apelante Estado do Paraná. Apelado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Nilson Mizuta, j. 14/07/2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11959100/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1363561-5>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 4ª Câmara Cível. **Apelação nº 1315148-5**. Apelante Município de Paranaguá, Apelado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Regina Helena Afonso de Oliveira Portes, j. 31/03/2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11883815/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1315148-5>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 4ª Câmara Cível. **Apelação nº 1281179-3**. Apelante Ministério Público do Estado do Paraná, Apelado Estado do Paraná. Relator: Hamilton Rafael Marins Schwartz, j. 17/03/2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11876647/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1281179-3>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 5ª Câmara Cível. **Apelação nº 1281371-7**. Apelantes Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Paranapanema – CISMEPAR e Estado do Paraná, Apelado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Nilson Mizuta, j. 27/01/2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11828813/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1281371-7>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 5ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 1233930-9**. Agravante Estado do Paraná, Agravado Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Carlos Mansur Arida, j. 27/01/2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11833992/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1233930-9>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Público. **Apelação nº 0000145-63.2014.8.26.0035**. Apelante Prefeitura Municipal Da Estancia De Aguas De Lindoia, Apelado Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relator: Marcelo Berthe, j. 15/06/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8546833&cdForo=0>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Público. **Apelação nº 18/1002758-14.2015.8.26.0032**. Apelante Ministério Público Do Estado De São Paulo; Apelado Prefeitura Municipal de Araçatuba. Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, j. 07/11/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9962066&cdForo=0>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

ANEXOS

ANEXO I
ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
SÃO PAULO (TJSP)

Pesquisa realizada nos dias 08 a 24 de março 2017 no site <www.tjsp.jus.br>

PROCESSO 1- 0000145-63.2014.8.26.0035 Apelação

Relator(a): Marcelo Berthe

Comarca: Águas de Lindóia

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 15/06/2015

Data de registro: 17/06/2015

Link para inteiro teor: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=8546833&cdForo=0>

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL. PRESTAÇÃO DE ATENDIMENTO MÉDICO INTEGRAL. PREFEITURAS MUNICIPAIS. 1. Preliminares afastadas. 2. Dever constitucional do Estado, em seu sentido amplo, de proporcionar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para garantia do direito à saúde, conforme determina o artigo 196 da Constituição Federal. Necessidade de proteção do bem maior que é a vida. 3. Responsabilidade solidária dos entes da federação. Precedentes. 4. Obrigação dos municípios em fornecer atendimento integral e apto a garantir o direito à saúde dos munícipes, diretamente ou por terceiros. Artigo 197 da Magna Carta. 5. Possível a aplicação de multa diária pelo descumprimento, a fim de garantir aquilo que foi determinado. 6. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso desprovido

PROCESSO 2- 18/1002758-14.2015.8.26.0032 Apelação /

Relator(a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Comarca: Araçatuba

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 07/11/2016

Data de registro: 09/11/2016

Link para inteiro teor: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9962066&cdForo=0>

Ementa: Ação civil pública. Araçatuba. Reforma e adequação de unidade de saúde. Relatórios da ANVISA e do CREMESP desprovidos de força probatória presuntiva inerente aos atos administrativos. Descumprimento do ônus da prova relativamente às irregularidades apontadas. Óbice da discricionariedade administrativa verificado. Registro não impugnado de ações administrativas saneadoras. Inexistência de prova de omissão na concretização da política pública de saúde. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.

PROCESSO 3. 53/0010153-26.2013.8.26.0297 Apelação / Saúde

Relator(a): Rebouças de Carvalho

Comarca: Jales

Órgão julgador: 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Data do julgamento: 13/06/2016

Data de registro: 14/06/2016

Link para inteiro teor: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9514245&cdForo=0>

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE JALES
Contratação de médicos especializados em ginecologia/obstetrícia em quantidade suficiente para possibilitar o atendimento em plantão presencial, 24 (vinte e quatro) horas por dia, todos os dias da semana Inexistência de qualquer prova ou indício de que o atual sistema de plantões da Santa Casa cause algum prejuízo à coletividade ou à saúde pública Ausência, ademais, de dever legal ou contratual que obrigue a requerida a manter plantões presenciais na área de ginecologia e de obstetrícia, durante 24 horas por dia e todos os dias da semana. Precedente deste E. Tribunal de Justiça Sentença mantida. Recurso não provido.

ANEXO II
ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
(TJPR)

Pesquisa realizada nos dias 08 a 13 de março 2017 no site <www.tjpr.jus.br>

PROCESSO 1. Agravo de Instrumento 1.546.881-2

Relator: Carlos Mansur Arida

Acórdão: 53250 Fonte: DJ: 1920 Data Publicação: 10/11/2016 Órgão Julgador: 5ª

Câmara Cível Data Julgamento: 01/11/2016

Link para inteiro teor do acórdão:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12259516/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1546881-2>

EMENTA: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO INDISPONÍVEL DE PORTADORES DE TRANSTORNO MENTAL. DIREITO À SAÚDE. CRIAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS RESIDENCIAIS TERAPÊUTICOS. PREVISÃO LEGAL. LEI 8.080/1990. PORTARIA 106/2000 DO MINISTÉRIO DE SAÚDE. IMPOSIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. LICITUDE. TEMA 220 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF. NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. Possibilidade. Decisão mantida. Alteração de ofício do prazo para cumprimento da medida, do valor e periodicidade da multa. Recurso desprovido.

PROCESSO 2. Apelação Cível 1525591-3

Relator: Regina Afonso Portes

Acórdão: 61040 Fonte: DJ: 1901 Data Publicação: 11/10/2016

Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível Data Julgamento: 27/09/2016

Link para inteiro teor do acórdão:

[https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12242442/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1525591-](https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12242442/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1525591-3)

3

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FALTA DE ENFERMEIROS E TÉCNICOS DE ENFERMAGEM NO HOSPITAL REGIONAL DO SUDOESTE - IMPOSIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM BASE NA RESOLUÇÃO Nº 294/2004 DO COFEN E DA RDC Nº 07/2010 DA ANVISA - IMPOSSIBILIDADE - POLÍTICAS PÚBLICAS ADOTADAS PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE QUE NÃO AUTORIZAM A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - REFORMA INTEGRAL DA SENTENÇA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO.

PROCESSO 3. Agravo de Instrumento 1.498.108-9

Relator: Carlos Mansur Arida

Processo: 1498108-9 Acórdão: 52327 Fonte: DJ: 1882

Data Publicação: 14/09/2016 Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível Data Julgamento: 30/08/2016

Link para inteiro teor do acórdão:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12225613/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1498108-9>

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO VISANDO A SUSPENSÃO DE FUNCIONAMENTO/ INTERDIÇÃO DE ÚNICO HOSPITAL DO MUNICÍPIO DE MARIPÁ QUE ATENDE CASOS DE INTERNAMENTOS DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA. MEDIDA QUE, NESTE MOMENTO, PODERÁ CAUSAR MAIORES PREJUÍZOS AOS PACIENTES ATENDIDOS PELO ESTABELECIMENTO DO QUE A MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PERICULUM IN MORA INVERSO. FEITO QUE EXIGE PRUDÊNCIA E CAUTELA. RECURSO NÃO PROVIDO.

PROCESSO 4. Agravo de Instrumento 1346155-3

Relator: Nilson Mizuta

Processo: 1346155-3 Acórdão: 52254 Fonte: DJ: 1880

Data Publicação: 12/09/2016 Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível Data Julgamento: 16/08/2016

Link para inteiro teor do acórdão:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12223300/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1346155-3>

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEITOS EM UTI NEONATAL E UNIDADES DE CUIDADO INTERMEDIÁRIO. INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INÉRCIA ESTATAL CONFIGURADA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA DA PROTEÇÃO À CRIANÇAS E ADOLESCENTES. É possível que o Poder Judiciário imponha ao Poder Público a adoção de políticas públicas, quando configurada a omissão estatal, em especial quando se tratar de criança e adolescente, já que de acordo com o ECA, "nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência". RECURSO NÃO PROVIDO.

PROCESSO 5. Agravo de Instrumento 1.315.721-4

Relator: Carlos Mansur Arida

Acórdão: 47628 Fonte: DJ: 1708

Data Publicação: 11/12/2015 Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível Data Julgamento: 01/12/2015

Link para inteiro teor do acórdão:

[https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12056142/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1315721-](https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12056142/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1315721-4)

EMENTA: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEPENDÊNCIA QUÍMICA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO EM FORNECER TRATAMENTO PARA RECUPERAÇÃO EM REGIME DE 24 HORAS. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES DEVIDAMENTE RESPEITADOS. REDUÇÃO DA MULTA E CONCESSÃO DE NOVO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. PREJUDICADO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO.

PROCESSO 6. Agravo de Instrumento 1.348.031-6

Relator: Nilson Mizuta

Acórdão: 45901 Fonte: DJ: 1642

Data Publicação: 03/09/2015 Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível Data Julgamento: 25/08/2015

Link para inteiro teor:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11983240/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1348031-6>

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REALIZAÇÃO DE OBRA PÚBLICA EM HOSPITAL. UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA NEONATAL E UNIDADE DE CUIDADO INTERMEDIÁRIO NEONATAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM DESENVOLVIMENTO. FUNDAMENTO DA REPÚBLICA BRASILEIRA. É possível que o Poder Judiciário imponha ao Poder Público a adoção de políticas pública, quando configurada a omissão estatal, em especial quando se tratar de medida destinada a criança, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA determina que "nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência". RECURSO NÃO PROVIDO.

PROCESSO 7. Apelação Cível 1.363.561-5

Relator: Nilson Mizuta

Acórdão: 45344 Fonte: DJ: 1620 Data Publicação: 04/08/2015

Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível Data Julgamento: 14/07/2015

Link para inteiro teor:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11959100/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1363561-5>

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA. FUNÇÃO INSTITUCIONAL. DETERMINAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM. ENTIDADE HOSPITALAR. RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM Nº 294/2003. NÚMERO MÍNIMO. RESOLUÇÃO Nº 07/2010 DA ANVISA. REQUISITOS MÍNIMOS PARA FUNCIONAMENTO DE UTI. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. IMPEDIMENTO DE INGERÊNCIA POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO. Ao Poder Executivo cabe definir as políticas públicas a serem implementadas de acordo com o planejamento de governo, diante de cada situação em concreto e em conformidade com as necessidades do momento, não sendo lícito ao Poder Judiciário definir as decisões administrativas a serem tomadas. RECURSO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO.

PROCESSO 8. Apelação Cível 1315148-5

Relator: Maria Aparecida Blanco de Lima

Acórdão: 53367 Fonte: DJ: 1552 Data Publicação: 27/04/2015

Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível Data Julgamento: 31/03/2015

Link para inteiro teor:

[https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11883815/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1315148-](https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11883815/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1315148-5)5

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR EM DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA. DETERMINAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER AO MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ, CONSISTENTE NO PROVIMENTO DE MÉDICOS PEDIATRAS PARA ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ENFERMAS NA UNIDADE DE SAÚDE DONA BADUCA.MÉRITO. A SIMPLES CONSTATAÇÃO DE QUE O NÚMERO DE MÉDICOS PEDIATRAS ESTÁ DIMINUINDO NO PAÍS NÃO PODE COMPROMETER O ATENDIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS UNIDADES DE SAÚDE. EMBORA A CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS NA ÁREA DE PEDIATRIA IMPLIQUE EM REPERCUSSÕES FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIAS PARA O ENTE MUNICIPAL, TAL MEDIDA ESTÁ EM ABSOLUTA CONSONÂNCIA COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA SEARA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL (ECA). OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA.POSSIBILIDADE DE CONTROLE, POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, EM QUESTÕES RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE. AUSÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS. AFASTAMENTO. A "RESERVA DO POSSÍVEL" NÃO PODE SER UTILIZADA PARA LEGITIMAR O INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO

PROCESSO 9. Apelação Cível 1281179-3

Relator: Hamilton Rafael Marins Schwartz

Acórdão: 53173 Fonte: DJ: 1546

Data Publicação: 15/04/2015 Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível Data Julgamento: 17/03/2015

Link para inteiro teor:

[https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11876647/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1281179-](https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11876647/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1281179-3)

3

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FALTA DE ENFERMEIROS E TÉCNICOS DE ENFERMAGEM NO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE LONDRINA - PLEITO DE IMPOSIÇÃO DE CONTRATAÇÃO - POLÍTICAS PÚBLICAS ADOTADAS PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE QUE NÃO AUTORIZAM A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO - RECURSOS DA UEL E DO ESTADO DO PARANÁ PROVIDOS - SENTENÇA REFORMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

PROCESSO 10. Apelação 1.281.371-7 (Acórdão)

Relator: Nilson Mizuta

Acórdão: 42245 Fonte: DJ: 1503

Data Publicação: 09/02/2015 Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível Data Julgamento: 27/01/2015

Link para inteiro teor:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11828813/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1281371-7>

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO.AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE PÚBLICA.GARANTIA DE MANUTENÇÃO DE NÚMERO MÍNIMO DE MÉDICOS PLANTONISTAS EM HOSPITAIS DA ZONA NORTE E ZONA SUL DE LONDRINA. PLEITO DE CHAMAMENTO DO MUNICÍPIO DE LONDRINA AO PROCESSO.DESCABIMENTO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO DO PARANÁ E DO CISMENPAR, POR FORÇA DE CONVÊNIO, PELA MANUTENÇÃO DO QUADRO DE PESSOAL DOS HOSPITAIS.INOCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO NA ESFERA DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. GARANTIA DE CONDIÇÃO MÍNIMA DE ATENDIMENTO DIGNO A POPULAÇÃO QUE TEM DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. PEDIDO DE AFASTAMENTO OU DIMINUIÇÃO DA MULTA FIXADA. IMPOSSIBILIDADE.

MULTA QUE ESTÁ DENTRO DOS PADRÕES DA RAZOABILIDADE. CONDENAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS.POSSIBILIDADE.AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO.RECURSOS NÃO PROVIDOS.SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

PROCESSO 11. Agravo de Instrumento 1233930-9

Relator: Carlos Mansur Arida

Acórdão: 42402

Fonte: DJ: 1158

Data Publicação: 18/02/2015 Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível Data Julgamento: 27/01/2015

Link para inteiro teor:

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11833992/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1233930-9>

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.DECISÃO QUE DETERMINOU INTERVENÇÃO JUDICIAL EM HOSPITAL POR INDÍCIOS DE MÁ GESTÃO DE VERBAS PÚBLICAS PARA ATENDIMENTO DE PACIENTES PELO SUS.ILEGITIMIDADE DO ESTADO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO NÃO VERIFICADA. DEVER DE FISCALIZAR A GESTÃO E APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS REPASSADOS À INSTITUIÇÃO PRIVADA PARA GARANTIR A DESTINAÇÃO ADEQUADA E A EFETIVIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS. NOMEAÇÃO DE INTERVENTOR. POSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE CONSTITUI EM INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA COMPETÊNCIA DO EXECUTIVO DE FIXAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA.CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. RECURSO NÃO PROVIDO.

ANEXO III
ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA
(TJBA)

Pesquisa realizada nos dias 08 a 13 de março 2017 no site <www.tjba.jus.br>

PROCESSO 1. Processo : Apelação n.0000619-89.2009.8.05.0036 Foro de origem : Comarca de Caetité Órgão Julgador : Segunda Câmara Cível Apelante : Município de Caetité Advogado : Elcio Nunes Dourado (OAB: 9046/BA) Advogado : Ramon Alves de Brito (OAB: 23061/BA) Apelado : Ministério Público Promotor : Jailson Trindade Neves Relatora : Desa. Regina Helena Ramos Reis. J. 10.02.2015. Data publicação 12.02.2015.

Link para inteiro teor:

<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml?jsessionid=xcgF9vt6R0W6bFnB-NNmkXJR>

EMENTA:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE BUSCA A IMPLEMENTAÇÃO DE UNIDADE DE TRATAMENTO DE ÁGUA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA CONTAMINAÇÃO DA ÁGUA FORNECIDA À POPULAÇÃO DA LOCALIDADE DE CALDEIRAS. GARANTIA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE, EXCEPCIONAL DO JUDICIÁRIO COIBIR CONDUTA OU OMISSÃO QUE IMPLIQUE NO COMPROMETIMENTO DA EFICÁCIA OU INTEGRIDADE DE DIREITOS INDIVIDUAIS E/OU COLETIVOS PREVISTOS NA CARTA MAIOR. AUSÊNCIA DE PROVA CONCRETA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APLICAÇÃO DA "RESERVA DO POSSÍVEL.

ANEXO IV
ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
MARANHÃO (TJMA)

Pesquisa realizada nos dias 08 a 13 de março 2017 no site www.tjma.jus.br

PROCESSO 1. APELAÇÃO CÍVEL Nº 312/2016 - IMPERATRIZ (Número Único 0000435-75.2012.8.10.0041) Relator : Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto
Apelante : Estado do Maranhão Advogado : Miguel Sales Pereira Veras Apelado :
Ministério Público Estadual Promotor : Alenilton Santos da Silva Junior

EMENTA- APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE LEITOS UTI HOSPITAL PÚBLICO. POLÍTICAS PÚBLICAS. PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. FUNÇÃO DE GOVERNO. CUMPRIMENTO SUBSTANCIAL DA MEDIDA. RAZOABILIDADE. REFORMA SENTENÇA BASE. EXCLUSÃO MULTA. 1. A saúde é direito constitucionalmente consagrado a todos, constituindo dever do Estado, nos termos do art. 196, CF/88, norma esta, provida de eficácia plena e revestida de aplicabilidade direta, imediata e total, sendo que o mesmo efetiva-se pela implantação de políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças, bem como pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, assegurada prioridade para as atividades preventivas. 2. É cediço que a ampliação de vagas em hospitais consiste em medida de natureza administrativa que exige a realização de despesa, cuja execução pela Administração Pública está subordinada à observância das normas financeiras e orçamentárias, tais como o art. 165, CF/88, segundo o qual as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e outras devem constar do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, todos de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Daí que, a adoção das medidas para fazer frente às necessidades do SUS constitui-se em típica função de governo, a quem cabe escolher o modo e o prazo para atendê-la, porquanto trata-se de decisão de caráter político reservada à alçada discricionária do Chefe do Executivo. 3. In casu, o Estado cumpriu substancialmente a medida de implantação, quando efetivou os 15 leitos adultos de UTI, autorizados pela Portaria n.º 578 de junho/2012 do Ministério

da Saúde, somente deixando de fazê-lo quanto aos 05 leitos de UTI pediátricos, ante a ausência de profissionais habilitados para tanto, conforme prova documentos acostados aos autos. 4. Utilizando-se da razoabilidade e prudência, mormente quando se leva em conta que o ente estatal foi além do pretendido pela presente Ação Civil Pública, tendo em vista que, com vistas à ampliação dos leitos de UTI para atender à crescente demanda, firmou diversos contratos de prestação de serviços com várias unidades hospitalares da rede privada, é de se julgar improcedente a Ação Civil Pública, com exclusão da multa aplicada em caso de descumprimento da medida. 5. Apelo conhecido e provido. (Ap 0003122016, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/08/2016, DJe 26/08/2016)

PROCESSO 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 047238/2015 (0008471-30.2015.8.10.0000) - SÃO LUÍS/MA Agravante: Estado do Maranhão Procurador: Dr. Vanderley Ramos dos Santos Agravado: Ministério Público Estadual Promotor: Dr. Herberth Costa Figueiredo Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha.

E M E N T A CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS E ECONÔMICAS. ARTS. 196 E 197 DA CF/88. RESTABELECIMENTO DA ORDEM JURÍDICA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. MALFERIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 2º -B DA LEI N. 9.494/97. EXCEÇÃO PARA FAZER VALER DIREITOS IRRENUNCIÁVEIS. PRECEDENTES DO STJ. RESERVA DO POSSÍVEL. LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS. RESSALVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. OBSERVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. NÃO PROVIMENTO. I - À luz do regramento inserto no art. 196 da Constituição Federal, o direito à saúde é de todos e dever do Estado, garantido, sempre através de políticas públicas sociais e econômicas, pelo que não pode o ente estatal esquivar-se de seu dever constitucional, transformando esse direito em insequente promessa constitucional, até mesmo ante ao fato de, nos termos do art. 197 da CF, terem sido as ações dos serviços de saúde erigidas como de relevância pública; II - o controle jurisdicional das condutas comissivas ou omissivas dos

atos emanados pela Administração Pública, além de encontrar fundamento na garantia constitucional preconizada no art. 5, XXXV, da CF, desde que lesivos ao erário, autoriza que, em situações excepcionais, sejam ordenadas medidas administrativas com o fim precípua de restabelecer a ordem jurídica, sem qualquer malferimento ao princípio da separação dos poderes; III - a jurisprudência do STJ é firme no sentido de, bem sopesada a ratio legis que motivou o legislador ao editar o art. 2º-B da Lei n. 9.494/97, excetuar a regra a fim de fazer valer direitos irrenunciáveis; IV - é certo que a reserva do possível está relacionada às limitações orçamentárias que o Estado possui, mas daí a permitir que haja ressalva dessa reserva em relação ao mínimo existencial, é desmedido e constitui-se em negativa da própria efetividade de tais direitos; V - diante das nuances do caso concreto e uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, há que ser mantida a tutela antecipatória deferida em primeiro grau; VI - agravo de instrumento não provido. (AI 0472382015, Rel. Desembargador(a) CLEONES CARVALHO CUNHA, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 26/11/2015, DJe 02/12/2015)

PROCESSO 3. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 008121/2015 NÚMERO ÚNICO: 0001167-77.2015.8.10.0000

AGRAVANTE: ESTADO DO MARANHÃO PROCURADOR: CARLOS HENRIQUE FALCÃO DE LIMA. AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PROMOTOR: HERBERTH COSTA FIGUEIREDO. RELATORA: DESA. MARIA DAS GRAÇAS DE CASTRO DUARTE MENDES. 5ª Câm. Cível. J. 12.11. 2015.

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMINATÓRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR REJEITADA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. BENS JURÍDICOS TUTELADOS EM PRIMEIRO PLANO. ARTS. 6º E 196º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. REDUÇÃO. PRAZO PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS. AMPLIAÇÃO. I- A legitimidade passiva do agravante decorre, inicialmente, da Constituição Federal, no seu art. 196, que dispõe ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, que deve garanti-la através de políticas públicas sociais e econômicas. II - A vedação à antecipação de tutela contra o Poder Público contida nas Leis 9.494/97 e 12.016/09, não se aplica à hipótese em que

pessoa carente necessita de tratamento médico a ser custeado pelo Estado. III - A saúde é um direito social, e um dever do Estado, que a prestará mediante políticas públicas sociais e econômicas, nos termos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. IV - A multa diária por descumprimento de determinação judicial possui caráter coercitivo, devendo ser reduzida quando aplicada em patamares que fogem à razoabilidade, sem prejuízo de sua majoração, a posteriori, em caso de recalcitrância. V - Entendo que o prazo de 30 (trinta) dias, para que o agravante implemente políticas públicas de saúde relacionadas à prestação de serviços de terapia renal substitutiva é insuficiente, razão pela qual deve ser ampliado para 60 (sessenta) dias. VI - Recurso parcialmente provido, de acordo com o parecer ministerial.

PROCESSO 4. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 40.039/2014 (Numeração Única 0008237-82.2014.8.10.0000) - SÃO LUÍS. Agravante : Município de São Luís. Proc. do Município : Natacha Veloso Cerqueira Israel. Agravado : Ministério Público Estadual. Promotor : Herberth Costa Figueiredo. Litisconsorte : : Estado do Maranhão Proc. de Justiça : Raimundo Nonato de Carvalho Filho. Relator : Des. Antonio Guerreiro Júnior. J. 23.06.2015.

E M E N T A CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TERAPIA RENAL SUBSTITUTIVA PELO MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS. PROTEÇÃO À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE HUMANA. NÃO OBSERVÂNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRIORIZAÇÃO DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO IMPROVIDO. I. Não merece reforma a decisão liminar que reconhece a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* em favor dos pacientes renais da capital maranhense, determinando a implementação de políticas públicas na prestação de serviços de terapia renal substitutiva, ante a evidente prevalência dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade humana. II. "Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a

Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes" (AI 708667 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j: 28/02/2012)". (STJ, REsp 1367549/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 08/09/2014). III. "Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública". (STJ, REsp 1366331/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 19/12/2014). IV. É possível a antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública desde que a situação não esteja inserida nas hipóteses do art. 1º da Lei nº 9.494/97. V. Agravo improvido.

Link para inteiro teor do acórdão:

<http://www.buscaoficial.com/c/diario/cG3wemfCg/>

ANEXO V
ACÓRDÃOS SELECIONADOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
(TJPB)

Pesquisa realizada nos dias 08 a 24 de março 2017.

PROCESSO 1. REMESSA NECESSÁRIA Nº 0001741-76.2015.815.0351. Relator: Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Origem: 3.^a Vara da Comarca de Sapé. Autor : Ministério Público do Estado da Paraíba. Réu : Município de Sapé. Procurador : Fábio Roneli Cavalcante de Souza.

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE DA FAMÍLIA EM PRECÁRIAS CONDIÇÕES. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO MUNICÍPIO PARA REPARAÇÃO IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO DETERMINAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS DIANTE DA INÉRCIA DO EXECUTIVO. CONSECUÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE FERIMENTO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. A RESERVA DO POSSÍVEL NÃO PODE SER ALEGADA DIANTE DA NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS IMPRESCINDÍVEIS. AS REGRAS ORÇAMENTÁRIAS PODEM SER EXCEPCIONADAS EM HIPÓTESES EXTREMAS. DECISÃO MANTIDA. CONCESSÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA. - Pela natureza das providências pleiteadas, conclui-se que são todas imprescindíveis para se garantir o básico necessário ao funcionamento de Unidade Básica de Saúde. É o chamado mínimo existencial, que deve ser garantido para o exercício dos direitos assegurados constitucionalmente. - O princípio da separação dos poderes não pode ser interpretado unicamente sob a ótica de um Estado liberal. Na atual quadra político-social, exige-se não apenas um Estado protetor das liberdades clássicas, como também propulsor de mudanças sociais. Diante de eventual ineficiência governamental, é inescapável a atuação do Poder Judiciário como vetor garantidor das políticas sociais. - A Administração Pública

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00017417620158150351, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, j. em 25-10-2016

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/11/1/0bfdcdcf-aa5d-4d1a-9b3a-57a4d6f611dd.pdf>

PROCESSO 2. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO N. 0001386-98.2013.815.0751 ORIGEM: Juízo da 4ª Vara da Comarca de Bayeux **RELATOR:** Juiz Tercio Chaves de Moura, convocado para substituir a Desª Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira **APELANTE:** Estado da Paraíba **PROCURADOR:** Wladimir Romaniuc Neto **APELADO:** Ministério Público do Estado da Paraíba

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE PROCEDER ÀS REFORMAS ESTRUTURAIS NECESSÁRIAS ÀS UNIDADES DE SAÚDE BÁSICA E CONTRATAR PROFISSIONAIS APTOS À TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE NÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. OBRAS NECESSÁRIAS À SALVAGUARDA DA VIDA E SAÚDE DAS PESSOAS QUE SE UTILIZAM DO SERVIÇO PÚBLICO. VALORES CONSTITUCIONALMENTE ESPOSADOS, QUE NÃO SE SUBMETEM À DISCRICIONARIEDADE ESTATAL. PRECEDENTES PRETORIANOS. DESPROVIMENTO. 1. O Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize reformas estruturais necessárias aos estabelecimentos educacionais, prisionais e de saúde, e obrigá-la, também, a contratar profissionais aptos à tutela dos respectivos direitos fundamentais, sem que isso viole os princípios da separação de poderes, da legalidade, da discricionariedade administrativa, tampouco da reserva do possível. Inúmeros precedentes do STF e STJ nesse sentido. 2. Desprovimento da apelação cível e da remessa necessária.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013869820138150751, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DESA MARIA DAS NEVES DO EGITO D FERREIRA , j. em 02-08-2016)

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/8/24/ce9dc9c2-906b-4000-8c43-ae95b7c9e7b8.pdf>

PROCESSO 3. REMESSA NECESSÁRIA Nº 0001342-79.2013.815.0751 RELATOR
: Juiz convocado Aluizio Bezerra Filho RECORRIDO : Ministério Público do Estado da Paraíba 1º INTERESSADO : Município de Bayeux ADVOGADO : Glauco Teixeira Gomes 2º INTERESSADO : Secretaria de Saúde do Município de Bayeux ADVOGADO : Glauca Maria Pessoa Rosas ORIGEM : Juízo da 4a Vara da Comarca de Bayeux JUIZ (A) : Francisco Antunes Batista

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO DE BAYEUX. REFORMA EM UNIDADES DE SAÚDE DA FAMÍLIA. PRECARIEDADE DA ESTRUTURA FÍSICA. FALTA DE MATERIAL. LIXO HOSPITALAR DESCARTADO A CÉU ABERTO. AUSÊNCIA DE FARMACÊUTICO NO LOCAL ENTRE OUTRAS IRREGULARIDADES. ALEGAÇÃO DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO EM ATO DISCRICIONÁRIO. DISCRICIONARIEDADE AFASTADA. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. DEVER DE AGIR DO ESTADO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. DESPROVIMENTO DA REMESSA. Quando a desídia da Administração Pública venha causar a violação de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o Judiciário está autorizado a intervir, a fim de conferir efetividade as disposições da Constituição Federal. A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, ainda que em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na constituição, sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. Por fim, convém ressaltar, quanto a alegada falta de recursos, que o Estado, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não

pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. A cláusula "reserva do possível" não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013427920138150751, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES LEANDRO DOS SANTOS , j. em 05-07-2016

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/7/11/841a96f6-7a3a-4793-a119-c47da7eaad63.pdf>

PROCESSO 4. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL 00014163620138150751

Relator: DES SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES Órgão Julgador: 3ª Câmara Especializada Cível Data de Julgamento: 23-02-2016. Relator : Des. Saulo Henrique de Sá e Benevides Apelante: Município de Bayeux Advogado: Josmar Vinicius Souza Bezerra Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba Remetente: Juízo da 4ª Vara da Comarca de Bayeux.

Ementa: REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REFORMA DE UNIDADE SAÚDE DA FAMÍLIA. PRECARIEDADE DA ESTRUTURA FÍSICA. FALTA DE MATERIAL. LIXO HOSPITALAR DESCARTADO A CÉU ABERTO. AUSÊNCIA DE FARMACÊUTICO NO LOCAL. MEDICAÇÃO DISPENSADA POR LEIGOS. ALEGAÇÃO DO MUNICÍPIO DE AUSÊNCIA DE TRANSIÇÃO ADMINISTRATIVA, FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS E AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DOS PODERES. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO COMPELIR O EXECUTIVO A REFORMAR A UNIDADE SAÚDE DA FAMÍLIA. RISCO À SAÚDE E INTEGRIDADE DA POPULAÇÃO. PRECEDENTES DO STF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO APELO E DA REMESSA NECESSÁRIA. - "AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVOS A QUE SE NEGA

PROVIMENTO. I - A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, ainda que em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição, sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II - Importa, ainda, acentuar, quanto aos alegados limites orçamentários aos quais estão vinculados os recorrentes, que o Estado, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravos regimentais a que se nega provimento (STF, RE 595129 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, Dje-125).”

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2016/2/26/7ee3b001-ee01-4006-880b-1a718cd1b1fc.pdf>

PROCESSO 5. APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000104-87.2015.815.0061. Origem: 2ª Vara da Comarca de Araruna. Relator: Juiz de Direito Convocado Miguel de Britto Lyra Filho. Apelante: Ministério Público do Estado da Paraíba. Apelado: Município de Riachão. Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DA PRESENÇA DE ENFERMEIRO EM AMBULÂNCIA. RESOLUÇÃO DO COFEN. VALIDADE. OBRIGATORIEDADE DA MEDIDA. MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO DETERMINAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS DIANTE DA INÉRCIA DO EXECUTIVO. CONSECUÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE FERIMENTO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. A RESERVA DO POSSÍVEL NÃO PODE SER ALEGADA DIANTE DA NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS IMPRESCINDÍVEIS. AS REGRAS ORÇAMENTÁRIAS PODEM SER EXCEPCIONADAS EM HIPÓTESES EXTREMAS. CONCESSÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO PROVIDO. - A presença de enfermeiro no transporte de pacientes em ambulância deve ser obrigatória dada a própria natureza do serviço prestado, por envolver, via de regra, situações complexas e de risco ao transportado, não podendo o serviço público pecar por omissão. Caracterizada a existência do serviço destinado ao transporte de pacientes em risco ou

potencialmente em risco, a presença de enfermeiro será sempre necessária como mínimo existencial. - O art. 1.º da Resolução COFEN 375/2011 está em perfeita sintonia com os artigos 11 e 12 da Lei 7.498/84, não tendo o conselho federal extrapolado seu poder regulamentar, mas apenas externado um comando que pode ser inferido da própria norma legal. Nesse contexto, ratifica-se a validade na norma infralegal ao dispor que “a assistência de Enfermagem em qualquer tipo de unidade móvel (terrestre, aérea ou marítima) destinada ao Atendimento Pré-Hospitalar e Inter-Hospitalar, em situações de risco conhecido ou desconhecido, somente deve ser desenvolvida na presença do Enfermeiro”.

- O princípio da separação dos poderes não pode ser interpretado unicamente sob a ótica de um Estado liberal. Na atual quadra político-social, exige-se não apenas um Estado protetor das liberdades clássicas, como também propulsor de mudanças sociais. Diante de eventual ineficiência governamental, é inescapável a atuação do Poder Judiciário como vetor garantidor

das políticas sociais.

- A Administração Pública não pode simplesmente arguir a falta de recursos financeiros como condição limitante de políticas públicas. A chamada a reserva do possível é baliza para a implementação planejada e sustentável dos dispêndios públicos frente à limitação natural dos recursos. Entretanto, o gestor público não pode se afastar dos comandos constitucionais que determinam políticas públicas inarredáveis, que não podem ser vilipendiadas no planejamento público.

- A reserva do possível, em que pese poder ser reconhecida pelo Judiciário como justificativa limitante à intervenção no Executivo, não pode ser acatada sem uma análise criteriosa e sem a comprovação documental de sua configuração.

- O orçamento público igualmente não serve como empecilho, pois a ação civil pública tem o poder de determinar atuações positivas, regulando o contingenciamento e a inércia do administrador. Se determinada política constitucionalmente prevista não estiver contemplada na regra orçamentária, cabe ao Judiciário pautar sua previsão no próximo orçamento, com verbas suficientes à sua implementação, ou mesmo o cumprimento imediato da obrigação de fazer, inclusive com remanejamento de recursos de áreas não prioritárias.

- A necessidade de uma atuação proativa por parte do Estado para a concretização do direito à saúde resta evidente a partir da leitura do artigo 196 da Constituição da República, definindo a saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve ser 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, em que se inclui, por óbvio, o transporte de enfermos. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001048720158150061, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, j. em 03-11-2015)

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/11/6/5f611954-97dc-4849-a733-1fe8174664f4.pdf>

PROCESSO 6. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL Nº 0001800-96.2013.815.0751. Origem: 4ª Vara da Comarca de Bayeux. Relator: Juiz Convocado Miguel de Britto Lyra Filho. Apelante: Município de Bayeux. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba.

Ementa: APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE BAYEUX. UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE. CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA ESFERA MUNICIPAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESPROVIMENTO. - É entendimento pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de o Poder Judiciário determinar à administração pública que adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Inobstante a efetivação de políticas públicas de saúde sejam atos discricionários, a Administração encontra-se vinculada ao fim determinado na Constituição Federal, qual seja, a prestação

do melhor atendimento possível aos cidadãos mediante políticas sociais e econômicas. Nestes termos, o Estado, "lato sensu", deve efetivamente proporcionar a prevenção de doenças, bem como oferecer os meios necessários para que os cidadãos possam restabelecer sua saúde, não havendo que se falar em discricionariedade quanto a este ponto. A forma como ocorrerá a consecução do fim determinado na Lei Maior é que deve ser deixado a cargo do Administrador, não podendo o Poder Judiciário imiscuir-se em tal seara, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes. - "A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros" (REsp 764.085/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 10/12/2009) - Demonstradas as graves falhas em prestação de serviço público essencial e não demonstrado a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível para o não saneamento destas, é dever do Município implementar as medidas necessárias para o alcance da finalidade constitucional, não havendo argumentos capazes de retirar, ou mesmo postergar, a obrigação do ente municipal, em consonância com o que estabelece o art. 196 da Constituição Federal.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00018009620138150751, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO , j. em 06-10-2015)

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/10/9/fdd42652-5855-4b08-9d16-f7bb6b58736a.pdf>

PROCESSO 7. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA N.º 0001364-40.2013.815.0751. ORIGEM: 4ª Vara da Comarca de Bayeux. RELATOR: Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira. APELANTE: Município de Bayeux. APELADO:Ministério Público do Estado da Paraíba.

EMENTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.UNIDADE BASICA DE SAUDE. INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA O FUNCIONAMENTO. POSSIBILIDADE DE INTERDIÇÃO ÉTICA PELO CRM-PB. OMISSÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SENTENÇA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. APELO DO MUNICÍPIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA

SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E INCAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA PESSOA ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. APELO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. ELASTECIMENTO DO PRAZO. PROVIMENTO PARCIAL. 1."O Princípio da Separação dos Poderes não é mote - nem pode ser transformado em tal - para o esvaziamento da função judicial de controle da Administração Pública, sobretudo quando estiverem em jogo a vida e a segurança das pessoas" (REsp 959.395/RS, relator o insigne Ministro Herman Benjamin, mesma e veneranda Turma, julgado de 23/04/2009, DJe de 24/09/2010). 2.Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça determinada política pública nos planos do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. Pela complexidade da situação da USF em questão e por considerar que a sentença submetida ao rito do art. 475, do CPC, devolve (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013644020138150751, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 29-09-2015)

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/9/30/640f9d6e-957b-4149-97a0-f5315a5df2d3.pdf>

PROCESSO 8. APELAÇÃO CÍVEL e REMESSA NECESSÁRIA Nº 0001418-06.2013.815.0751

RELATOR: Desembargador LEANDRO DOS SANTOS; APELANTE: Município de Bayeux

APELADO: Ministério Público do Estado da Paraíba; ORIGEM : Juízo da 4ª Vara da Comarca de Bayeux

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE. CONDIÇÕES DE FUNCIONAMENTO INADEQUADAS. IRREGULARIDADES CONSTATADAS. DESCASO DA

ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO APELO E DA REMESSA.

- Os atos ou as omissões administrativas devem ser objeto de controle do Judiciário quando se afastarem dos princípios orientadores da atividade de administração pública. - Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, é permitido ao Poder Judiciário intervir no sentido de determinar que o Executivo adote providências administrativas para fins de melhoria da prestação do serviço de saúde. (STF; RE-AgR 642.536; AP; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 05/02/2013).

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00014180620138150751, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES LEANDRO DOS SANTOS , j. em 25-08-2015)

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/9/1/dee33f32-52b0-4d4c-b1df-50041e88f8a7.pdf>

PROCESSO 9. Remessa Oficial nº 0000809-28.2013.815.0911 Origem : Comarca de Serra Branca

Relator : Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho Promovente: Ministério Público do Estado da Paraíba Promovido : Município de São José dos Cordeiros

Ementa: REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UNIDADE DE SAÚDE DA FAMÍLIA. INSPEÇÃO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. CONDIÇÕES DE FUNCIONAMENTO INADEQUADAS. IRREGULARIDADES CONSTATADAS. DESCASO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. DIREITO À SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRAZO PARA INÍCIO DE EXECUÇÃO DAS OBRAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À LEI Nº 8.666/93. MULTA DIÁRIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA

RAZOABILIDADE. REVOGAÇÃO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA. - É permitido ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo implementar políticas públicas com o intento de assegurar o pleno acesso à saúde, direito constitucionalmente assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, sem que tal proceder configure violação ao princípio da separação dos poderes. - Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, é permitido ao Poder Judiciário intervir no sentido de determinar que o Executivo adote providências administrativas para fins de melhoria da prestação do serviço de saúde. (STF; RE-AgR 642.536; AP; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 05/02/2013). - A sentença submetida (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00008092820138150911, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES FREDERICO MARTINHO DA NOBREGA COUTINHO , j. em 26-05-2015)

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/5/28/31ccc9f6-7d58-4836-b8f5-ddb56a6dfc90.pdf>

PROCESSO 10. REMESSA OFICIAL Nº 0001460-55.2013.815.0751 RELATOR: Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho RELATOR PARA O ACÓRDÃO: Desembargador João Alves da Silva ORIGEM: Juízo da 4ª Vara da Comarca de Bayeux PROMOVENTE: Ministério Público Estadual PROMOVIDO: Município de Bayeux

Ementa: REMESSA OFICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO DE REFORMA, AMPLIAÇÃO DE UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE, AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS E MATERIAIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. PROVIDÊNCIAS AFETAS À COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. -Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos de administração e atos políticos. E não resta dúvida que a construção ou reforma de prédios, a aquisição de equipamentos e a contratação de pessoal se inserem nos atos

políticos, por serem atos governamentais, de gestão de interesse público, cuja prática encontra limitação na Lei de Meios e nos procedimentos inerentes à Administração Pública. Ao Poder Judiciário não se defere a possibilidade de imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade de o Poder Público realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, reforma de prédios públicos etc.), ainda que sob o argumento de atuar com o escopo de proteger direitos coletivos. O pleito que vise compelir o Poder Público a agir obrigações de fazer, possível de ser formalizado na via da ação civil pública, não há de implicar quebra do princípio da separação dos Poderes, com imbricações danosas ao exercício harmônico e independente dos Poderes da República, que têm atribuições constitucionalmente delimitadas.” Ainda que relevantes os motivos suscitados pelo Ministério Público para a reforma de prédio da Unidade Básica de Saúde, tal ato se inclui no poder discricionário da Administração Pública, cabendo a ela a escolha do momento oportuno e conveniente para a execução de obra”

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00014605520138150751, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES JOAO ALVES DA SILVA, j. em 12-05-2015)

Link para inteiro teor da decisão:

<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/5/18/dd57b488-b29a-47a1-b342-e58549dfed99.pdf>

ANEXO VI CÓPIAS DE E-MAILS ENVIADOS PELOS TRIBUNAIS

31/07/2017

Gmail - *** CPA-SIC 2017/00136956 - Pedido de Informação - Banco de Dados ***



ADRIANA TIMOTEO ZAGURSKI <adrianatimoteozagurski@gmail.com>

*** CPA-SIC 2017/00136956 - Pedido de Informação - Banco de Dados ***

STI - SEGUNDA INSTANCIA <sti.2instancia@tjsp.jus.br>

19 de julho de 2017 12:26

Para: "adrianatimoteozagurski@gmail.com" <adrianatimoteozagurski@gmail.com>

Prezada Senhora Adriana, boa tarde.

Em atenção à manifestação de sua autoria, registrada no Serviço de Informação ao Cidadão sob número [2017/136956](#) junto a esse E. Tribunal, informamos que desde Outubro 2007 **todas as decisões proferidas em autos que tramitam em Segundo Grau**, passaram a ser disponibilizadas no banco de Jurisprudência, em um único padrão, de forma integral, sendo que a base de dados da Jurisprudência recebeu também migrações das bases de jurisprudências anteriores à unificação dos Tribunais ocorrida em 2005, com a seguinte composição:

- O extinto 2º TAC iniciou a disponibilização em 1999.
- O TJ iniciou a disponibilização no final de Outubro de 1997.
- O extinto 1º TAC iniciou a disponibilização por volta de Novembro 1998, embora se encontrem algumas decisões mais antigas, fruto de algumas migrações parciais de acervos antigos.
- O extinto TACRIM iniciou a digitalização de suas decisões em 2003.

O acesso à consulta de Jurisprudência está disponível no endereço <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1> observados os preceitos da Resolução 121 CNJ, que regulamenta a visualização de dados que tramitam em segredo de justiça.

Atenciosamente,



STI 2

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

STI 2.1.2 - Serviço de Sistemas de Segunda Instância II

Tel: (11) 3292-4900 - Ramal 2117

E-mail: sti.2instancia@tjsp.jus.br

EPPM



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
R Alvaro Ramos, 157 CASA - Bairro CENTRO CÍVICO - CEP 80530-190 - Curitiba - PR - www.tjpr.jus.br

INFORMAÇÃO Nº 2112041 - TP/OE/P/STJPR/DTIC/DTIC-DADSI

Nº SEI/TJPR 0045100-09.2017.8.16.6000
Nº SEI-DOC 2112041

Senhora Chefe,

Em atenção encaminhamento sob nº2077016 da Ouvidoria do TJPR a fim de receber esclarecimentos sobre o sistema da Jurisprudência, informo o que segue:

" (1) O banco de dados de jurisprudência é composto pela totalidade das decisões proferidas pelo Tribunal? Caso o banco de dados seja incompleto, por favor, responda às perguntas abaixo: (1.1) Há critério para selecionar quais decisões comporão a base de dados? Qual(is) é(são) esse(s) critério(s)? (1.2) Existe algum meio de se obter acesso à totalidade das decisões? Como?"

Resposta : Sim, o sistema da Jurisprudência conta hoje com dois milhões e novecentos mil decisões proferidas na base do Tribunal de Justiça. Toda a informação compõe a base de dados: acórdãos e decisões monocráticas. Ressalva-se, entretanto, que 110.000 (cento e dez mil) decisões têm seu acesso restrito, pois tramitam em segredo de justiça e carregam em seu conteúdo informações sensíveis das partes envolvidas que não podem ser divulgadas de forma aberta na consulta da Jurisprudência;

"(2) Como funciona a alimentação da base de dados jurisprudenciais (como é feita a indexação e a qual o critério de escolha para colocar a decisão na base de consulta)"

Resposta : A indexação é feita na madrugada posterior à publicação da decisão no Diário da Justiça.

É a informação.

Miguel Angelo de Barros Moutinho Neto
Analista de Sistemas

I - Ciente;

II - à Diretoria do DTIC e P-GP-O para ciência.

1/07/2017

Gmail - Pesquisa jurisprudencial - Acesso à informação



ADRIANA TIMOTEO ZAGURSKI <adrianatimoteozagurski@gmail.com>

Pesquisa jurisprudencial - Acesso à informação

Comissão de Jurisprudência <jurisprudencia@tjba.jus.br>

25 de julho de 2017 12:24

Para: ADRIANA TIMOTEO ZAGURSKI <adrianatimoteozagurski@gmail.com>

Prezada Adriana ,

De início peço desculpas pela demora na resposta . Espero que as respostas ainda sejam úteis e em coloco a disposição para sanar quaisquer dúvidas. Informo telefone para contato : 3372-7774/7775.

De: "ADRIANA TIMOTEO ZAGURSKI" <adrianatimoteozagurski@gmail.com>**Para:** jurisprudencia@tjba.jus.br**Cc:** "Danielle Anne Pamplona" <dapamplona@pamplonaebraz.com.br>**Enviadas:** Terça-feira, 4 de julho de 2017 10:41:01**Assunto:** Pesquisa jurisprudencial - Acesso à informação

Bom dia.

Sou doutoranda em Direito pela PUC PR e, para desenvolvimento de minha tese sobre judicialização de políticas públicas em saúde - sob a orientação da professora Dra. Danielle Anne Pamplona-, gostaria de obter (com amparo na Lei nº 12.527/2011) algumas informações a respeito da disponibilização no sítio da internet, das decisões judiciais proferidas por esta Corte para fins de pesquisa jurisprudencial.

Para tanto, foram elaboradas algumas questões as quais, uma vez respondidas por este Tribunal, auxiliarão na realização da pesquisa para a tese.

Se possível, gostaria que as questões fossem respondidas via e-mail e, caso isso não seja possível, gostaria de saber para qual órgão devo endereçar as questões abaixo:

(1) O banco de dados de jurisprudência é composto pela totalidade das decisões proferidas pelo Tribunal? **Sim** .Todas as decisões após a publicação migram para o Banco de dados.

Caso o banco de dados seja incompleto, por favor, responda às perguntas abaixo:

(1.1) Há critério para selecionar quais decisões comporão a base de dados? Qual(is) é(são) esse(s) critério(s)?

(1.2) Existe algum meio de se obter acesso à totalidade das decisões? Como?

(2) Como funciona a alimentação da base de dados jurisprudenciais (como é feita a indexação e a qual o critério de escolha para colocar a decisão na base de consulta).

(2.1) Como há limitação ao acesso de decisões (somente 500) explicar como funciona a seleção desses julgados disponibilizados.

Fico no aguardo das respostas e agradeço desde logo pela atenção.

Att.

31/07/2017

Gmail - Pedido de Informação nº 19992017



ADRIANA TIMOTEO ZAGURSKI <adrianatimoteozagurski@gmail.com>

Pedido de Informação nº 19992017

teleouvidoria <teleouvidoria@tjma.jus.br>

25 de julho de 2017 16:24

Para: "adrianatimoteozagurski@gmail.com" <adrianatimoteozagurski@gmail.com>

Boa tarde!

A Ouvidoria do Poder Judiciário do Estado do Maranhão informa que, em virtude da sua manifestação de nº 1999/2017 segue a informação prestada pela Coordenadoria de Sistemas de Informação do TJMA:

"INFORMAMOS QUE O BANCO DE DADOS DE JURISPRUDÊNCIA É COMPOSTO PELA TOTALIDADE DOS JULGAMENTOS DO TJ/MA, PODENDO SER PESQUISADO ATRAVÉS DO JURISCONSULT(SEGUNDO GRAU -> JURISPRUDÊNCIA)".

LINK: http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNoFwdsNgCAMBdBdWMCGIxQHci4b2hD8QAPp_p6zayrV-cgcClwwakSRklwinyGrgJg8mt_abcp7L9jx2Br7WyY624C7fngmFOg,

Esta Ouvidoria agradece sua manifestação, que contribuirá para a melhoria dos serviços prestados pelo Poder Judiciário do Estado do Maranhão.

Estamos à disposição para elevar o nível de excelência da prestação jurisdicional.

Atenciosamente,
Vandilma Aguiar
Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
Telejudiciário/Ouvidoria

31/07/2017

Gmail - Ouvidoria do TJPB: Informação



ADRIANA TIMOTEO ZAGURSKI <adrianatimoteozagurski@gmail.com>

Ouvidoria do TJPB: Informação

Ouvidoria do Tribunal de Justiça <ouvidoria@tjpb.jus.br>
Para: adrianatimoteozagurski@gmail.com

14 de julho de 2017 10:52

Prezada Sra. Adriana,

Gostaríamos de agradecer novamente o contato com a Ouvidoria do Tribunal de Justiça da Paraíba e afirmar que estamos à disposição para questões referentes ao nosso Poder Judiciário.

Segue abaixo resposta fornecida pela Gerência de Pesquisa Jurídica, sobre a questão suscitada por Vossa Senhoria a esta Ouvidoria de Justiça.

"Senhora Desembargadora Ouvidora de Justiça,

Em resposta ao email encaminhado a esta Gerência de Pesquisa Jurídica, informo que o banco de dados de jurisprudência do Tribunal de Justiça da Paraíba é composto pela totalidade das decisões proferidas pelo 2º grau, nos processos físicos. O banco de dados ainda não comporta as decisões proferidas no sistema PJE, no entanto, encontra-se em andamento o desenvolvimento de uma ferramenta capaz de fazer a inclusão automática dessas decisões no banco de jurisprudência.

Respondendo objetivamente as indagações formuladas, presto os seguintes esclarecimentos:

1.1. Não há critério para as decisões que comporão a base de dados. Na verdade, ao providenciar a publicação das decisões proferidas nos processos físicos, cada gabinete, por meio de sistema próprio, inclui a respectiva decisão no banco de dados. Como mencionado, apenas as decisões proferidas no sistema PJE não compõem o banco de dados.

1.2. A pesquisa jurisprudencial é realizada por meio da utilização dos termos de busca escolhidos pelos próprios usuários, conforme sistema disponibilizado no seguinte endereço eletrônico:

http://juris.tjpb.jus.br/search?site=juris_p_digitalizada&client=tjpb_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=tjpb_index&proxycustom=%3CHOME/%3E

O sistema é configurado para apresentar resultados de acordo com o termo utilizado pelo próprio usuário. Também é possível a busca por meio de intervalos de data, caso em que o sistema disponibilizará todas as decisões publicadas naquele intervalo.

2. Já respondida.

2.1. Não tenho conhecimento acerca de limitações de acesso às decisões. Como mencionado, a disponibilização dos julgados é feita pelo próprio Gabinete do Desembargador, no momento em que, por meio de sistema próprio, realiza a publicação do decisum.

Sendo estas as considerações deste setor, renovo os votos de apreço e consideração.

Atenciosamente,

Thiago Bruno Nogueira Alves

Gerente de Pesquisa Jurídica" - sic.

Desembargadora Maria das Graças Morais Guedes
Ouvidora de Justiça Substituta

GO8

— Mensagem original —

De: "Ouvidoria do Tribunal de Justiça" <ouvidoria@tjpb.jus.br>

Para: adrianatimoteozagurski@gmail.com

Enviadas: Quinta-feira, 6 de Julho de 2017 17:35:41

Assunto: Re: Ouvidoria do TJPB: Informação

[Texto das mensagens anteriores oculto]

31/07/2017

Gmail - Consulta Jurisprudência TJRR

**ADRIANA TIMOTEO ZAGURSKI** <adrianatimoteozagurski@gmail.com>

Consulta Jurisprudência TJRR

Comissão Permanente de Jurisprudência <jurisprudencia@tjrr.jus.br>

14 de julho de 2017 11:46

Para: adrianatimoteozagurski@gmail.com

Prezada Adriana Timoteo dos Santos Zagurski,
Professora junto a UEPG/PR, Mestre e Doutoranda em Direito pela PUC/PR

Em atendimento as informações solicitadas seguem as respostas:

(1) O banco de dados de jurisprudência é composto pela totalidade das decisões proferidas pelo Tribunal? Caso o banco de dados seja incompleto, por favor, responda às perguntas abaixo:

Sim. O banco de dados é formado pelas decisões e acórdãos publicados no Diário do Poder Judiciário do Estado de Roraima.

Estas publicações são cadastradas diariamente, sendo a nossa atividade inicial da manhã.

(1.1) Há critério para selecionar quais decisões comporão a base de dados? Qual(is) é(são) esse(s) critério(s)?
Por gentileza, ver resposta do item 2.

(1.2) Existe algum meio de se obter acesso à totalidade das decisões? Como?
Usamos um programa chamado SISCOM Windows 2ª Instância, onde colhemos o inteiro teor das decisões e dos acórdãos e inserimos na página de cadastro da Jurisprudência.

(2) Como funciona a alimentação da base de dados jurisprudenciais (como é feita a indexação e a qual o critério de escolha para colocar a decisão na base de consulta).
Basta que uma decisão seja publicada para que esta seja imediatamente cadastrada. Hoje o cadastro é dividido pelas duas Turmas Cíveis, uma Câmara Criminal, uma Turma Recursal (dos Juizados Especiais), decisões da Presidência e Vice e Tribunal Pleno.

Quaisquer outras dúvidas podem ser atendidas por nosso e-mail ou pelos telefones (95) 3198-2884 ou 2895.

Att.

Marcelo Souza
Presidente da Comissão Permanente de Legislação e Jurisprudência
Tribunal de Justiça do Estado de Roraima