

**REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
ABORDAGEM A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE SCHMIDT-ASSMANN
SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

EFFECTS FROM THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES: APPROACH BASED
ON THE SCHMIDT-ASSMANN CONCEPTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS
PROTECTION

Breno Longobucco¹

Maria Tereza Fonseca Dias²

RESUMO

Os direitos fundamentais positivados no texto constitucional de 1988 limitam e controlam a atuação do poder público, na perspectiva de assegurar vida digna aos cidadãos. A efetivação destes direitos está atrelada, em muitos casos, a implementação de políticas públicas pelo Estado. No entanto, fatores diversos, que vão desde à escassez de recursos financeiros até a própria omissão, comprometem a capacidade de respostas da Administração. Deste modo, nota-se o crescimento expressivo da atuação do Poder Judiciário em questões atinentes à esfera de atuação do Poder Executivo. Assim, partindo da concepção teórica de Schmidt-Assmann acerca do impulso dos direitos fundamentais sobre o Direito Administrativo e a Administração Pública, o presente trabalho visa identificar os reflexos da judicialização das políticas públicas no Poder Executivo e na promoção da universalidade de direitos sociais, com destaque para as prestações na área saúde e educação.

Palavras-chave: direitos fundamentais; judicialização; políticas públicas; administração pública; direitos sociais.

ABSTRACT

The fundamental rights enshrined affirmed in the 1988 constitutional text limit and control the performance of public authorities, to guarantee a dignified life for citizens. The realization of these rights is linked, in many cases, to the implementation of public policies by the State. However, several factors, ranging from the scarcity of financial resources to the omission itself, compromise the Government ability to respond. Thus, there is a significant growth in the performance of the Judiciary in matters pertaining to the sphere of action of the Executive Power. Thus, based on the Schmidt-Assmann theoretical conception of the impulse of fundamental rights on Administrative Law and Public Administration, the present work aims to identify the reflexes of the judicialization of public policies in the Executive Branch and in

¹ Graduado em Direito pela UFMG e em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Subsecretário de Obras e Infraestrutura da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Mobilidade do Governo de Minas. belongobucco@hotmail.com - <https://orcid.org/0000-0002-3148-8825>.

² Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Professora Associada do Departamento de Direito Público da UFMG. Pesquisadora de Produtividade do CNPq. mariaterezafdias@yahoo.com.br - <https://orcid.org/0000-0002-5587-2813>.

the promotion of the universality of social rights, with emphasis on health and education services.

Keywords: fundamental rights; judicialization; public policy; democracy; Public Administration, social rights.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização das garantias fundamentais, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, consolidou direitos subjetivos em favor do indivíduo, posicionando o Estado como instância garantidora de sua plena efetivação. Diversos destes direitos são assegurados por meio da implementação de políticas públicas via Poder Executivo, muitas delas instituídas e/ou regulamentadas por atos normativos oriundos do Poder Legislativo.

Inobstante esta estrutura institucional para implementação das políticas públicas, nota-se nos últimos anos, posição cada vez mais ativa do Poder Judiciário no seu direcionamento, em uma perspectiva de superação de certos limites estabelecidos pelo princípio da separação dos poderes. Este fenômeno é comumente denominado de judicialização de políticas públicas e sua expansão pode ser atribuída a fatores diversos. Primeiramente deve-se destacar a força das normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais e o modelo de um Estado garantidor - o que torna legítima a busca pela efetivação destes direitos junto aos tribunais. Tem-se também novo posicionamento do próprio Judiciário, decorrente da provável superação de um modelo rígido de separação dos poderes e da confiança depositada na instituição, face o caráter imperativo de suas decisões. De outro lado, a própria Administração não tem conseguido assegurar o provimento de determinadas demandas sociais, seja pela indisponibilidade de recursos, por omissão ou pela ausência de arcabouço legal que lhe a forneça as bases necessárias para o cumprimento de seus deveres.

A discussão deste tema não é nova e vem se desenvolvendo desde a promulgação da Constituição de 1988. Sob a ótica do Poder Executivo, a literatura acerca do tema ainda não buscou analisar em que medida a opção constitucional pela atuação da Administração pautada pela efetivação de garantias fundamentais causa reflexos na judicialização das políticas públicas.

Deste modo, o presente trabalho parte da concepção teórica Schmidt-Assmann (2003) acerca do impulso dos direitos fundamentais sobre o Direito Administrativo. Para o autor, os direitos fundamentais impõem limites e orientam a atuação da Administração, impondo obrigações de fazer. Na medida em que o Estado se posiciona como sujeito garantidor destes

direitos positivados no texto constitucional, muitos deles sob a perspectiva da universalidade, consolida-se um ambiente legítimo de pressão por parte da população. Percebe-se, no entanto, que tal movimento tende a consolidar a priorização de interesses individuais dos postulantes em detrimento de soluções coletivas, que atendam ao bem comum. Assim, a opção pela judicialização reforça o caráter particular das prestações, muitas vezes reduzindo o poder de alcance das políticas públicas.

Do ponto de vista metodológico, trata-se de reflexão qualitativa, no âmbito da vertente dogmático-jurídica, de tipo descritivo (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020), desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e exame da legislação pertinente.

O objetivo do ensaio foi efetuar a análise das principais causas atreladas ao fenômeno da judicialização das políticas públicas no contexto político e social brasileiro, para indicar os reflexos no direcionamento das políticas públicas pelo Judiciário, sobretudo nas prestações de saúde e educação, que são direitos sociais consagrados pela Constituição Federal, comumente demandados pelos cidadãos nos tribunais.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO COMANDOS *PRIMA FACIE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A noção de garantias fundamentais deve ser compreendida diante de uma perspectiva histórica, para além da análise do texto constitucional e seus desdobramentos, de modo a alcançar o contexto social e a formação da sociedade em que estes direitos se encontram inseridos. José Afonso da Silva explica que a ampliação e as constantes transformações da sociedade ao longo dos anos tornam tarefa complexa a busca por um conceito sintético e preciso do termo. Agrega-se ainda o grande número de expressões comumente utilizadas para defini-lo, como direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, dentre tantas outras, que trazem, ao final, acepções correlatas à noção de direito fundamental (SILVA, 2009, p. 174).

O autor compreende que o termo “direitos fundamentais” é a expressão mais adequada dentre tantas outras. Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política própria de cada ordenamento, trata-se de uma forma de designar no direito positivo aquelas prerrogativas e instituições que garantem uma vida digna, livre e igual a todos, definindo situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza (SILVA, 2009, p. 175).

Eduardo Cambi destaca que os direitos fundamentais podem ser identificados como comandos *prima facie*, uma vez que, tal qual os princípios, somente no caso concreto é possível observar as suas possibilidades jurídicas e fáticas. Desta forma, sua efetivação deve-se dar da melhor forma possível, respeitando os limites fáticos e jurídicos. No entanto, destaca que há posicionamentos contrários à definição destas garantias como mandamentos de otimização, aproximando-os da noção de princípios, uma vez que existem direitos fundamentais que devem ser tratados como regras, uma vez que definem comandos definitivos. Apesar desta visão, entende que mesmo os direitos fundamentais que assumem o caráter de regra devem se submeter ao postulado da proporcionalidade (CAMBI, 2009). Sobre esse assunto o autor destaca que:

Os direitos fundamentais, por terem caráter geralmente principiológico, informam os atos do Estado e dos cidadãos, impondo a cada decisão de agir um processo racional de ponderação, cujo resultado não é único nem absoluto. Não há direitos fundamentais absolutos, na medida em que são dotados por imaneente reserva geral de ponderação, vale dizer independentemente da forma e da força constitucionais que lhes são atribuídas, podem ter de ceder diante da maior força ou peso que apresentar, no caso concreto, os direitos, os bens, os princípios ou os interesses de sentido contrário (CAMBI, 2009).

Cambi também faz a distinção entre as denominadas dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A primeira considera que eles são pretensões de vontade, sendo instrumentos para a realização de interesses individuais, que integram a autonomia pessoal, de modo que cada um decida se quer exercitar ou renunciar a este direito. A segunda dimensão trata estas garantias como consequência ou reflexo de um direito justo, como tarefa a ser realizada pelo poder público, que tem o dever de promoção dos direitos dos mais fracos (CAMBI, 2009).

Conforme evidencia Ingo Sarlet, um direito como fundamental é qualificado por aspectos formais e materiais no sistema constitucional brasileiro. No aspecto formal, o autor destaca que como parte da constituição escrita, estes direitos situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais. Ademais, são normas diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades públicas, e mediante as necessárias ressalvas e ajustes, os atores privados (SARLET, 2017, p. 321-322).

Quanto ao aspecto material, Sarlet entende que é necessária a análise do conteúdo dos direitos, exigindo-se construção hermenêutica e dogmática vinculada ao texto constitucional vigente, uma vez que o que se mostra como fundamental para determinada Estado pode não o ser para outro, apesar de existirem categorias universais e consensuais, como os valores à vida,

dignidade humana, por exemplo. Assim, determinado direito é visto como fundamental não apenas diante da relevância do bem jurídico tutelado, mas também diante da relevância daquele bem jurídico na perspectiva do constituinte. Deste modo, de maneira sintética, o autor define direito fundamental da seguinte forma:

E possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à Constituição e retiradas da disponibilidade dos poderes constituintes, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal (SARLET, 2017, p. 323).

José Afonso da Silva argumenta que as garantias fundamentais devem ser a todos, por igual, formalmente reconhecidas e concreta e materialmente efetivadas. Ao avaliar a eficácia e a aplicabilidade das normas que contém estes direitos, o autor destaca que a Constituição prevê expressamente que se trata de normas de aplicação imediata. No entanto, o próprio texto constitucional prevê situações em que a aplicabilidade de certas normas depende de legislação ulterior. Assim, em regra, as normas que preveem direitos fundamentais são de eficácia direta e aplicabilidade imediata, podendo haver situações em que se vislumbra uma eficácia limitada (SILVA, 2009, p. 175).

Ao discutir sobre a conceituação dos direitos fundamentais, Maria do Socorro Azevedo de Queiroz afirma que é difícil pensar no exercício das liberdades sem que para a efetivação, exercício e gozo destes direitos tenha um agir do Estado e da sociedade. Assim, conclui que é necessária a criação de condições materiais e institucionais, por meio da elaboração de normas legislativas e/ou executivas, que permitam a viabilização dos direitos fundamentais (QUEIROZ, 2011, p. 25).

Ao analisar aspectos referentes aos direitos fundamentais sociais prestacionais, a autora destaca um estreitamento da margem de discricionariedade do Poder Público. Não há um espaço livre de atuação, imune ao controle judicial, de forma que a Administração não pode optar por agir ou deixar de agir sob o amparo de um poder discricionário, sobretudo diante da ausência de definição do conteúdo pelas normas que expressam esses direitos. Desta forma, a discricionariedade é vista como um exercício vinculado ao atendimento dos direitos fundamentais, sempre pautada na busca pelo interesse público (QUEIROZ, 2011, p. 133).

A autora ainda acrescenta que a vinculação da discricionariedade ao interesse público ganha força com a constitucionalização dos direitos, de forma que, a Administração Pública passa a estar sempre direcionada ao cumprimento de mandatos constitucionais oriundos dos

direitos fundamentais (QUEIROZ, 2011, p. 136). Nesse sentido, Maria do Socorro Queiroz conclui:

Por essa perspectiva, a de vinculatividade da Administração Pública às prioridades constitucionais fundamentais, observamos que merece revisão a doutrina sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, que restringe a sindicância judicial dos atos apenas em seus elementos vinculados em lei, tais como competência, forma e finalidade, deixando o objeto e conteúdo à fixação pela escolha administrativa, conforme sua conveniência e oportunidade, o que configurava uma “discricionariedade administrativa” (QUEIROZ, 2011, p. 137).

Deste modo, Maria do Socorro Queiroz entende que a atuação da Administração deve ser controlada a fim de se verificar se sua ação cumpriu diretamente os mandamentos fundamentais constitucionais e, indiretamente, os objetivos fundamentais ali contidos. Diante de tal construção teórica, se assenta uma das bases da atuação do Judiciário como instrumento garantidor da efetivação dos direitos fundamentais constitucionais. No entanto, é tarefa complexa definir em que medida as decisões judiciais podem alcançar a esfera de atuação da Administração, sob pena de deslocar o centro decisório das políticas públicas para as mãos dos magistrados. As causas e os limites deste movimento serão discutidos no decorrer deste trabalho para compreender os seus reflexos na execução de políticas públicas.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO BASE DO DIREITO ADMINISTRATIVO, NA VISÃO DE SCHMIDT-ASSMANN

Schmidt-Assmann debate os reflexos no Direito Administrativo e na gestão pública decorrentes da opção constitucional pelo Estado de Direito e pelo regime democrático. Para o teórico, tratam-se de decisões constitucionais de caráter fundamental, que orientam os processos e as decisões do poder público, oferecendo padrões e modelos para a atuação administrativa (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 51).

Segundo o autor, o Estado de Direito tem como componentes mais relevantes a vinculação ao Direito e a eficácia dos direitos fundamentais. O primeiro componente refere-se à ideia de que a Administração Pública tem sua atuação condicionada à parâmetros do Direito, como a lei, os princípios, os direitos fundamentais e suas próprias regras internas. No entanto, entende que a real vinculação da Administração ao Direito, como adequada predisposição administrativa para impor suas próprias decisões, são pressupostos que devem ser observados de maneira sistêmica e ponderada, levando-se em consideração aspectos fáticos e a capacidade da Administração (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 55-63).

O segundo componente do Estado de Direito refere-se ao impulso dos direitos fundamentais sobre o Direito Administrativo. Ao discutir sobre esta influência, Schimdt-Assmann traz os seguintes apontamentos:

Os direitos fundamentais foram o componente do Estado de Direito que influenciou mais decisivamente a evolução do Direito Administrativo da guerra. Os direitos fundamentais atuam como um limite para as autorizações de intervenção administrativa, orientam o exercício da discricionariedade administrativa e impõem a concessão regulamentada de determinadas autorizações administrativas. Também impõem obrigações de fazer a Administração e servem para resolver conflitos normativos. Por meio dos mandatos de proporcionalidade, igualdade e segurança jurídica, todos derivados de direitos fundamentais, a Lei responde a necessidades elementares de racionalidade, prudência e orientação (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 71).³

Assmann aponta duas dimensões principais dos direitos fundamentais. A primeira delas, denominada dimensão de defesa, remete-se à ideia de impedir a intervenção negativa do Estado. É possível destacar, nesta perspectiva defensiva, a garantia da propriedade particular contra o poder estatal. A segunda dimensão, denominada protetiva, remete à criação de regras e procedimentos que viabilizem um determinado direito fundamental. Como exemplo, entende-se que uma determinada lei regulamentando o direito de greve dos servidores públicos alcançaria a dimensão protetiva (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 72-75).

É importante destacar ainda uma terceira dimensão discutida pelo autor, denominada dimensão prestacional. São aquelas situações em que o gozo de determinados direitos fundamentais está atrelado a prestações públicas. A Administração Pública lida com recursos escassos, de maneira que a inclusão ou limitação de determinada prestação constitui desafio complexo. Deste modo, faz-se indispensável o balizamento pelo princípio da reserva do possível e por orientações do Direito Financeiro. Conforme bem argumenta o autor, a debilidade do orçamento público não desaparece quando se trata de garantias fundamentais. Assim, não é razoável esperar que o Estado possa garantir de forma universal e equânime, sem que sejam estabelecidos quaisquer critérios, a prestação de serviços públicos na garantia dos direitos fundamentais (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 75-76).

³ Los derechos fundamentales han sido el componente del estado de derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho Administrativo d epos guerra. Los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discricionariedad administrativa e imponem el ortogamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. tambien imponem obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad e seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación (tradução nossa). (ASSMANN, 2003, p. 71).

No entanto, diante da opção constitucional pelo Estado de Direito, no qual o Estado se posiciona como sujeito central garantidor dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional, se torna legítima a pressão por respostas por parte da Administração Pública. Conforme explica Schmidt-Assmann, o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais permitiu ao Direito Administrativo introduzir uma dimensão individual, ou seja, toda ação deve considerar o interesse individual dos afetados. No entanto, o autor entende que a dimensão individual do Direito Administrativo deve estar atrelada ao princípio de proibição de excesso, do qual deriva os subprincípios da proporcionalidade, igualdade e proteção da confiança legítima (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 88-91).

Quando o cidadão se vê inerte diante do tamanho e complexidade do Estado, é comum que recorra a outras instâncias institucionais na busca por determinada garantia fundamental. No caso do Brasil, tem-se, conforme já explicitado, atuação cada mais expressiva do Poder Judiciário neste papel, determinando e orientando as decisões do Poder Executivo, conforme será discutido a seguir.

Contemplar o Direito Administrativo da perspectiva das garantias fundamentais implica tomar como ponto de partida os contextos que ganham sentido cada umas dessas garantias. Esse ponto de partida permite a identificação de novas partes especiais do Direito Administrativo, derivadas de específicos direitos fundamentais. Trata-se de novos âmbitos e setores do Direito Administrativo, que corroboram com as decisões administrativas. Como exemplo, é possível destacar noções da economia, do planejamento urbano, da engenharia, dentre tantos outros campos do saber, que fazem com que o planejamento e a execução das políticas públicas se estendam para muito além dos conceitos do Direito Administrativo.

Nesse sentido, diante de um contexto de judicialização de políticas públicas, as decisões que orientam a Administração passam a ser tomadas sob a perspectiva de garantia individual de direitos fundamentais, sem a incorporação de princípios e diretrizes de outras áreas de conhecimento, o que pode levar a decisões menos satisfatórias do ponto de vista do interesse público do que aquelas tomadas pela própria Administração (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 88-91).

3. A EXPANSÃO DA JUDICIALIZAÇÃO NO DIRECIONAMENTO DA ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO E SUAS PRINCIPAIS CAUSAS

Conforme explicam Estefânia Barboza e Katya Kozitki, o Brasil e o mundo vêm experimentando, de forma cada vez mais expressiva, a transferência do poder decisório do Executivo para os Tribunais. Tal movimento tem correlação com a ideia da supremacia constitucional, em que a adoção de Constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais protegidos, resultam num aumento da atividade do Poder Judiciário nas decisões políticas do Estado. Este crescimento vem ocorrendo não apenas de forma quantitativa, como também no aspecto qualitativo, de modo que as decisões judiciais vêm redesenhando os papéis e o funcionamento dos demais poderes (BARBOSA; KOZITKI, 2012, p. 59-60).

Ran Hirschl faz distinção entre três categorias abrangentes de judicialização. A primeira delas refere-se à proliferação de discursos, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos processos de elaboração de políticas públicas. Trata-se de um resultado da captura das relações sociais por parte do direito, sendo definido pelo autor como “judicialização das relações sociais”. A segunda categoria remete à judicialização da elaboração de políticas públicas, por meio do controle judicial de constitucionalidade de leis e de atos da Administração Pública. São decisões dos Tribunais que envolvem a proteção de direitos constitucionais, sendo que grande parte delas residem no campo da justiça processual. Por fim, a terceira categoria refere-se à judicialização do que o autor define como “megapolítica”, ou seja, a transferência para os tribunais de assuntos cuja natureza inclui debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem aspectos essenciais de toda uma comunidade, questões estas que refletem dilemas morais e políticos e não jurídicos (HIRSCHL, 2007, p. 142-147).

Segundo Loiane Verbicaro o aumento da judicialização da política tem relação com a superação do modelo de separação de poderes e com um novo posicionamento dos direitos fundamentais, ampliando a presença dos magistrados no campo de formulação e implementação de políticas públicas. Assim, conforme explica a autora, a política se judicializa no sentido de promover um encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado (VERBICARO, 2008, p. 391).

Verbicaro analisa um grupo de fatores que contribuem para o fortalecimento deste cenário. Primeiramente, se tem a promulgação da Constituição de 1988, que atribuiu expressiva importância aos princípios constitucionais e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, reconhecendo diversos direitos sociais e a garantia de sua proteção jurídica. Um

segundo fator é a universalização do acesso à justiça, como elemento indispensável à judicialização. Como terceiro ponto, se destaca a estrutura de repartição entre os poderes do Estado, que concede ao Poder Judiciário prerrogativas que o legitimam a atuar como poder limitador dos atos e decisões dos outros poderes. O caráter aberto e a existência de cláusulas indeterminadas no texto constitucional também dão margem à ampliação da atuação da justiça. Tem-se, ainda, aspectos de caráter socioeconômico, uma vez que o Brasil assistiu ao agravamento das desigualdades e da crise econômica nas últimas décadas, com explosão da crise social, o que levou à um aumento da procura aos tribunais a fim de restabelecer direitos fundamentais não resguardados pelo poder público (VERBICARO, 2008, p. 393-402).

Sobre este último fator, a autora acrescenta que há um descompasso entre a realidade, o sistema legal e os conflitos sociais o que levou o Estado a legislar de forma intensa. No entanto, quanto mais se produzem normas visando a neutralização ou pacificação de conflitos, mais se intensificam estes conflitos, dado um cenário de multiplicidade de regras, direitos e demandas, esvaziando a eficácia da própria lei (VERBICARO, 2008, p. 400-401).

Tem-se, assim, um movimento de substituição do papel Estado e de seus recursos institucionais em termos de planejamento, formulação e implementação de políticas públicas pelo papel do juiz, de forma que a agenda de acesso à justiça ganha status de política pública de primeira importância. Nesse cenário, o surgimento e expansão dos juizados de pequenas causas trazem uma aproximação maior do administrado ao Poder Judiciário, democratizando o acesso à justiça (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Ao discorrer sobre o tema na perspectiva da Ciência Política, Marcos Faro de Castro aponta que a judicialização ocorre quando o Poder Executivo ou o Poder Legislativo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Para o autor, tal processo contribuiria para a interação dos poderes e não é deletério da democracia, sendo, em verdade, um desdobramento das democracias contemporâneas, com uma aproximação entre o direito e a política, tornando-se difícil distinguir, em vários casos, um direito e um interesse político (CASTRO, 1996, p. 2-3).

Ao analisar a experiência brasileira, Diogo Coutinho aponta que o debate tem como parâmetro jurídico central o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2019). Diante do referido dispositivo, o Judiciário não poderia recusar a analisar qualquer ato administrativo editado pela Administração Pública, que lese ou ameace lesar qualquer direito dos administrados. No entanto, a despeito da referida previsão, o grau de

interferência na dinâmica de planejamento e de implementação de políticas públicas pode variar conforme o perfil de atuação do juiz (COUTINHO, 2013, p. 12).

Coutinho destaca que, há magistrados com perfil dito “ativista”, ou seja, que consideram que parte de seu papel é justamente definir os rumos de determinada política pública. Estes juízes atuam diante de uma suposta omissão da Administração Pública frente aos administrados, corrigindo equívocos de decisões ou de omissões dos agentes públicos que supostamente ferem algum direito fundamental. Do outro lado, há magistrados que se limitam à análise meramente formal dos atos administrativos, ou seja, não se dedicam à análise de mérito das decisões da Administração Pública, mas ao papel de assegurar que os procedimentos que direta ou indiretamente a regulam sejam respeitados (COUTINHO, 2013, p. 15).

O fenômeno da judicialização se expandiu no Brasil em diversos campos de políticas públicas, dando, em muitos casos, um contorno individual para prestações que devem ser planejadas e conduzidas com foco na coletividade. Em alguns setores, como saúde e educação - direitos sociais positivados no texto constitucional - o acionamento das instâncias judiciais como forma de garantir a atuação do Estado vem sem consagrando como ferramenta comum entre os cidadãos, causando uma redução da capacidade decisória do Poder Executivo, conforme será discutido a seguir.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA SAÚDE E EDUCAÇÃO

Vanice Lírio do Valle destaca que as manifestações do chamado *judicial review* no Brasil não se limitam aos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade. É no campo do chamado controle difuso, sobretudo naquele que reclama omissões constitucionais do Estado, é que se tem o campo mais fértil de judicialização de políticas públicas, ou seja, nos planos de atuação do Estado, em cada uma das áreas que abarcam, direta ou indiretamente, um direito fundamental (VALLE, 2011, p. 13).

Ao se discutir a influência e direcionamento do Poder Judiciário em termos de políticas públicas a cargo do Executivo, merece destaque uma análise sobre o fenômeno na garantia do direito fundamental à saúde. O direito social à saúde está positivado no texto constitucional, nos termos do art. 6º e do art. 196, este último, consagrando a sua universalidade e a obrigatoriedade do Estado em garantir a sua efetivação (BRASIL, 1988).

Conforme explica Silvia Badim Marques, as políticas públicas devem racionalizar a prestação coletiva pelo Estado, de modo a atender às principais necessidades da população em

termos de assistência à saúde, garantindo a justiça distributiva, inerente à efetivação dos direitos sociais. Assim, é indispensável que a atuação do Poder Judiciário seja capaz de incorporar este caráter distributivo das políticas no conteúdo de suas decisões. No entanto, se trata de tarefa complexa, uma vez que a justiça não pode deixar sem resposta casos concretos que são submetidos à sua avaliação, muitos deles de caráter emergencial, cuja urgência não encontra solução efetiva diante da sistematização burocrática e muitas vezes dispersa das políticas em andamento (MARQUES, 2008, p. 66).

Assim, conforme explica Vanice Lírio do Valle, disfuncionalidades na prestação de serviços públicos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, que comprometem a garantia da universalidade, tem forçado, de forma cada vez mais ampla, um amontoado de ações na justiça movidas por sujeitos individuais em busca de remédios, exames, internações, intervenções cirúrgicas, dentre outras prestações. Assim, segundo a autora, a afirmação judicial de um direito subjetivo a este tipo de outorga estatal, em nome da preservação da dignidade humana, traz uma discussão que vai além da disponibilidade de recursos financeiros e da repartição de competências entre os poderes. Destas decisões judiciais emergem discussões complexas, como o uso de medicamentos experimentais; a vinculação de certo órgão público ao uso de um medicamento específico, quando poderiam ser utilizados outros de efeito similar ou o dever de garantia de determinado serviço ou bem que não se relaciona diretamente com a tutela à vida, mas com o bem-estar individual. Tem-se, portanto, a concretização de precedentes que, no curto ou médio prazo, direcionam e limitam a capacidade de manobra e de discricionariedade do poder público na orientação das políticas de saúde (VALLE, 2011, p. 15).

Ao discutir sobre a universalidade do acesso à saúde e as decisões judiciais nesse sentido, Ingo Sarlet aponta:

O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade (SARLET, 2012, p. 579-580).

Dados da Confederação Nacional dos Municípios- CNM apontam que as ações judiciais na área da saúde referem-se, primordialmente, a demandas por fornecimento de medicamentos; seguida por ordens de internações e tratamentos especiais. A pesquisa também apontou que a maior dificuldade dos municípios no cumprimento destas decisões reside na escassez de recursos financeiros, face à ausência de previsão da demanda no orçamento. De maneira geral,

as decisões judiciais especificam nomes comerciais de medicamentos, o que torna a sua aquisição mais cara ao governo e inviabiliza a sua substituição por outros tratamentos. Outra dificuldade apontada pelos municípios refere-se à ausência de recursos humanos especializados, sobretudo em razão da concentração de certas especialidades nos grandes centros urbanos (ALBERT, 2016, p. 157-159). Assim, nota-se que há um descompasso entre o trabalho do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde e a capacidade de resposta dos gestores públicos, por fatores diversos, que incluem elementos de ordem financeira, técnica, conjuntural e a própria configuração do Sistema Único de Saúde – SUS.

Pesquisa desenvolvida para o Conselho Nacional de Justiça - CNJ sobre a judicialização da saúde no Brasil, do ano de 2015, apontou que durante muitos anos as decisões na área estiveram fortemente orientadas pelo convencimento pessoal dos magistrados, sem padronização ou uma discussão mais aprofundada sobre o tema. No entanto, esse crescimento do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde do país trouxe a necessidade de se criar uma atuação mais coordenada e estratégica, buscando estabelecer o que o trabalho denominou de uma política judiciária para a saúde, que envolve desde a criação de um Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, até a Comitês Estaduais de Saúde, incluindo uma interface participativa neste processo (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p.10).

Houve até mesmo a expedição de diversas decisões reiteradas, nos tribunais superiores, no sentido da autocontenção do Poder Judiciário quanto a sua interferência em políticas públicas na área da saúde. Ilustra-se esta assertiva com a questão da dispensa de medicamentos que foi objeto do tema repetitivo nº 106 do STJ, segundo o qual:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.⁴ (BRASIL, 2018)

Nota-se, portanto, um movimento em torno da construção e fortalecimento de uma estrutura própria do Judiciário no sentido de se garantir maior subsídio técnico às decisões na área. Resta saber se os esforços em torno desta estratégia não representam a atuação em

⁴ Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018.

duplicidade com o Poder Executivo e a consolidação de uma atuação excessiva dos magistrados nos rumos da política de saúde do país.

Também merece destaque a atuação do Poder Judiciário, em decisões que direcionam as ações do Poder Executivo na área da educação. O direito à educação, assim como à saúde, está previsto no rol de direitos sociais do art. 6º do Texto Constitucional e suas diretrizes e regras estão estabelecidas no conteúdo do art. 208, que reconhece a educação como direito público subjetivo, sendo passível a exigência de sua prestação pelo Estado (BRASIL, 1988).

Cury e Ferreira destacam que fatores diversos contribuem para o aumento da judicialização da educação. Primeiramente, se tem o reconhecimento efetivo do direito social à educação por força da Constituição, sendo fortalecido por legislações posteriores, como Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o que garantiu o instrumental jurídico necessário para dar ação concreta ao referido direito. Tem-se também um posicionamento mais ativo da comunidade na busca pela consolidação da educação. Como terceiro fator, é possível destacar o fortalecimento de uma rede, especialmente em prol dos direitos da criança e do adolescente, estabelecendo uma atuação ativa de atores diversos, incluindo o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Defensorias Públicas (CURY; FERREIRA, 2009, p. 33 a 35).

Para além da garantia do acesso ao ensino público de qualidade, os autores levantam outros temas que são objeto comum de discussão nos Tribunais quanto à garantia do direito à educação. Dentre eles, destacam ações relacionadas ao fornecimento e à qualidade de merenda escolar; garantia do transporte escolar; falta de professores; condições para desenvolvimento do aluno com deficiência; adequação de prédios escolares; vagas em creche e em pré-escola e problemas disciplinares. Nota-se, tal qual no caso da saúde, que grande parte das ações judiciais esbarram na (in)disponibilidade de recursos físicos, humanos e financeiros por parte do Poder Executivo, o que faz com que o Poder Judiciário assumira a direção das prioridades em termos de políticas públicas (CURY; FERREIRA, 2009, p. 35 a 38).

Carlos Cury e Luiz Miguel Ferreira destacam ainda algumas consequências do fenômeno da judicialização da educação. É comum a incidência de situações em que há uma transferência de responsabilidade, de modo que, determinadas questões que poderiam ser solucionadas na própria escola, são submetidas à apreciação judicial. Em muitos casos, esta transferência é suscitada pelos próprios profissionais da educação, de modo a se afastarem da solução dos problemas.

O desconhecimento do sistema educacional e um certo despreparo para lidar com os problemas relacionados ao tema por parte da justiça e dos órgãos de controle também podem

trazer impactos negativos. Nesse sentido, os autores destacam que é comum um certo exagero na atuação, com a instauração de protocolos, inquéritos civis, procedimentos judiciais para situações que seriam passíveis de solução pela própria Administração, o que demandaria menor custo e garantiria maior celeridade (CURY; FERREIRA, 2009, p. 43-44).

5. PRINCIPAIS REFLEXOS DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Vanice Lírio do Valle destaca duas objeções à inserção do Judiciário ao centro do debate em torno do cumprimento de deveres estatais. Primeiramente, a autora cita que a desagregação da justiça determina o tratamento de direitos fundamentais sociais a partir de uma perspectiva que dá preferência à esfera individual, criando um critério de seletividade que não condiz com a efetivação dos direitos fundamentais. Como exemplo, a autora cita o já discutido direito à saúde, cuja universalidade está assegurada no texto constitucional, mas que, diante da judicialização, tem sido tutelado somente àqueles que tem acesso ao Poder Judiciário. Nesse caso, a autora ainda acrescenta que é necessária a sorte do demandante, de modo que o magistrado compreenda o conteúdo do direito demandado e sua decisão de fato contribua para a garantia da universalidade (VALLE, 2011, p. 18).

Outro risco levantado por Vanice do Valle diante do deferimento de ampla liberdade ao Judiciário na correção de escolhas ou omissões administrativas refere-se, em suas palavras, à “eclosão de uma prática de racionalidade jurídica conjuntural”, que resulta em uma distribuição de recursos públicos e orientação da Administração desprovida de transparência e imparcialidade (VALLE, 2011, p. 18). Nesse sentido, a autora enxerga um risco à democracia, conforme pode ser extraído do trecho a seguir:

Nesse sentido, aprofunda-se o risco democrático da excessiva judicialização da política – não porque os formuladores das escolhas não sejam eleitos, como no argumento corriqueiro de oposição à correção judicial do agir do poder, mas porque as opções feitas por esses mesmos agentes controladores não se revestem da visibilidade que é própria de um entendimento de democracia que a identifica com o poder em público⁵. Apesar do apelo do recurso argumentativo da proteção à dignidade da pessoa, a evocação tão-somente desse mantra para fins de outorga de prestações individuais não assegura um nível mínimo de uniformidade nas pautas hermenêuticas do Judiciário, o que pode conduzir, na advertência de Faria⁶, a uma esquizofrenia jurídica travestida de “direito livre” (VALLE, 2011, p. 18).

5 Norberto Bobbio, *Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos*, org. por Michelangelo Bovero, trad. de Daniela Beccaccia Versiani. 9ª reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 386.

6 José Eduardo Faria, “As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, 1.ª ed., 4.ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 66.

Conforme expõe Diogo Coutinho, a execução de políticas públicas requer certa margem de manobra e de adaptação por parte dos agentes públicos, permitindo a escolha de meios alternativos que garantam o alcance do interesse público. Políticas públicas devem ser pensadas diante de um contexto social, sendo, portanto, indispensável alguma margem para adaptação e um arcabouço jurídico minimamente flexível. No entanto, as discussões estão mais pautadas em diferenciar o conteúdo dos atos vinculados e discricionários do que em definir critérios para orientar as escolhas dos agentes, o que reduz a segurança na execução das políticas e aumenta a margem para judicialização (COUTINHO, 2013, p. 12).

O autor ainda acrescenta que a distância do Poder Judiciário do estudo aplicado e da pesquisa de políticas públicas nos seus mais variados ramos, impede que eles desenvolvam o conhecimento específico e necessário para adentrar em um ramo amplo e complexo, que envolve distintas áreas de conhecimento (COUTINHO, 2013, p. 13).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido neste trabalho, ao longo dos últimos anos, intensificou-se o movimento de transferência de decisões do Poder Legislativo, responsável pela elaboração de leis instituídas para a garantia da efetivação dos direitos fundamentais, e do Poder Executivo, instância responsável pela implementação de políticas públicas destinadas à garantia destes direitos, para o nível decisório do Poder Judiciário.

Conforme bem explica Schmidt-Assmann, na opção constitucional pelo Estado de Direito, o Estado se posiciona como garantidor de direitos fundamentais. No entanto, a efetivação de muitos destes direitos acabou assumindo uma dimensão individual, sem considerar os limites de alcance das políticas públicas. É dentro deste contexto que a judicialização de políticas se torna uma alternativa no sentido de efetivar a universalidade de direitos que o Poder Executivo não tem sido capaz de viabilizar.

Se de um lado temos muitos cidadãos recorrendo ao Judiciário com demandas individuais e uma justiça compelida a dar respostas diante de sua função garantidora do cumprimento dos direitos fundamentais, de outro lado, temos um Poder Executivo dotado de recursos escassos, com um conjunto de atribuições e responsabilidades superior à sua capacidade de respostas, ou muitas vezes mergulhado em uma inércia administrativa, que

contribui para o crescente aumento da omissão da Administração. Assim, é importante que sejam pensados avanços sob as duas perspectivas.

Ao Poder Judiciário cabe compreender e capturar a essência da formulação e implementação políticas públicas, suas limitações enquanto instância decisória e a necessidade de imprimir um caráter distributivo em suas disposições, de modo que considerem os limites de universalidade dos programas e ações públicas. Deve ainda considerar que políticas públicas são dimensionadas segundo critérios técnicos, que levam em consideração elementos e a expertise de profissionais de distintas áreas de conhecimento, o que, de certa maneira, reduz a legitimidade das decisões judiciais que alcançam o mérito das decisões administrativas. Ressalta-se ainda que grande parte das demandas judiciais se referem a pleitos individuais, de modo que o direcionamento das políticas públicas dado pelo conteúdo das sentenças acaba por não trazer um impacto social efetivo. Assim, tem-se a resolução de questões singulares que nem sempre são condizentes com as prioridades estabelecidas conforme critérios técnicos.

De outro lado, o Poder Executivo brasileiro tem muito a avançar em termos de planejamento e execução de políticas públicas. O serviço público do país ainda carece de um processo efetivo de reestruturação em diversos setores, com a inserção de práticas mais modernas; redução da burocracia; fortalecimento e capacitação do corpo técnico; melhor distribuição de recursos; e fortalecimento da articulação entre as diversas políticas públicas implementadas. Tem-se ainda um sistema político cujo histórico é marcado por práticas e escândalos de corrupção, o que também contribui para a redução da legitimidade da atuação dos gestores públicos, fortalecendo a imagem do Judiciário como instância capaz de garantir a correta aplicação dos recursos públicos, o que fortaleceu ainda mais o fenômeno da judicialização nos últimos anos.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Carla Estefânea. Análise sobre a judicialização da saúde nos municípios. **Revista Técnica CNM 2016**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em: nov. de 2019.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. 140p. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em: nov. de 2019.

BARBOZA, Maria de Queiroz Estefânia; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista de Direito GV**, São Paulo, p. 59-86; 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03>. Acesso em: nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema nº106. Acórdão de Mérito do Recurso Especial nº 1.657.156 – Rio de Janeiro. Publicado em: 04/05/2018. Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: nov.2019.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **XX Encontro Anual da ANPOCS**, Caxambu-MG, 1996. Disponível em <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file>. Acesso em: nov. 2019.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.) **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017. p. 182-200.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A Judicialização da educação. **Revista CEJ**, Brasília, a. 13, n. 45, p. 32-45, abr./jun., 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23663.pdf>. Acesso em: nov. 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

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, 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: nov. 2019.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out. 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117>. Acesso em: nov. 2019.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá Editora, 2011. 194p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 926p.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoria general del derecho administrativo como sistema**. Madri: INAP – Marcial Pons, 2003.

VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização de Políticas Públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. **Revista Jurídica**: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2013. Disponível em www.tjrj.jus.br > estatico > docs > revista-juridica > artigos > artigo3. Acesso em: dez 2019

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, n. 4, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2>. Acesso em: nov. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov., 2007. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: nov. de 2019.

Recebido – 30/09/2020

Aprovado – 25/10/2020