

DEMOCRACIA E OS PARADOXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

*DEMOCRACY AND THE PARADOXES OF THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH
IN BRAZIL*

*LA DEMOCRACIA Y LAS PARADOJAS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SALUD EN BRASIL*

Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti¹
Bruno Amaral Machado²

Resumo: A judicialização das políticas públicas de saúde é assunto controverso, que já recebeu críticas e louvores dos mais diversos setores jurídicos e sociais. Entre as principais críticas emprestadas ao tema, figuram a problemática da escassez de recursos e as dificuldades democráticas da intervenção judicial no âmbito tradicionalmente político da construção e da implementação de políticas públicas. O objetivo deste artigo é abordar, por

1 Graduação em Direito pela UnB. Especialização em "Ordem Jurídica e Ministério Público" pela FESMPDFT. *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School. Mestranda em Direito Público pela Universidade de São Paulo. Advogada, Brasília/DF, Brasil. (anabeatrizrobvalho@gmail.com).

2 Professor da FESMPDFT e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito pelo Uniceub. Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona. Pós-doutorado pela UnB/ John Jay. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília/DF, Brasil. (brunoamachado@hotmail.com).

meio da análise documental da legislação, das recentes decisões do STF e da literatura nacional e estrangeira produzida sobre o tema, as críticas em relação a uma terceira e menos explorada consequência da judicialização de políticas públicas: o comprometimento da transparência de decisões políticas fundamentais. A interferência judicial na área de saúde oferecerá, nesse contexto, o panorama ideal para explorar as graves consequências da diminuição das possibilidades de *accountability* no exercício estatal de escolhas trágicas, acrescentando uma nova perspectiva restritiva à possibilidade de judicialização das políticas públicas de saúde.

Palavras-Chave: Judicialização – políticas públicas – escolhas trágicas – autocontenção – *accountability*.

Abstract: The judicialization of public health policies is a controversial subject, which has received criticism and praise from the most varied juridical and social sectors. Amongst the main criticisms of the subject is the problem of a lack of resources, and the democratic difficulties of judicial intervention in the traditionally political sphere of designing and implementing public policies. This paper explores, through analysis of the legislation, judicial decisions of the Supreme Court and foreign and the national and foreign literature produced on the subject, criticisms in relation to a third and less explored consequence of the judicialization of public policies: the undermining of the transparency of fundamental political decisions. Judicial involvement in the area of health will offer, in this context, an ideal landscape for exploring the serious consequences of the decrease in accountability possibilities in the state exercise of tragic choices, adding a new restrictive perspective to the possibility of judicialization of public health policies.

Keywords: Adjudication – public policies – tragic choices – self-restraint – accountability.

Resumen: La judicialización de las políticas públicas de salud es un tema controvertido que ya recibió críticas y elogios de los más diversos sectores jurídicos y sociales. Entre las principales críticas prestadas al tema figuran la problemática de la escasez de recursos y las dificultades democráticas de la intervención judicial en el ámbito tradicionalmente político de la construcción y de la implementación de políticas públicas. El objetivo de este artículo es abordar, por medio del análisis documental de la legislación, de las

recientes decisiones del STF y de la literatura nacional y extranjera producida sobre el tema, las críticas en relación a una tercera y menos explotada consecuencia de la judicialización de las políticas públicas: el compromiso de la transparencia de decisiones políticas fundamentales. En ese contexto, la interferencia judicial en el área de la salud ofrecerá el panorama ideal para explotar las graves consecuencias de la disminución de las posibilidades de *accountability* en el ejercicio estatal de elecciones trágicas, agregando una nueva perspectiva restrictiva a la posibilidad de judicialización de las políticas públicas de salud.

Palabras clave: Judicialización; Políticas públicas; Elecciones trágicas; Autocontención; *Accountability*.

INTRODUÇÃO

A judicialização das políticas públicas é tema que tem sido extensamente debatido, com conclusões notadamente cíclicas³. A começar pela própria natureza dos direitos sociais, passando pelo grau de coercitividade das normas constitucionais dirigidas ao administrador e alcançando a capacidade (e oportunidade) do judiciário de interferir nesse processo de concretização de maneira legítima. Defensores das mais diversas perspectivas quanto ao tema parecem concordar com sua absoluta *fundamentalidade* para a efetividade do Estado Democrático de Direito e as inegáveis dificuldades de concretização no quadro econômico-fático em que o país se encontra na atualidade⁴.

3 Ver TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995. Sobre o fenômeno no Brasil, ver VIANNA, Luís Werneck et alii. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

4 Dentre outras contribuições importantes ao debate, que incluem panoramas amplos do contexto da judicialização de políticas públicas no Brasil e as contradições filosóficas e jurídicas que permeiam o tema, destacam-se SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599. BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/pdf/estudobarroso.pdf> (acessado em 15 set. 2016). LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais. In: José Eduardo

O sistema formado pelos direitos constitucionais sociais vem constantemente acompanhado pela noção de proporcionalidade⁵. De um lado da balança equilibram-se as garantias constitucionais à vida, à dignidade, à integridade física, à felicidade, enfim, garantias de natureza individual que se ligam umbilicalmente a outras, de natureza social, tal qual a saúde, a educação, a moradia e a previdência social. Contrapõem-se a essas, por um ângulo, limitações de natureza econômica, que envolvem conceitos como a reserva do possível e a primazia do interesse público e, por outro, preocupações com a manutenção do princípio democrático e com a separação de poderes, uma vez que tal sopesamento é frequentemente colocado nas mãos do Poder Judiciário.

A questão tem sido objeto de pesquisas, em diferentes áreas e enfoques. Reconhece-se que a saúde é um direito fundamental que deve ser garantido judicialmente. Alerta-se, contudo, para o risco de comprometimento grave dos orçamentos públicos⁶. Enquanto parte da teoria jurídica digladiava-se com

Faria (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 113-143. SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 164-165.

- 5 O próprio Robert Alexy, precursor do debate sobre o princípio da proporcionalidade e o sopesamento no conflito entre direitos fundamentais, insere os direitos sociais nessa lógica, afirmando que "Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos." (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512).
- 6 Conferir, entre outros, TRAVASSOS, Denise Vieira; FERREIRA, Raquel Conceição; VARGAS, Andréia Maria Duarte; MOURA, Rosa Núbia Vieira; ARAÚJO, Elza Maria; MARQUES, Daniela de Freitas e FERREIRA, Efigênia. Judicialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 18, n. 11, Rio de Janeiro, nov. 2013. Disponível em: http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013001900031. Acesso em: 19 out. 2016. MASSAÚ, Guilherme Camargo e BAINY, André Kabke. O impacto da judicialização da saúde na comarca de Pelotas. *Revista de Direito Sanitário*, vol. 15 n. 2, São Paulo, p. 46-65, jul./out. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/88357/91233>. Acesso em: 19 out. 2016. MENDES, Áquilas e MARQUES, Rosa Maria. Sobre a economia da saúde: campos de avan-

os pormenores de tal dinâmica, proliferam-se decisões judiciais que adotam posicionamento cada vez mais firme em prol da proteção dos direitos sociais, com inequívocos impactos nas políticas públicas estabelecidas pelos poderes legitimados para tanto⁷. Porém, a interferência do judiciário para garantir os direitos sociais do indivíduo que o aciona em face da negativa da Administração não parece ainda ter sido suficientemente debatida pela teoria jurídica, seja em relação aos efeitos financeiros na capacidade econômica do Estado, seja sobre os desdobramentos teóricos de tal interferência no papel atribuído ao Poder Judiciário na ordem constitucional.

A preocupação não se restringe ao campo jurídico. O impacto da judicialização nos custos da saúde é tema que tem despertado a atenção de diferentes grupos e setores sociais. Em evento realizado em junho de 2016, na cidade de São Paulo, que contou com especialistas no tema, debateram-se especialmente a escassez de recursos e a necessidade de uma discussão aberta com a sociedade sobre a

ço e sua contribuição para a gestão da saúde pública no Brasil. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et AL (Orgs.). *Tratado de Saúde Coletiva*. 2 ed. São Paulo: Hucite, 2012, pp. 247-281. VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. *Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde*. Physis, Vol. 20, n. 1, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006. Acesso em: 19 out. 2016. OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes; DELDUQUE, Maria Célia; SOUSA, Maria de Fátima; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. *Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas?* Saúde Debate, v. 39, n. 105, abr-jun. 2015, pp. 525-535. WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa*. Revista de Administração Pública, vol. 48, n. 5, Rio de Janeiro, set-out. 2014. MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. *Judicialização do acesso a medicamento no estado de Minas Gerais*. Revista de Saúde Pública, v. 45, n. 3, 2011, p. 590-598. NUNES, R. P. *Judicialização no âmbito do Sistema Único de Saúde: um estudo descritivo sobre os custos das ações judiciais na saúde pública no município de Juiz de Fora*. Dissertação. Programa de Mestrado em Saúde Coletiva. Faculdade de Medicina. Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. SOUZA, B. V. *A judicialização das políticas públicas na área de saúde e seus impactos no orçamento dos municípios do Estado do Paraná*. Trabalho de conclusão do Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2012. UENO, P. H. *Judicialização em saúde: impactos e desafios para a gestão de saúde*. Trabalho de conclusão da Graduação em Gestão de Serviços de Saúde. Escola de Enfermagem. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde*. Physis, Rio de Janeiro, vol. 20, n. 1, jan. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004-&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 19 out. 2016.

7 Ver, nesse sentido, entre outros, RE 271.286 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello; RE 273.834 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello; STA 268, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 773.049, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 823.521, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AI 839.594, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 566.271, Rel. Min. Marco Aurélio.

necessidade de escolhas e os seus custos sociais⁸. O tema também tem ocupado a agenda dos gestores públicos. Os valores pagos por determinação judicial cresceram cerca de 500% entre 2010 e 2014 e não há evidência de que o quadro tenha se alterado nos últimos anos. Conforme veiculado pelo Portal da Saúde do Ministério da Saúde: “Em cinco anos, mais de 2, 1 bilhões de reais foram gastos com ações judiciais”. Alerta-se que o orçamento para os programas de atendimento coletivo da população “tem sido consumido cada vez mais” pela judicialização da saúde⁹.

Por outro lado, a *forma* de acesso à justiça não é irrelevante para o enfoque das questões envolvidas. A interferência judicial torna-se certamente mais prudente quando a demanda tem natureza coletiva, ao invés de individual, e torna-se impossível ignorar as consequências econômicas e sistêmicas da decisão mesmo dentro dos limites da lide. Nesses casos, torna-se comum a reversão do problema às instâncias políticas, com o exercício do controle fraco de constitucionalidade, tal como idealizado por pensadores como Cass Sunstein¹⁰ e Mark Tushnet¹¹.

A constatação de que a forma mais efetiva de proteção dos direitos coletivos é a demanda individual constitui o primeiro indício de que algo não funciona bem no sistema constitucional de proteção dos direitos sociais. Enquanto o debate doutrinário não consegue extrair conclusões acerca do melhor equilíbrio a ser alcançado pela atuação judicial em matéria de políticas públicas, o próprio judiciário continua a produzir decisões sem a necessária e completa observância das circunstâncias jurídicas e até mesmo fáticas envolvidas na demanda.

Esse artigo procurará inserir-se em tal debate sob uma perspectiva crítica à judicialização de políticas públicas – já familiar no âmbito da discussão –, mas trazendo à voga uma nova perspectiva: o modo através do qual a interferência judicial na execução de políticas públicas pode comprometer a transparência e

8 Disponível em: <http://gama-ca.com.br/noticias/o-impacto-da-judicializacao-nos-custos-da-saude/>. Acesso em: 19 out. 2016.

9 Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>. Acesso em: 19 out. 2016.

10 TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2008.

11 SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

o *accountability* das práticas governamentais com severas consequências para o sistema democrático.

A saúde oferece palco particularmente propício para a observação de toda essa dinâmica, produzindo exemplos hiperbólicos de direitos fundamentais ameaçados pela inércia estatal (para além da própria saúde, a dignidade da pessoa humana e a vida estão frequentemente em jogo no mesmo patamar) e das insuficiências sistêmicas que frustram sua realização, dado o alto custo das demandas que são apresentadas. Direitos fundamentais são confrontados com a incontornável limitação orçamentária do Estado – da qual dependem, inexoravelmente, os direitos fundamentais de milhares de outros indivíduos –, construindo um familiar paradoxo que, por seu acentuamento, conduz a decisões igualmente agudas em sua inadequação.

A solução para a problemática apresentada perpassa questionamentos acerca da própria natureza dos direitos sociais, da efetividade da teoria das gerações de direitos e do custo envolvido na concretização dos mesmos. O objetivo deste artigo é discutir não apenas em que medida as demandas judiciais concedidas atendem ao propósito de satisfação de necessidades sob uma perspectiva social, mas também, como apontado, refletir sobre as implicações da interferência judicial neste âmbito para a democracia.

Para este fim, pretende-se analisar como a dinâmica da judicialização das políticas de saúde afeta a transparência do processo decisório relativo à alocação de recursos públicos, através da análise documental da legislação, das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e da literatura nacional e estrangeira produzida sobre o tema. Ao fim, objetiva-se concluir até que ponto a perspectiva da transparência e da publicidade pode interferir negativamente sobre a possibilidade de judicialização de políticas públicas.

DEMOCRACIA, DIREITOS SOCIAIS E ESCOLHAS TRÁGICAS

A análise da judicialização de políticas públicas supõe breve descrição do panorama teórico construído sobre os direitos sociais. Em abordagem clássica

dos direitos fundamentais sugeriu-se a classificação em gerações, conforme o surgimento histórico e as respectivas obrigações que diferentes tipos de direitos impõem ao Estado em prol do indivíduo. Assim, os direitos de primeira geração, nascidos da Revolução Francesa, impunham ao Estado obrigação negativa, de abstenção. Já os direitos de segunda geração, oriundos da Revolução Industrial, atribuíam ao Estado obrigação positiva, na forma de uma prestação necessária à sua efetivação¹².

Esse esforço didático em representar os direitos fundamentais em classes marcadas por suas características básicas, principalmente em dois aspectos – a relação jurídica formada entre o indivíduo e o Estado e a fonte histórica de surgimento desses direitos como integrantes de um quadro amplo de reivindicações sociais frente aos poderes estatais –, ainda é adotado por parte da teoria jurídica brasileira, em especial nos manuais de direito constitucional¹³.

No entanto, é certo que tal diferenciação clássica encontra-se ultrapassada. Isso porque, primeiramente, o vertiginoso desenvolvimento experimentado pela disciplina dos direitos humanos a partir da segunda metade do século XX há muito superou não apenas a dicotomia que marca a diferenciação clássica entre gerações, que passa a contemplar direitos classificados como de terceira, quarta e quinta gerações – isso apenas para citar algumas das mais difundidas –, mas também a própria insinuação, subjacente à teoria, de que há uma *sucessividade* histórica e hierárquica entre esses direitos. É certo que não se pode marcar o momento em que direitos de primeira geração completaram seu reconhecimento para dar lugar aos de segunda geração, e assim por diante. De fato, muitos direitos considerados de primeira geração só foram reconhecidos depois que os tradicionais direitos de segunda geração eram lugar-comum em ordenamentos jurídicos mundo afora¹⁴.

12 A consagração da teoria das gerações dos direitos fundamentais pode ser conferida na clássica obra de Bobbio. Ver BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

13 Ver BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 137. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 155 e ss.

14 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 59-60. Para outras análises críticas da tradicional diferenciação entre direitos individuais e sociais, ver MICHELMAN, Frank I. The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification, **International Journal of Constitutional Law**. Vol. 1, 2003, pp. 13-34, e ainda ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

Ademais, a noção de abstenção do Estado nos direitos de primeira geração já não se justifica diante da constatação de que, tanto quanto nos direitos de segunda geração, para a efetivação daqueles, faz-se necessária a ativa intervenção do Estado e a construção de um amplo aparato pela máquina pública. Daí a moderna noção de que, independentemente de sua natureza social ou individual, todos os direitos geram custos ao Estado. Esta concepção vem crescendo nos últimos anos e pode ser identificada nas proposições de autores de distintas tradições jurídicas, como Virgílio Afonso da Silva¹⁵, bem como por Cass Sunstein e Stephen Holmes¹⁶.

Sunstein e Holmes desenvolveram longo estudo acerca dos custos envolvidos na concretização de direitos, cujas conclusões decorrem da premissa de que todos os direitos são positivos. No espírito da escola do *Law and Economics*, analisam a concessão de direitos como decisões acerca da alocação de recursos, demonstrando como até as mais básicas liberdades dependem do orçamento estatal para sua efetivação:

Direitos tem custos porque remédios tem custos. A execução [de direitos] é cara, especialmente a execução uniforme e justa; e direitos são vazios na medida em que permanecem sem execução. Formulado de forma distinta, quase todo direito implica um dever correlacionado, e deveres são levados a sério somente quando a não-observância é punida pelo poder público, extraído do orçamento público. Não há direitos legalmente exigíveis na ausência de deveres legalmente exigíveis, motivo pela qual a lei só pode ser permissiva se for simultaneamente obrigatória. Isso significa dizer que a liberdade do indivíduo não pode ser assegurada meramente pela limitação da intervenção governamental com a liberdade de ação e de associação. Nenhum direito é simplesmente um direito se não for perturbado pelos órgãos públicos. Todos os direitos são reivindicações a uma resposta governamental afirmativa. Todos os direitos, em sentido descritivo, são garantias definidas e protegidas por lei. (...) Se os direitos fossem meramente imunidades contra a interferência pública, a mais alta virtude do governo (no que concerne ao exercício de direitos) seria a paralisia ou a incapacidade. Mas um Estado incapaz não pode proteger liberdades individuais, mesmo aquelas que parecem ser

15 Em diversas oportunidades, como em **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011, e O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO; SARMENTO, 2008.

16 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights:** why liberty depends on taxes. Nova York: W. W. Norton & Company, 2005.

totalmente “negativas”, como o direito a não ser torturado por policiais e carcereiros. Um Estado que não consegue providenciar visitas a encarceramentos e prisões por parte de médicos pagos com dinheiro público, preparados para submeter provas verossímeis em julgamento, não pode efetivamente proteger os encarcerados contra torturas e espancamentos. Todos os direitos têm custos porque todos os direitos pressupõem o financiamento público de uma máquina supervisora para o monitoramento e a execução.¹⁷

A relação entre os direitos fundamentais e seus fatores econômicos também inspirou o estudo de Guido Calabresi e Philip Bobbitt¹⁸ sobre as chamadas Escolhas Trágicas, termo cunhado pelos autores para descrever os momentos de escassez absoluta, nos quais o Estado tem que abrir mão das garantias fundamentais de alguns em prol de outros. Calabresi e Bobbitt avaliam que dois tipos de decisões distintas caracterizam as escolhas trágicas: a primeira diz respeito à produção de um bem escasso, e a segunda a quem receberá o bem produzido.

A decisão de primeira ordem, sobre a escala de produção de um bem escasso, pode ser vista sob a perspectiva dos direitos. O Estado possui uma quantidade finita de recursos à sua disposição; e uma imensa quantidade de direitos e garantias que, uma vez associados ao seu necessário custo de implementação, podem ser vistos como produtos a serem fabricados, e em inevitável situação de escassez. Nesse primeiro momento, o Estado toma uma decisão abstrata: quanto dos recursos totais será alocado para a saúde, a educação, o saneamento básico e outras redes de infraestrutura; quanto para a construção e manutenção de prisões, quanto para o pagamento de salários de policiais e bombeiros, etc.

Esse exercício é fundamental para o funcionamento de todo e qualquer Estado, e ocorre normalmente por intermédio de nossos representantes políticos todos os anos. Há regras a serem observadas – a exemplo da vinculação obrigatória e específica de fundos estatais a gastos com educação e saúde –, mas conforme observam Calabresi e Bobbitt, a própria natureza desse exercício contradiz a premissa de que qualquer bem ou direito é inestimável.

17 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights:** why liberty depends on taxes. Nova York: W. W. Norton & Company, 2005, pp. 43-44. Tradução nossa.

18 CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices:** the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. Nova York: W.W. Norton & Company, 1978.

A decisão de segunda ordem, por sua vez, diz respeito a quem receberá o produto final da alocação de recursos feita no momento anterior. A decisão aqui já não interfere na quantidade de um bem ou direito a ser produzida, mas simplesmente determina quantos e quais indivíduos gozarão do produto final.

Os autores explicam que esse processo é comum a qualquer decisão acerca da alocação de recursos, e se repete constantemente no dia a dia de qualquer estado. Em situações de normalidade, decisões de primeira e de segunda ordem estão unidas, sendo realizadas ao mesmo tempo e pela mesma instituição. Mas a característica central de uma escolha trágica é que as decisões de primeira e segunda ordem são feitas separadamente¹⁹.

Essa análise remete à noção da judicialização de políticas públicas, pois esse processo interfere justamente na separação entre as decisões de primeira e segunda ordem, descritas por Calabresi e Bobbitt. As decisões de primeira ordem tomadas pelo legislativo acerca da alocação de recursos ano a ano determinam o tamanho do orçamento dedicado à concretização de cada direito. As políticas públicas, por sua vez, nada mais são do que as diretrizes para as decisões de segunda ordem, que procuram determinar quem receberá os recursos alocados.

A construção de uma política pública sempre dependerá dos recursos disponíveis, mas em qualquer estado minimamente organizado ela não será aleatória, mas baseada em estudos e estratégias voltados a uma alocação que pode não ser justa, mas que será, no mínimo, equilibrada. A justiça da distribuição de recursos escassos só pode ser enxergada quando tomada no contexto de uma determinada decisão, sendo completamente dissolvida se o observador assume uma postura universalista.

É justamente essa postura descontextualizada que leva ao engano quando a escolha de segunda ordem é entregue aos cuidados do judiciário. A separação, temporal, contextual e institucional, entre as escolhas de primeira e de segunda ordem, permite à sociedade evitar reconhecer a natureza trágica das decisões relativas à alocação de recursos ao imaginar que está diante do juiz uma escolha absoluta, e não apenas de uma escolha de segunda ordem.

19 CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. Nova York: W.W. Norton & Company, 1978, pp. 15 e ss.

Em termos simples, ao se deparar com um pedido individual para um tratamento médico de custo elevado, o judiciário, em regra, identifica apenas o direito fundamental à saúde, de um lado, e o orçamento estatal como um todo, do outro. Essa visão permite imaginar que esse tratamento está sendo pago com os recursos disponíveis para a compra de carros oficiais, ou para o abastecimento do avião presidencial. Mas a natureza do processo decisório estatal, comum a grande parte das nações contemporâneas, demonstra que ao conceder essa destinação de recursos – à margem da política pública desenvolvida pelo Estado –, eles podem estar sendo realocados de áreas cruciais para as políticas públicas, com repercussões também importantes na definição das prioridades instituídas coletivamente.

Essa linha de raciocínio pode parecer óbvia, mas o estudo de Calabresi e Bobbitt demonstra que é sintomático da separação entre decisões de primeira e segunda ordem acerca da alocação de recursos, e da própria natureza humana, a perda de foco nessas noções básicas. O tema central da análise dos autores ajusta-se à realidade brasileira e pode ser identificado na argumentação do Ministro Celso de Mello em caso paradigmático da judicialização do direito à saúde, em que o requerente, em pleito individual, buscava a obtenção de tratamento de elevado custo que não havia sido autorizado pela administração:

(...) a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, Par. 1º), constituem fatores, que, associados ao imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado... **Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida**, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário** do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.²⁰

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 1.246 MC/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 jan. 1997. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 08 set. 2016.

De fato, o *consequencialismo* existente entre a decisão de primeira e segunda ordem só pode ser integralmente apreciado se ambas as decisões são mantidas nas mãos de uma única instituição, e são tomadas no mesmo contexto, inclusive temporal. Nesse sentido, a análise da natureza dos direitos sociais em geral, e da saúde em particular, permite nova perspectiva sobre o próprio processo de formação de políticas públicas. Nesse contexto, o processo de sucessiva judicialização das questões de saúde, que não é exclusividade do Brasil, parece particularmente descabida. Mas são muitos os fatores que ajudam a explicar o fenômeno da judicialização de políticas de saúde entre nós. Antes de prosseguir na crítica que vem sendo esboçada, alguns deles merecem ser explorados

PARADOXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A discussão acerca dos limites da interferência judicial em decisões políticas vai muito além da esfera das políticas públicas, e remete à engenharia jurídico-institucional do controle judicial de constitucionalidade. De fato, ampla e sólida argumentação jurídica foi construída para sustentar a legitimidade da interferência judicial na atuação dos poderes representativos do Estado. Contudo, há que se reconhecer, muitas são as vozes que, ou rejeitam ou alertam sobre os impactos da atuação judicial, ou que estabelecem limites amplos e rígidos à atuação do judiciário no exercício do controle de constitucionalidade²¹.

No primeiro grupo, encontram-se autores que sustentam o papel do poder judiciário como força contramajoritária, cuja função engloba a necessidade de

21 Não se pretende, neste texto, contemplar a ampla variedade das posições teóricas. A proposta sistêmica propicia categoria para análise da judicialização das políticas públicas. Na construção luhmanniana a produção legislativa pelo sistema político, que opera a partir de códigos próprios (governo/oposição, dominante/dominado) e de programas políticos, configura o que é descrito como decisão programadora. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005, pp. 487-488). De outro lado, o sistema jurídico opera a partir de decisões programadas. Na medida em que os tribunais, que ocupam o centro do sistema jurídico, são acionados para a proteção de direitos subjetivos, operam constrangidos pelo *non liquet*. Em outras palavras, não há a opção de não decidir. (LUHMANN, **El derecho de la sociedad**. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005, p. 372-375). Razoável argumentar que muitas decisões judiciais impactam diretamente na programação da política (orçamento), com repercussão na amplitude das operações do sistema político. As decisões judiciais irritam o sistema político, que deve redimensionar seus programas em face de eventos imponderáveis.

proteger minorias contra as decisões majoritárias que possam constranger seus direitos. Essa visão substancialista do papel do judiciário confere ao controle de constitucionalidade a tarefa de garantir direitos materiais em nome daqueles que não podem se valer das instancias políticas para garanti-los.

Algumas posições tornaram-se bastante difundidas nos últimos anos. Ronald Dworkin propõe teoria substantiva dos valores que empresta legitimidade à interferência judicial a partir da premissa de que existem direitos morais especialmente importantes que devem ser defendidos pelo sistema constitucional e se situam num plano superior e anterior ao próprio princípio democrático. Na visão do autor, a Constituição foi criada como instrumento de proteção das minorias; e o judiciário, na condição de guardião da Constituição, deve desempenhar a missão por meio do controle de constitucionalidade²².

A visão da qual Dworkin é um dos principais expoentes é rivalizada por diferentes abordagens constitucionais, desde os adeptos do chamado *procedimentalismo*, passando por autores filiados à autocontenção judicial como palavra de ordem, até aqueles que simplesmente prefeririam ver o controle de constitucionalidade realizado longe das cortes, e junto a instituições mais democráticas do desenho institucional moderno.

Autores procedimentalistas como John Hart Ely²³ e Jürgen Habermas²⁴ rivalizam a tese dworkiana de que o controle de constitucionalidade teria por função

22 Dworkin deixa claro seu posicionamento ao afirmar: "Essa interferência com práticas democráticas requer uma justificação. Os autores da Constituição assumiram que essas restrições podiam ser justificadas pelo apelo a direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria, e que as previsões constitucionais, tanto 'vagas' quanto precisas, podem ser entendidas como reconhecendo e protegendo [tais direitos]." (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 133. Tradução nossa). No Brasil, o pensamento substancialista é refletido, com as devidas peculiaridades, em autores que se filiam ao neoconstitucionalismo, como Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento (embora Barroso tenha se afastado, em anos recentes, do posicionamento que defendia quando do surgimento do neoconstitucionalismo no Brasil, mais radicalmente adepto à interferência judicial em fatores políticos em prol de concretizar direitos fundamentais). Ver, por exemplo, SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Leite, G.S.; Sarlet, I.W. (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 e BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/>. Acesso em: 1º out. 2016.

23 Ver ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

24 Ver, entre outros, HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002; e **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

a proteção de direitos morais essenciais. Em uma construção que privilegia o princípio democrático, o procedimentalismo entende caber ao judiciário a guarda do bom funcionamento da própria democracia, só sendo justificável a intervenção judicial em questões políticas quando essas ameaçarem os princípios fundantes do processo democrático, como a representatividade e a liberdade de expressão. Desse modo, o núcleo material de questões políticas essenciais, inclusive aquelas relativas aos direitos sociais, permaneceriam sob a égide de atuação dos poderes representativos, enquanto ao judiciário caberia garantir o funcionamento das regras do jogo democrático.

Por outro lado, um chamado pela autocontenção de forma geral pode resultar também na imposição de limites ao judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, nem sempre de índole procedimentalista. É o caso do chamado minimalismo judicial, também sustentado por Cass Sunstein²⁵. No que se refere à atuação judicial no âmbito do sistema constitucional, o autor sugere que os juízes devem tomar as decisões mais restritas possíveis²⁶, de modo a permitir que os poderes legitimados atuem para corrigir problemas de sua própria alçada.

Sunstein fundamenta parte de seus argumentos na percepção procedimentalista de que a atuação judicial deve se limitar ao controle dos princípios democráticos, devolvendo a questão material para as instâncias legislativa e executiva. Contudo, por vezes, seu minimalismo atende premissas muito mais pragmáticas do que ideológicas. No mesmo sentido, autores que adotam visão mais radical (que teria preferência por um controle de constitucionalidade realizado totalmente fora das cortes) – a exemplo de Mark Tushnet – sugerem postura “mais modesta” como um meio termo no processo de eliminação do controle judicial de constitucionalidade²⁷.

25 Ver SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

26 Embora o minimalismo judicial proposto por Sunstein frequentemente resulte em uma conduta de autocontenção por parte dos juízes, ele não é, nas palavras do próprio autor, sinônimo de autocontenção: “O minimalismo judicial pode ser caracterizado como uma forma de ‘autocontenção’ judicial, mas certamente não uma forma ordinária. Juízes minimalistas estão completamente indispostos a invalidar certas leis. Eles rejeitam ‘autocontenção’ como uma crença geral, porque é excessivamente generalista. (...) Os minimalistas são protetores em relação aos próprios precedentes e cuidadosos em impor suas próprias visões ao resto da sociedade.” (SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. x. Tradução nossa).

27 Membro do *Critical Legal Studies*, movimento acadêmico que floresceu nos Estados Unidos principalmente na década de 1980 e que, herdando os postulados básicos do realismo, se

A posição de Tushnet não é isolada. Jeremy Waldron argumenta que o controle judicial de constitucionalidade não oferece alternativa mais efetiva de proteção de direitos do que seria o controle realizado pelo parlamento, a exemplo do que ocorre em sistemas judiciais como o da Inglaterra e da Nova Zelândia, ao mesmo tempo em que sofre de severo *deficit* democrático. Nesse sentido, Waldron sustenta não haver razões filosóficas ou pragmáticas para a manutenção das cortes como guardiões da Constituição²⁸.

O mapeamento dessas perspectivas acerca do controle judicial de constitucionalidade torna-se essencial conforme a judicialização de políticas públicas avança na esfera jurídica brasileira, ganhando espaço cada vez maior. Seguindo a tendência dos demais temas de relevância social, as minúcias da concretização dos direitos sociais por meio de políticas públicas elaboradas pelos poderes políticos se veem abarcadas pelo verdadeiro agigantamento sofrido pelo poder judiciário em anos recentes, na perspectiva apresentada por Ingeborg Maus. A autora observa, em relação ao agigantamento do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes constituídos, que para além de uma ampliação de funções, competências e do próprio *peso* do judiciário em um contexto de controle mútuo entre os poderes, esse fenômeno alimenta na população uma crença exagerada nas faculdades do órgão jurisdicional, cuja atuação se torna praticamente sinônimo da “própria ideia de justiça”.²⁹

mostrava particularmente desconfiado das cortes como condutoras do bom funcionamento da Constituição, Tushnet pregava, em última análise, uma redução radical do poder do judiciário no espectro político. Mas em muitos escritos posteriores ao período em que o *Critical Legal Studies* esteve em voga, explorou cenários de transição parcial, em que os juizes adotariam posições mais tímidas em favor de uma atuação mais expansiva dos poderes representativos. Em relação ao tratamento das políticas públicas, chega a enumerar formas de atuação adequadas para as cortes: “Mais modestamente, a Corte poderia requerer que o governo investigasse abordagens alternativas e reportasse à Corte dentro de um ano qual alternativa escolheu adotar. Um pouco menos modestamente, a Corte poderia receber tal relatório e escolher ela própria qual alternativa adotar. Ainda – e essa seria a alternativa mais interessante – a Corte poderia escolher um remédio provisional quando da decisão inicial acerca da violação ao direito substantivo à saúde” (TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2008, pp. 43. Tradução nossa).

28 Ver WALDRON, Jeremy. The Core of The Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**. vol. 115, 2006.

29 A autora estabelece que “Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.” (MAUS, Inge-

Frequentemente essa sobre-confiança no Poder Judiciário é acompanhada por verdadeiras *crises de confiança* nos poderes representativos, notadamente no legislativo, exacerbando o desequilíbrio na divisão horizontal de poderes do Estado. Nesse cenário, torna-se lugar comum a transferência das atenções públicas para a resolução de conflitos tidos como fundamentais de seu domínio natural, o parlamento, para as cortes.

O direito à saúde ocupa posição privilegiada nesse debate, pela relevância das demandas que alcançam o judiciário e pelas consequências de sua interferência das políticas estabelecidas pelos poderes executivo e judiciário. Apenas nos Tribunais Superiores, milhares de demandas podem ser identificadas anualmente, tanto de natureza individual quanto pleitos coletivos³⁰.

Foi com base em extensivo estudo desses casos concretos, que David Landau³¹ incluiu o caso do Brasil em sua análise acerca da proteção constitucional dos direitos sociais, a qual tomou por base países latino-americanos, como a Colômbia, a Argentina e o Brasil, e a África do Sul. Em todos os casos, Constituições relativamente jovens incluíram de forma extensiva em seus textos a garantia de proteção integral aos direitos sociais, e a partir de então suas respectivas Cortes Constitucionais passaram a ter de lidar com essa proteção.

A tese central de Landau, com base em dados coletados dos casos concretos, é de que a proteção dos direitos sociais em países como o Brasil tem ocorrido de forma desordenada e sem coerência sistêmica e, ainda, sem benefício aos mais necessitados. De fato, Landau defende que os únicos verdadeiramente beneficiados pela intervenção judicial nas políticas públicas são os integrantes da classe média, que possuem conhecimento e recursos para acionar o judiciário em demandas individuais.

borg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na "sociedade órfã". **Novos Estudos**, nº 58, 2000, pp. 185). Assim como Maus, outros autores assumem uma postura crítica a esse foco excessivo no poder judiciário não apenas na esfera jurídica, mas também política. Nesse sentido, é lapidar a crítica do Professor Jeremy Waldron em sua revisão da obra de Mangabeira Unger, acerca do verdadeiro desconforto com a democracia revelado pela obsessão da academia jurídica com o estudo das cortes. Ver WALDRON, Jeremy. *Dirty Little Secret*. **Columbia Law Review**, vol. 98, 1998, pp. 510 e ss.

30 Ver nota 7, supra, para uma compilação de julgados sobre o tema.

31 LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, vol. 53, 2012.

Essas conclusões demonstram a necessidade de ampla discussão e revisão dos parâmetros jurídicos compartilhados e utilizados por parte da literatura e dos tribunais sobre a judicialização de políticas públicas de saúde no Brasil. A partir dessa premissa, muitas são as perspectivas possíveis para um novo caminho no âmbito do tratamento das políticas públicas de saúde. O movimento, entretanto, é de clara relativização da perspectiva absolutista e universalista que hoje domina esse tratamento, havendo um primeiro passo em se reconhecer a complexidade da colisão entre um interesse coletivo e um individual.

O tema tem sido objeto de debates no Brasil nos últimos anos. Daniel Sarmiento observa que a colisão entre um interesse coletivo e um interesse individual não pode esgotar-se com base na teoria clássica que eleva os direitos individuais de forma quase absoluta na esfera constitucional. Segundo ele, quando a concessão de um direito para o indivíduo ameaça o interesse da coletividade, uma ponderação mais profunda deve estar envolvida³². Essa perspectiva se reflete em um caminho de índole notadamente procedimental, já explorado, que busca minorar os efeitos da interferência do judiciário nas políticas públicas de saúde a partir da autocontenção judicial.

A perspectiva da autocontenção judicial certamente serviria ao propósito de restringir as intromissões judiciais mais agudas no planejamento público de áreas voltadas à concretização de direitos sociais. Paradoxalmente, isso já tem ocorrido no âmbito das ações coletivas, em que os juízes se mostram mais prudentes quando confrontados com os altos impactos orçamentários das demandas coletivas.

O próprio Supremo Tribunal Federal deu largos passos em direção a esse caminho após a realização de audiências públicas no âmbito do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175, em que se discutia o problema da judicialização das políticas públicas de saúde. Naquela ocasião o presidente do tribunal, Ministro Gilmar Mendes, estabeleceu diretrizes para a decisão judicial perante os desafios travados pela proteção do direito à saúde:

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. (...) Se

32 SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 85 e ss.

a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. (...) O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. (...) Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da "Medicina com base em evidências". (...) Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. (...) Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. (...) Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. (...) Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.³³

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 08 set. 2016.

A conclusão do Supremo Tribunal Federal, após a colocação dessas diretrizes, foi no sentido de que “é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária”. Esse posicionamento dificilmente se coadunaria com as intervenções judiciais que foram debatidas ao longo desse artigo. Na perspectiva apresentada, a decisão de segunda ordem não seria deixada a cargo do poder judiciário, que permaneceria com a função única de fiscalizar o cumprimento dos compromissos estabelecidos pelo próprio estado na formulação de políticas públicas.

Entretanto, quando a questão voltou ao plenário do Supremo Tribunal Federal em 2016, não houve por parte do Tribunal compromisso *ex ante* com as diretrizes estabelecidas na STA 175. Por ocasião do julgamento dos REs 566.471/RN e 657.718/MG, iniciado em setembro de 2016, os três votos proferidos até o momento mais uma vez debruçaram-se sobre a possibilidade de o judiciário fornecer medicamentos de alto custo não incluídos no programa do SUS, e até mesmo aqueles que sequer possuem registro na ANVISA.

O Ministro Marco Aurélio, relator dos processos, proferiu voto em razão diametralmente oposta aos postulados discutidos na STA 175, entendendo configurar dever estatal fornecer medicamentos necessários à garantia do direito à saúde, inclusive aqueles que não estão incluídos no programa do SUS e aqueles que sequer possuem registro na ANVISA (quando presentes os requisitos estabelecidos pela própria ANVISA para importação), postulando ainda que “Conclusão diversa implica submeter a sobrevivência do ser humano a ato estritamente formal – deliberação da ANVISA no sentido da inserção na lista de importação autorizada”³⁴.

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso manifestou-se no sentido de vedar, como regra, a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos não incluídos no programa do SUS e não registrados na ANVISA (esses últimos sem admitir exceções), o que na prática desencorajaria a própria manutenção da judicialização de questões relativas ao fornecimento de medicamentos fora dos moldes discutidos na STA 175. As exceções comportadas pelo voto do Ministro,

34 Voto disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/RE-566.471-aditamento-ao-voto-MMA.pdf>. Acesso em: 25 de out.

além dos habituais requisitos de comprovação de absoluta necessidade e de impossibilidade de substituição do medicamento, trouxeram perspectiva bastante interessante ao debate ao incluir a “a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes”³⁵. Essa iniciativa visa incluir no âmbito judicial apenas os casos em que o medicamento pleiteado situou “fora do radar do poder público”, impossibilitando a expressa decisão de incluí-lo no programa do SUS. Em alinhamento com os parâmetros discutidos na STA 175, o Ministro identifica preponderância da decisão executiva que institui a política pública.

Por fim, o Ministro Edson Fachin retomou o posicionamento de que cabe ao judiciário avaliar a possibilidade de fornecer medicamentos não incluídos no programa do SUS. O voto relembra a citação já reproduzida do Ministro Celso de Mello, que contrapõe o direito à saúde e à vida a um interesse “financeiro e secundário do Estado”, como tema central da judicialização das políticas públicas. A posição de Fachin, no entanto, parece encaixar-se em um ponto intermediário, na medida em que seu voto prega cautela no exercício da judicialização de políticas públicas. Segundo o Ministro: “Trata-se, dessa forma, de assumir uma postura mais deferente às escolhas técnicas ou democráticas tomadas pelos órgãos competentes, sem deixar que a Administração ou as entidades regulatórias deixem de prestar contas de sua atuação.”

A posição do Ministro Fachin revela preocupação, nesse sentido, com o aproveitamento máximo das instâncias executivas antes que se possa recorrer ao judiciário, e prega transparência nas decisões que determinam a inclusão ou exclusão de medicamentos no programa do SUS e fundamentação “razoável” por parte do poder público. O Ministro argumenta, assim, que o judiciário deve exercer o controle dos atos administrativos a partir de parâmetros notadamente jurídicos, e não se imiscuir em questões técnicas sobre as quais os juízes não têm competência para opinar. De forma coerente, estabelece critérios sob os quais o judiciário poderia vir a avaliar a validade do ato que não incluiu determinado medicamento no registro da ANVISA, aduzindo que: “Não autoriza, como não poderia fazê-lo, a validar como regra medicamento ou procedimento não

35 Voto disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 25 de out.

reconhecido pela agência. Há, porém, exceção: demonstração, em juízo, do descumprimento dos controles acima fixados para a política regulatória.”³⁶

Nessa breve análise de julgamento ainda em curso, nota-se que o Supremo Tribunal Federal ainda oscila entre a anterior posição em prol da atuação protagonista do judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde e o ensaio de um afastamento, mais bem fundamentado e sofisticado, das práticas que têm constituído a regra desse processo no Brasil. Os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, embora cheguem a conclusões distintas, caminham a passos cuidadosos na direção de afastar da competência judiciária tanto a elaboração quanto a mudança radical de políticas públicas de saúde instituídas no âmbito dos poderes democraticamente eleitos.

A tese da autocontenção judiciária tem recebido também a atenção de autores latino-americanos. É nesse sentido o argumento central dos argentinos Christian Courtis e Victor Abramovich³⁷ sobre o tema. Assim como Sunstein e Holmes, os autores apontam que direitos sociais não podem ser diferenciados dos direitos individuais apenas pela categoria de *custos*, uma vez que os gastos com a manutenção de instituições públicas (como as de segurança pública e o próprio poder judiciário) são tão relevantes quanto os gastos com a estrutura de saúde pública, por exemplo. No que se refere ao controle de constitucionalidade, os constitucionalistas argentinos afirmam que o poder judiciário não detém a função de construir políticas públicas, mas meramente de avaliar as políticas existentes com os parâmetros jurídicos aplicáveis e, havendo divergência, devolver a questão aos órgãos políticos, para que tomem as medidas cabíveis.

De fato, conforme se procurou demonstrar, a própria natureza das decisões envolvidas na concretização dos direitos sociais não parece comportar a intervenção judiciária. Conforme argumentos centrais da tese de Calabresi e Bobbitt, as decisões de primeira e segunda ordem acerca da alocação de recursos devem ser mantidas em união de tempo e circunstâncias, não apenas por motivos de preservação da ordem democrática, mas para que a sociedade, como um

36 Voto disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/RE657718.pdf>. Acesso em: 25 de out.

37 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, pp. 180 e ss.

todo, não perca de vista aquilo que efetivamente está sendo decidido. É nesse sentido que os autores observam que:

A divisão entre primeira e segunda ordem, e a interação entre elas, ajuda a explicar o comportamento em muitas situações trágicas. (...) Tal progressão (para evitar a tragédia) procurar alterar nossa percepção de um dilema trágico em particular. Fazendo o resultado parecer necessário, inevitável, ao invés de escolhido, ela tenta transformar o que é tragicamente escolhido em um infortúnio fatal. Mas normalmente isso não será mais do que um subterfúgio, pois, embora a escassez seja um fato, uma decisão de primeira ordem em particular é raramente necessária em sentido estrito... Mais frequentemente a escassez – e a necessidade de escolher que o sofrimento impõe – mesmo que absoluta em um momento particular no tempo... não é absoluta ao longo do tempo. Mais comumente ainda, a escassez não é um resultado de uma falta absoluta de recursos, mas de uma decisão da sociedade que não está preparada para abrir mão de outros bens e benefícios em razão suficiente para remover a escassez.³⁸

A razão fundamental subjacente a uma mudança no panorama da judicialização das políticas públicas de saúde é a elucidação, amplamente mascarada pela quebra do processo decisório, das escolhas políticas envolvidas na dinâmica da alocação de recursos. Os representantes eleitos do povo se mostram os atores mais adequados, no ambiente democrático, para tomar as difíceis e por vezes trágicas decisões relacionadas à concretização dos direitos sociais. Não se ignoram os contextos sociais em que a omissão dos representantes políticos em relação aos direitos sociais, e ao direito à saúde de forma particular, alça o judiciário ao *status* de instituição que, de forma recorrente, é acionada para garantir direitos fundamentais. O desafio não é deslegitimar a judicialização da saúde, que deve contemplar “outros mecanismos de garantia constitucional de saúde para todos”³⁹. Mas é fundamental ter em conta as repercussões do fenômeno para o *accountability* vertical dos representantes políticos e repensar em novas estratégias. E mais, é crucial perceber que somente mantendo a sequencialidade

38 CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices:** the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. Nova York: W.W. Norton & Company, 1978, pp. 22-23. Tradução nossa.

39 Ver VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Vol. 20, n. 1, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006. Acesso em: 19 out. 2016.

do processo decisório será possível ao povo apreciar a dimensão das decisões tomadas e, se necessário, tomar satisfações com seus representantes eleitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito se discutem os efeitos da interferência judicial em políticas públicas para o equilíbrio democrático. Os impactos das decisões do judiciário no equilíbrio das contas públicas também são amplamente conhecidos, e seus resultados sentidos pelo administrador e pela população, com restrições adicionais (certamente não são as únicas) aos recursos necessários à concretização de promessas constitucionais.

Há que se reconhecer, menos debatido é o enfoque que privilegia a transparência decisória, severamente mitigada pela separação do que foi categorizado como decisões de primeira e segunda ordem, quebrando o processo decisório da alocação de recursos públicos. Ao separar o momento em que se alocam os recursos gerais do Estado a um foro particular – como a saúde – do momento em que se determina quem, entre todos os cidadãos que podem vir a necessitar desses recursos, poderá de fato utilizá-los, cria-se a ilusão de que a primeira decisão nunca existiu, e que não há barreiras entre o direito a ser protegido e a totalidade dos recursos estatais.

É preciso evidenciar que não se trata de uma questão de fácil solução e nem se ignoram as circunstâncias fáticas em que ocorre a judicialização da saúde no Brasil. Nem se questiona a legitimidade do judiciário como instituição central para a garantia dos direitos fundamentais e as contingências relacionadas ao julgamento de demandas diretamente relacionados ao direito à vida. Porém, mesmo os mais sólidos argumentos dos defensores da vida humana como direito fundamental não devem desconsiderar que o funcionamento de um Estado depende de decisões orçamentárias, do alocamento de recursos, de planejamento. O que muitas vezes se revela presente nessa linha argumentativa é a opção por ignorar a natureza trágica dessa sorte de escolha estatal.

No entanto, tal tentativa de mitigar a percepção pública acerca da natureza trágica dessas decisões não resulta, em nenhum contexto, em resultados mais

justos, e subtrai a fundamental faculdade do povo de exercer *accountability* sobre os representantes políticos que assumem o ônus de tomar decisões difíceis. Nesse sentido, a conclusão buscada pelo presente exercício aponta que o preço a ser pago pela interferência judicial na efetivação das políticas públicas de saúde, sob a perspectiva democrática, é excessivamente alto.

Em todas as dimensões exploradas parece aconselhável limitar ou mesmo pensar em critérios mais estritos para a intervenção judiciária no âmbito das políticas públicas, excepcionado o papel de fiscalização que é próprio aos juízes, mas que não implica a alteração ou mitigação das decisões fundamentais tomadas pelo sistema político. Não se pode dizer que, atualmente, a discussão sobre os impactos da judicialização da saúde não fazem parte da agenda do Judiciário. A preocupação foi objeto de resolução do CNJ, que prevê a criação de Comitês Estaduais e a especialização de varas, entre outras medidas⁴⁰. Os desdobramentos jurídicos da resolução podem ensejar novos cenários e contextos para um debate mais complexo sobre o impacto das decisões judiciais nos próximos anos.

Ignorar a natureza trágica das decisões do judiciário não elimina as tragédias que advirão delas, e não as torna menos vinculantes. Um juiz que reconhecesse esse fato não seria capaz, e sequer se sentiria inclinado, a tomar uma decisão fundamentalmente diferente daquelas tomadas pelo legislador na confecção de políticas públicas. Ele meramente estaria menos equipado, técnica e democraticamente, para fazê-lo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, vol. 20, n. 1, jan. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/>

40 Conferir "Conselho aprova nova resolução para reduzir judicialização da saúde". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83333-conselho-aprova-nova-resolucao-para-reduzir-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 19 out. 2016.

scielo.php?script=sci_arttext&pid= S010373312010000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 19 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/>. Acesso em: 01/10/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/pdf/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 15/09/2016.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 1.246 MC/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 jan. 1997. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 566.471/RN**, julgamento iniciado em 28/09/2016, Rel. Min. Marco Aurélio. Votos disponíveis em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 657.718/MG**, julgamento iniciado em 28/09/2016, Rel. Min. Marco Aurélio. Votos disponíveis em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/09/>. Acesso em: 25 out. 2016.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. Nova York: W.W. Norton & Company, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova York: W. W. Norton & Company, 2005.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, vol. 53, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais. In: José Eduardo Faria (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad.: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila. et al. Judicialização do acesso a medicamento no estado de Minas Gerais. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 3, 2011.

MASSAÚ, Guilherme Camargo e BAINY, André Kabke. O impacto da judicialização da saúde na comarca de Pelotas. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 15 n. 2, São Paulo, p. 46-65, jul./out. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/88357/91233>. Acessado em 19 out. 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na "sociedade órfã". **Novos Estudos**, nº 58, 2000.

MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. Sobre a economia da saúde: campos de avanço e sua contribuição para a gestão da saúde pública no Brasil. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al (Orgs.). **Tratado de Saúde Coletiva**. 2. ed. São Paulo: Hucite, 2012.

MICHELMAN, Frank I. The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 1, 2003.

NUNES, R. P. **Judicialização no âmbito do Sistema Único de Saúde**: um estudo descritivo sobre os custos das ações judiciais na saúde pública no município de Juiz de Fora. Dissertação. Programa de Mestrado em Saúde Coletiva. Faculdade de Medicina. Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes; DELDUQUE, Maria Célia; SOUSA, Maria de Fátima; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? **Saúde Debate**, v. 39, n. 105, abr-jun. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Leite, G.S.; Sarlet, I.W. (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011.

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.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, B. V. **A judicialização das políticas públicas na área de saúde e seus impactos no orçamento dos municípios do Estado do Paraná**. Trabalho de conclusão do Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2012.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995.

TRAVASSOS, Denise Vieira; FERREIRA, Raquel Conceição; VARGAS, Andréia Maria Duarte; MOURA, Rosa Núbia Vieira; ARAÚJO, Elza Maria; MARQUES, Daniela de Freitas e FERREIRA,

Efigênia. Judicialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. **Ciência e Saúde Coletiva**, vol. 18, n. 11, Rio de Janeiro, nov. 2013. Disponível em: http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013001900031. Acesso em: 19 out. 2016.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. Dirty Little Secret. **Columbia Law Review**, vol. 98, 1998.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, vol. 115, 2006.

WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, vol. 48, n. 5, Rio de Janeiro, set-out. 2014.

UENO, P. H. **Judicialização em saúde**: impactos e desafios para a gestão de saúde. Trabalho de conclusão da Graduação em Gestão de Serviços de Saúde. Escola de Enfermagem. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Vol. 20, n. 1, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006. Acesso em: 19 out. 2016.

VIANNA, Luís Werneck et alii. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro. Editora Revan, 1999.

Recebido em: mar/2017

Aprovado em: abr/2017