



Brasília | ano 53 | nº 209
janeiro/março – 2016

Juízes-administradores

A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais

FÁBIO LIMA QUINTAS

Resumo: O artigo propõe-se a realizar uma reflexão sobre a função do juiz na efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. Com base no exame de estudos empíricos na área de saúde, analisa-se a compatibilidade da intervenção judicial nas políticas públicas para a tutela dos direitos fundamentais com modelos de constitucionalismo. Conclui-se que o modelo de intervenção judicial hoje praticado no Brasil não convive com a prática constitucional que se almeja no Estado Democrático de Direito, no qual o juiz deve funcionar como garantidor da complexidade estrutural do direito. Por fim, pretende-se apontar outras formas de judicialização das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, que privilegiem um diálogo institucional apto a dar maior concretude aos direitos sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Políticas públicas. Intervenção judicial. Ativismo judicial. Incrementalismo.

1. Introdução

Consideramos, na atualidade, que constitui dever do Estado (e da sociedade) promover um padrão mínimo de igualdade material entre os cidadãos, pelo menos no que se refere à igualdade de oportunidades¹.

¹ Como esclarecem Victor Abramovich e Christian Courtis, a distinção entre direitos (liberdades) civis e direitos sociais não se faz propriamente no objeto de tutela/regulação, mas no modo de fazê-lo. Enquanto no paradigma privatista, o direito à saúde se limitaria a impor ao Estado o dever de não privar o cidadão de sua saúde, no paradigma do direito social, esse mesmo direito impõe ao Estado a obrigação de prestar assistência (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 58-61). Igualmente, pondera Jorge Reis Novais no sentido de que os direitos sociais são assim definidos menos em função da natureza do

Nesse campo, conformam-se os direitos sociais, compreendidos como aqueles que visam a promover o bem-estar social e a igualdade real entre os indivíduos, destacando-se o direito à educação, à saúde, à moradia e à previdência social. Os direitos sociais são direitos constitucionalmente protegidos (*ex vi* dos arts. 6º, 23, 30, 196, 198, 200, 201, 205 da Constituição de 1988) e merecem ser considerados direitos fundamentais, que impõem deveres de respeito, proteção e promoção pelo Estado (NOVAIS, 2010).

Podemos assumir ainda que, para a promoção desses direitos, exigem-se do Estado iniciativas legislativas e executivas, coordenadas entre si, para promover o acesso dos cidadãos a bens públicos, o que compreende as denominadas políticas públicas².

Deve-se reconhecer, por fim, que a expansão do aparato e das funções estatais naquilo que se convencionou chamar de Estado Social, e a constitucionalização dos direitos sociais ampliaram o papel dos juízes na tutela desses direitos. Nesse aspecto, Albert Chayes identificava, já em 1976, a emergência de um novo padrão de processo civil (novo fenômeno judicial), por ele denominado “litigiosidade de interesse público” (*Public Law Litigation*), para

bem tutelado pela norma e mais pelo tipo de deveres que essa norma fundamenta, que são deveres prestacionais fáticos (e normativos) impostos ao Estado (e à sociedade) (NOVAIS, 2010).

² A efetivação dos direitos sociais constitucionalmente consagrados exige prestações positivas, por meio de políticas públicas que ofereçam serviços públicos em sentido amplo. Destaca-se, por exemplo, o campo da seguridade social, como se reconhece amplamente em Portugal, à luz dos arts. 63 e 64 da Constituição portuguesa, e no Brasil, à luz dos arts. 194 e 196 da nossa Constituição: compete ao Estado a organização e a manutenção de um sistema de seguridade social (segurança social), que seja universal (princípio da universalidade), integral (para abranger todas as situações que afetem a subsistência do cidadão), unificado (ou integrado, de forma a abranger todo o tipo de prestações adequadas a garantir a subsistência do cidadão), descentralizado e participativo (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 815-817).

abranger a judicialização de conflitos cuja pretensão fosse a implementação de uma ação estatal que se postula dentro de uma política pública, tendo-se como objeto do litígio a reivindicação de políticas públicas ou políticas estabelecidas na Constituição (CHAYES, 1976, p. 1274). Comparando o padrão de conflito jurisdicional tradicional com aquele advindo da judicialização das políticas públicas, Chayes esclarecia que

a concepção tradicional está relacionada a um sistema em que as relações sócio-econômicas são remetidas à esfera privada, enquanto o novo modelo está relacionado a um sistema de regulação das relações sociais e econômicas estabelecida por leis. Nesse novo sistema, a efetividade da lei é necessariamente implementação de uma política pública. A lide judicial se torna, de forma explícita, um fórum político e os Tribunais são mais um instrumento do processo político.” (CHAYES, 1976, p. 1304, tradução nossa)³

Superando o prognóstico de Chayes, a litigiosidade de interesse público, pelo menos no Brasil, tem-se mostrado hoje duplamente mais intrusiva do que a tradicional tutela jurisdicional: além de impor ao Administrador uma forma para atender a determinada política pública, interfere na definição do modo de implementação da política, atuando potencialmente no âmbito de conformação do legislador, quando não há regime legal dispendo sobre a política pública ou quando o juiz a desconsidera.

³ Tradução livre do seguinte excerto: “(...) *the traditional concept reflected and related to a system in which social and economic arrangements were remitted to autonomous private action, so the new model reflects and relates to a regulatory system where these arrangements are the product of positive enactment. In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process*” (CHAYES, 1976, p. 1304).

Há mais de 30 anos, nos idos de 1980, essa nova litigiosidade de interesse público também foi captada por Mauro Cappelletti, que advertia a comunidade jurídica sobre a impossibilidade de rejeitar-se, de forma peremptória, a possibilidade de intervenção do juiz na elaboração e promoção de políticas públicas, para tutelar direitos fundamentais de índole social. Diante desse cenário e desses desafios, ressaltava Cappelletti, ainda com grande atualidade, que deixava de ser relevante indagar se direitos sociais poderiam ser judicializados. Nos novos tempos, caberia questionar as condições e os limites para tanto (CAPPELLETTI, 1999, p. 40-69).

A legitimidade do Poder Judiciário, no exercício desse mister, estaria pautada: (i) na imparcialidade judicial; (ii) na vinculação da decisão à existência de um caso (lide ou controvérsia, não atuando o juiz de ofício); (iii) na ampla participação das partes no processo; e (iv) na vinculação do juiz ao direito posto (Estado do Direito), que não se encerra por óbvio na legislação. Relevante, ainda, a consideração de Cappelletti no sentido de que um Estado Democrático de Direito não subsiste sem um efetivo e forte sistema de proteção (judicial) de direitos e liberdades fundamentais (CAPPELLETTI, 1999, p. 106).

Não obstante isso, a assunção dessas novas funções e o reconhecimento da amplitude das faculdades conferidas ao juiz não afastam as fragilidades institucionais e substanciais do Poder Judiciário para tomar decisões nesse campo: i) a falta de previsibilidade e o inerente casuísmo das decisões judiciais; ii) a eficácia retroativa das decisões judiciais, que se aplicam a fatos e situações ocorridas anteriormente; iii) a falta de capacidade técnica e o déficit de informações dos magistrados, e o caráter fragmentário do conhecimento e da decisão judicial; e iv) a falta de legitimidade democrá-

tica do Judiciário para atuar politicamente na ostensiva criação do direito (CAPPELLETTI, 1999, p. 82-92).

É preciso reconhecer que, diante desse fenômeno e desses desafios relativos à judicialização das políticas públicas, vários arranjos institucionais podem ser constituídos. As experiências do Brasil e de Portugal, por exemplo, se distanciam de forma substancial, não obstante os vínculos que aproximam a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988.

Na tutela dos direitos sociais em Portugal, o Tribunal Constitucional ordinariamente tem operado “no interior de um sistema configurado pelo legislador”, considerando os direitos sociais como “pretensões legalmente reguladas”. Com isso, atribui-se à legislação a tarefa precípua de “precisar o âmbito e conteúdo dos direitos implicados, a delimitação dos respectivos destinatários e os limites dos direitos constitucionalmente protegidos”. Permite-se do Tribunal Constitucional, de forma extraordinária, “apelar exclusivamente para o princípio da igualdade na busca da razoabilidade da discricionariedade dos diferentes tratamentos” (QUEIROZ, 2006, p. 195) ou, quando há uma “violação dos direitos sociais praticada através de uma acção inconstitucional do legislador ordinário” (NOVAIS, 2006, p. 191), balizar sua atuação com base nos princípios constitucionais estruturantes da igualdade, da proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana. Aqui Jorge Reis Novais identifica uma sinalização de maior ativismo judicial do Tribunal Constitucional para exercer o controle da atuação legislativa no domínio dos direitos sociais, conforme acórdão TC 509/2002 (NOVAIS, 2006, p. 205-209). A dificuldade dessa prática surge quando o Tribunal Constitucional não encontra um anteparo legal que lhe permita fazer

uma ponderação do direito fundamental social (QUEIROZ, 2006, p. 195), situação que tem remetido o Tribunal, ordinariamente, a tratar da questão constitucional no domínio da inconstitucionalidade por omissão, para determinar ao Legislador que adote as medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à garantia constitucional (NOVAIS, 2006, p. 191-192).

No Brasil, a situação é completamente distinta. E aqui cabe fazer menção à prática judicial do controle concreto das omissões estatais, mediante ações ordinárias, que julgam omissões legislativas e administrativas em face dos direitos sociais. Carlos Blanco de Moraes analisa esse cenário para concluir que, no Brasil,

o sistema de controlo concreto da inconstitucionalidade por omissão logrou superar [...] a rigidez e os limites do controlo abstracto, mediante uma jurisprudência activista crismada pelo STF e catalisada pelos tribunais comuns, implantando-se um modelo inédito que configura o judiciário como um centro autónomo prestador de benefícios sociais dotado de carácter supletivo em relação aos poderes legislativo e administrativo (MORAIS, 2011, pp. 215-216).

Neste artigo, pretende-se apurar, com base na análise de alguns estudos empíricos e teóricos, o impacto da intervenção judicial nas políticas públicas e na proteção dos direitos fundamentais, no modelo de intervenção judicial hoje praticado no Brasil, bem como questionar a sua compatibilidade com a prática constitucional que se almeja no Estado Democrático de Direito. Em seguida, pretende-se sinalizar para outras formas de judicialização das políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, as quais privilegiam um diálogo institucional apto a dar maior concretude aos direitos sociais.

2. O modelo brasileiro de tutela judicial dos direitos sociais

Sob o pálio do Estado Social, o constitucionalismo passou a fortalecer a aplicabilidade das normas constitucionais, mesmo aquelas de índole programática, que representam compromissos políticos cogentes. Segundo José Afonso da Silva, em obra que marcou época, não havia mais espaço para conceber norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada (SILVA, 2000, p. 81). O que se pode admitir é que

a eficácia de certas normas constitucionais não alcança a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA, 2000, p. 82).

Numa exacerbação desse modelo constitucional, assumiu-se que, da necessidade de concretizar a Constituição e da efetividade das normas constitucionais, sobretudo considerando a eficácia direta dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição), decorreria a conclusão de que competiria ao Poder Judiciário explicitar o conteúdo do direito fundamental e prover a respectiva prestação jurisdicional.

Como pontua Carlos Blanco de Moraes, essa prática constitucional assistencialista se desenvolveu sob uma doutrina que busca dar uma sobrevida à concepção de um dirigismo constitucional, que no Brasil aglutina inúmeras tendências sob o nome de neoconstitucionalismo (MORAIS, 2011, pp. 216-218).

Nessa visão, tem-se que,

no plano do controle concreto difuso da inconstitucionalidade, os juízes comuns declararíamos a omissão no caso singular e integrariam *in casu* a lacuna/omissão, concedendo eficácia directa e imediata ao direito social, nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição, havendo quem identifique a existência de um direito subjectivo da cidadania em vir a obter o direito previsto na norma constitucional não concretizada (MORAIS, 2011, p. 219).

Essa é a visão constitucional subjacente na nossa prática judicial (na litigiosidade de interesse público).

Com efeito, com base nessa visão constitucional, que se manifesta de forma explícita ou implícita, entende-se que a prestação jurisdicional deve ser ampla, de modo a oferecer uma tutela judicial irrestrita a tudo aquilo que for jurisdicionalizado.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, defende que

o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º); [...] conseqüentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Públicos objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas (GRINOVER, 2009, p. 57).

De escola diferente, Luiz Guilherme Marinoni chega a resultados semelhantes quando defende que a função jurisdicional, compreendi-

da como aquela destinada à tutela dos direitos, impõe

o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos. Tutelar os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos direitos fundamentais. É o atuar a lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados. (MARINONI, 2013, p. 149).

Disso resulta, como já mencionado, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, que se compreende “o judiciário como um centro autônomo prestador de benefícios sociais dotado de carácter supletivo em relação aos poderes legislativo e administrativo” (MORAIS, 2011, p. 215-216).

2.1. A tutela judicial dos direitos sociais na área de saúde

No campo da saúde, observam-se com facilidade as condições e os desafios que se anunciaram para a intervenção judicial em políticas públicas para dar efetividade a direito social por meio de tutela judicial que visa a obter determinado tratamento terapêutico ou acesso a algum medicamento.

Representa um paradigma dessa prática judicial o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da STA 175/STF⁴, no qual a Corte buscou estabelecer

parâmetros gerais para a intervenção judicial em políticas públicas para a efetivação do direito à saúde.

Nesse julgamento paradigmático, fixou-se desde logo a separação entre duas situações bem distintas: casos em que se postula judicialmente o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes e outros casos em que se postula prestação não prevista na política pública. Na primeira situação, de dar cumprimento à política pública existente – como quando se determina a entrega de medicamento previsto na lista de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde (SUS) –, a controvérsia resolve-se mais facilmente, dentro dos limites da regulamentação legal existente.

O problema constitucional ganha maior complexidade quando a prestação requerida não está contemplada na política pública existente. Nessa situação, o STF partiu da premissa de que se deve levar em consideração a justificativa governamental apresentada para não contemplar a prestação vindicada na política pública estabelecida, verificando-se se há, nos protocolos, tratamento alternativo previsto ou não, para

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 (BRASIL, 2010).

Não havendo tratamento previsto no sistema público, a orientação do STF é no sentido de rejeitar pretensões de obter “tratamentos puramente experimentais”, embora caiba ao

⁴ Eis a ementa do julgado: “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem,

à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL, 2010).

Judiciário verificar se não se está diante de uma omissão administrativa do Sistema de Saúde, o qual não prevê um protocolo clínico que permita impugnação judicial para obter tratamento eficiente contra determinada patologia.

Nesse segundo cenário, situa-se o maior problema da tutela judicial na litigiosidade de interesse público a que se referiu, pois o objeto do litígio é enfrentado pelo Poder Judiciário no quadro de indeterminabilidade do direito social. De fato, a singularidade nessa espécie de litigiosidade de interesse público não está propriamente na determinação judicial de que se conceda determinada prestação de saúde, mas na declaração judicial do conteúdo do direito social não estabelecido na política pública.

E o STF tem avalizado decisões judiciais da espécie, como se vê de inúmeras de suas decisões, entre as quais, por exemplo: RE 717290 AgR, 2014; AI 550530 AgR, 2012; RE 559646 AgR, 2011; RE 534908 AgR, 2008; AI 616551 AgR, 2007; RE 271286 AgR, 2000.

Não obstante haja um padrão decisório já sedimentado, o tema ainda suscita grandes debates no Brasil.

A favor da ampla intervenção judicial na realização do direito à saúde, argumenta-se que os processos judiciais servem para corrigir falhas no sistema público de saúde. Defende-se, ainda, que as demandas judiciais refletem a maturação de um amplo movimento cívico para realizar o direito à saúde no Brasil. Questionando a legitimidade dessa intervenção, afirma-se que a intervenção judicial mina os esforços governamentais de distribuição farmacêutica, aumentando a desigualdade no acesso e incentivando o uso irracional de medicamentos, no âmbito do sistema público de saúde. Sustenta-se, igualmente, uma associação delicada entre as demandas judiciais e

a indústria farmacêutica, que se vale do Judiciário como veículo para vender medicamentos de alto custo, cuja eficácia pode ser questionável e a prescrição generalizada injustificada (BIEHL, et al., 2009).

São esses argumentos que se pretende confrontar com alguns dados empíricos disponíveis na literatura sobre saúde pública.

2.2. Efeitos da tutela judicial dos direitos sociais na área de saúde (acesso a medicamentos e tratamentos terapêuticos)

Na perspectiva da política pública, há evidências de que esse padrão de tutela judicial ampla a que se referiu causa a desestruturação na ação coordenada do Estado, pelo menos no que se refere à intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, realidade essa que muitas vezes não é apreendida pelos juízes, que se veem limitados à análise do caso concreto em processos individuais, sem ter uma visão abrangente do impacto da atuação judicial na política pública.

Em um primeiro estudo (CAMPOS NETO et al., 2012), que levou em consideração demandas judiciais que tiveram origem no Estado de Minas Gerais, entre os anos de 1999 e 2009, sugere-se que a judicialização de demandas de acesso a medicamentos pode servir ao propósito de fomentar os interesses da indústria farmacêutica.

Foram analisadas 2.412 ações judiciais referentes a 2.880 medicamentos solicitados, com 18 fármacos diferentes. Entre esses, 12 estavam contemplados na política de assistência farmacêutica do SUS. Houve predomínio de representação por advogados particulares (62,1%) e atendimento por médicos do setor privado (84,9%). Em relação a um determinado medicamento chamado adalimumabe (que é um anticorpo monoclonal, prescrito para

artrite reumatoide, mas que não está na primeira linha de tratamento estabelecido pelos protocolos do SUS), a pesquisa traz dados reveladores: (i) um único escritório particular de advocacia foi responsável por 44,8% das ações; (ii) apenas um médico foi responsável por 16,5% das prescrições; (iii) 29 médicos foram responsáveis por 40,2% das prescrições; (iv) entre as ações representadas pelo escritório A, 43,6% tiveram um único médico prescritor para esse medicamento.

Um segundo estudo (CHIEFFI; BARATA, 2010), que considerou demandas judiciais do Estado de São Paulo no ano de 2006, chegou a resultados semelhantes. Foram analisadas 2.967 ações, patrocinadas por 565 advogados, sendo 549 advogados particulares (97,2%), envolvendo prescrições de 878 médicos, para obter medicamentos que implicaram gastos de R\$ 65 milhões, para atender a 3.600 pessoas. Dos 565 advogados, seis (1%) foram responsáveis por 35% das ações, enquanto 435 advogados (77%) entraram com uma única ação, correspondendo a 15% das ações. Mais de 70% das ações ajuizadas para certos medicamentos são de responsabilidade de um advogado.

Em relação ao adalimumabe, foram ajuizadas 249 ações por 8 advogados (máximo de 148 processos por advogado, ou seja, concentração de 59,4%), com prescrição de 73 médicos (máximo de 15 processos por médico, ou seja, concentração de 6,0%).

Esses estudos indicam a maior representatividade de médicos do setor privado e advogados particulares, o que depõe contra a crença de que a intervenção judicial tenha a função de corrigir a política pública, em defesa de minorias marginalizadas. Além disso, a pesquisa sugere associação entre médicos, escritórios de advocacia nas solicitações dos medicamentos e, talvez, interesses bem direcionados da indústria farmacêutica.

Essas conclusões convergem com estudo feito por Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas, que também se propuseram a examinar se a intervenção judicial em políticas públicas poderia ser considerada um mecanismo institucional ou alternativa relevante para garantir direitos sociais aos menos favorecidos, pobres e marginalizados do processo político. Examinando o perfil socioeconômico dos demandantes na cidade de São Paulo, que tiveram acesso à medicação específica ou tratamento médico por decisões judiciais, chegaram à conclusão de que a justiciabilidade dos direitos sociais não provou ser um meio de prestação de determinados serviços públicos mais democrática e acessível (SILVA, TERRAZAS, 2008).

Pode-se objetar, no entanto, que a tutela judicial na área de saúde deve ser avaliada considerando sobretudo a garantia do direito individual do cidadão que postula judicialmente. A questão que essa abor-

dagem sugere (ao desconsiderar a natureza universal do direito social) está, portanto, em saber se a tutela individual confere efetividade à saúde do cidadão beneficiado que foi a juízo.

Estudo empírico elaborado com dados de Minas Gerais, considerando os anos de 2005 e 2006, traz interessantes indicativos a respeito da eficácia dos medicamentos concedidos judicialmente (MACHADO, 2011, p. 590-598). Foram examinados 827 processos (com 1.777 pedidos de medicamentos), sendo 60,3% das ações patrocinadas por advogado particular; 70% de autores atendidos pelo sistema privado de saúde. Fixando a análise nos medicamentos requeridos, tem-se que 5% deles não tinham registro na ANVISA, 19,6% eram medicamentos considerados essenciais, 24,3% estavam na lista de medicamentos de alto custo. Destacam-se, ainda, os seguintes dados: 53,9% dos remédios tinham evidência consistente de eficácia, a evidência era limitada para 7,3% deles e não havia evidência comprovada para 3,7%. Nenhuma informação foi encontrada nas fontes utilizadas na análise de eficácia para 33,4% dos medicamentos pesquisados. Cabe destacar que 79% dos medicamentos tinham alternativa terapêutica nos programas de assistência farmacêutica.

Em outro estudo, focalizando decisões judiciais no período de 2006-2007 no Estado de São Paulo (com dados da Secretaria de Saúde estadual) que determinavam a entrega de medicamentos destinados ao tratamento de câncer (bevacizumabe, capecitabina, cetuximabe, erlotinibe, rituximabe, imatinibe e temozolomida), constatou-se que os gastos foram superiores a R\$ 40 milhões para atender a 1.220 solicitações, com custo médio de R\$ 33,5 mil por paciente. Parte das indicações dos medicamentos prescritos e demandados judicialmente não tinha amparo na literatura médica: aproximadamente 17% dos pedidos

não tinham evidência para a indicação mencionada no pleito, o que equivale a um gasto inadequado de, no mínimo, R\$ 6,8 milhões (LOPES et al., 2010).

Embora não se tenha evidência de que foram adotados os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175, a recomendar ampla instrução probatória, parece possível assumir que essa instrução probatória não é feita em função do fator tempo e da falta de engajamento do Judiciário para, ao decidir um caso individual, promover ampla cognição a respeito das especificidades da doença e dos detalhes terapêuticos, na perspectiva da saúde individual e da saúde pública. Revela-se, de todo modo, que é duvidoso assumir como verdadeira a conclusão de que o juiz garante o direito à saúde de forma qualitativamente melhor do que os demais órgãos do Estado.

Enfim, a forma que se consolidou no Brasil de adjudicação de direitos sociais constitucionalmente garantidos (aplicação direta dos direitos constitucionais), mesmo quando bem parametrizada (STA 175), conduz a uma disfunção na política pública, gera iniquidades e apresenta resultados individuais duvidosos⁵.

Além disso, o protagonismo do Judiciário na definição do conteúdo do direito social e na implementação de políticas públicas conduz à desestruturação da ação administrativa e, pior, à atrofia da Administração Pública, com a perda de previsibilidade da função administrativa. Isso porque o ativismo judicial no reconhecimento de direitos sociais para determinar prestações estatais não é capaz de

⁵ Utilizado esse padrão decisório em processos coletivos, exacerbam-se os problemas da interferência judicial em políticas públicas. Ilustrativa disso é a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, julgando recurso especial interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, atribuiu eficácia *erga omnes* a ação civil pública destinada a garantir o fornecimento de fraldas descartáveis a portadores de doenças que necessitem desse item e não tenham condições de arcar com seu custo (BRASIL, 2014a).

produzir uma reordenação na atividade administrativa, que encontra na lei, e não nos precedentes judiciais, os limites, a forma e a finalidade da atuação da Administração Pública. De fato, a decisão judicial não serve como condição suficiente para justificar o processo decisório do administrador. Os precedentes judiciais ordinários, por mais numerosos e representativos que sejam, não têm aptidão para suplantar a função regulativa da lei para o Administrador Público.

No Estado de Direito, deve-se considerar que, em situações ordinárias, assim deve ser. Como bem reflete Carlos Blanco de Moraes, “o princípio da presunção de constitucionalidade das leis constitui pressuposto objetivo da confiança tanto dos demais poderes dos órgãos do poder, como do cidadão” (MORAIS, 2006, p. 377). Em outras palavras,

a outorga de poderes de controle de constitucionalidade das leis ao aplicador administrativo redundaria, na prática, na activação de um princípio de não constitucionalidade das normas legais” (MORAIS, 2006, p. 375-376). Sendo correto, por isso, concluir que “aos órgãos destinados a executar as leis, cumpre-lhes presumir a sua constitucionalidade, como condição de sua previsível, certa, unitária e eficaz execução (MORAIS, 2006, p. 377)⁶.

Como já exposto em outra oportunidade, entende-se que o ativismo judicial afeta a capacidade de ordenação do direito e enfraquece a atividade administrativa, que deixa de ser reconhecida como dotada de autoridade, tornando-se o juiz a grande agência administrativa do Brasil – a última instância administrativa (QUINTAS, 2011).

3. Direitos sociais sem assistencialismo judicial: a efetivação de direitos sociais no Estado Democrático de Direito

Poder-se-ia pensar que as deficiências identificadas no padrão de intervenção judicial hoje praticada no Brasil para a implementação de direitos sociais derivariam apenas de um erro de execução de uma concepção de tutela judicial bem madura e refletida, a demandar apenas uma correção de rumos e ajustes pontuais.

⁶ Carlos Blanco de Moraes (2006, p. 377-384) considera legítimo o afastamento dessa presunção pelo administrador diante: i) da conclusão de que a lei é inexistente, rejeitando a aplicação dessa lei aparente; ii) da possibilidade de realizar uma interpretação conforme a Constituição; iii) de uma lei manifestamente incongruente (ininteligível); e iv) de uma lei que viole frontalmente direitos fundamentais consagrados na Constituição como absolutos, de eficácia plena e autoexequíveis (pp. 377-384).

Não é essa a nossa percepção. Entende-se, como já se afirmou, que o padrão de tutela judicial hoje praticado no Brasil, ainda que bem parametrizado (STA 175, STF), sofre de uma deficiência congênita, derivada de uma má compreensão a respeito do significado do paradigma do Estado Democrático de Direito e da normatividade dos direitos fundamentais (especialmente os de índole socioeconômica).

Exacerbando-se equivocadamente as práticas que caracterizaram o Estado Social, propaga-se a crença de que é não só ociosa a diferenciação entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, mas também natural o protagonismo político do Poder Judiciário perante os outros Poderes e perante a sociedade. Isso passa, inicialmente, por conceber, do ponto de vista epistêmico, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais como

delegações normativas em branco ao intérprete (mormente ao judiciário) para criar direito a partir das suas próprias pré-compreensões políticas e filosóficas, de forma a desvalorizar ou a contrariar o próprio direito ordinário do legislador democrático equivaleria a um verdadeiro golpe de Estado constitucional com cadência larvar, uma afronta à ideia de direito do poder constituinte e uma fraude continuada à Lei Fundamental (MORAIS, 2011, p. 222-223).

O erro fundamental dessa leitura assenta-se numa visão totalizante e organicista da Constituição, da qual deriva (de forma também inadequada) um dirigismo do Judiciário sobre a sociedade, o que é incompatível e contraditório com sociedades pluralistas. Por isso mesmo, “uma Constituição onnipresente e omnicompreensiva parece encerrar em si mesma uma perigosa visão totalitária da sociedade e do Estado, incompatível com o pluralismo inerente ao modelo de Estado democrático de direito” (MORAIS, 2011, p. 229-230).

Enfim, a visão subjacente à prática judicial brasileira diverge daquilo que o constitucionalismo atual, em seus diferentes matizes, tem-se esforçado para compreender a Constituição numa sociedade heterogênea e pluralista com a função de preservar e promover a riqueza e a complexidade das formas de vida.

Reformulando sua compreensão original da constituição dirigente, Canotilho fala de um constitucionalismo moralmente reflexivo, para expressar a visão de que “os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais” (CANOTILHO, 2001, p. XXIX e XXX).

Zagrebelsky esclarece que, no momento atual do constitucionalismo (por ele denominado de Estado Constitucional),

os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito, o que era desconhecido no Estado de direito legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido em que o era o legislador no século passado. Os juízes são, na verdade, os garantidores da complexidade estrutural do direito no Estado Constitucional, é dizer, os garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça (...) [Se, de um lado,] o legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como “partes” do direito (...) [de outro, os juízes precisam se manter] abertos à possibilidade de exercer sua prerrogativa constitucional de contribuir politicamente à formação do ordenamento jurídico (...).[Isso porque] o direito não é um objeto de propriedade de um, mas deve ser objeto do cuidado de todos (ZAGREBELSKY, 2008, p. 153).

Se essas leituras estão corretas, soa como pretensioso, arrogante e ingênuo cogitar de juízes e tribunais que se convertam em senhores do direito, com a capacidade de definir com detalhamento e minúcia o conteúdo de direitos sociais que não puderam ser expressos em outras esferas políticas.

A prática judicial brasileira na implementação dos direitos sociais mostra-se, por isso, equivocada, seja nos fins que elege, seja nos meios que adota. Por outro lado, cabe assumir que, no Brasil, é insuficiente pensar que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser feita simplesmente dentro da moldura estabelecida pelo legislador (diferentemente da prática judicial mais restrita adotada por países como Portugal).

Em verdade, é necessário pensar numa prática judicial que preserve a complexidade estrutural do direito, resguarde o pluralismo da sociedade e promova a democracia como forma de tomada de decisões políticas, o que exige dos juízes e tribunais postura que fomente o diálogo institucional com as outras esferas políticas e com a sociedade.

No mundo, várias experiências e alguns modelos teóricos têm sido gestados para fazer frente a esses novos desafios constitucionais⁷. O incrementalismo (*incrementalism*) é um desses modelos teóricos, que pode servir de inspiração para repensar a forma adequada de tutela judicial dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito (KING, 2012).

O incrementalismo é um método de gestão e de tomada de decisões por atores racionais atuando sob circunstâncias de severa complexidade e ampla incerteza, o qual teve grande impacto na teoria das organizações e na administração pública (especialmente na prática orçamentária). A ideia básica é que, em situações complexas e cercadas de incertezas, há dificuldade de tomar decisões com base no modelo racional

⁷Para uma visão abrangente a respeito do assunto, confirmam-se as seguintes obras: Gauri e Brinks (2008), King (2012), Davis (2012), Young (2012).

compreensivo, que busca esclarecer objetivos, para depois coletar dados empíricos, e em seguida formular políticas, primeiro elegendo finalidades e depois os meios, com um teste de razoabilidade, levando em consideração todas as variáveis relevantes, com o que se alcançam decisões confiáveis. Pelo incrementalismo, há uma identificação de objetivos e dados empíricos de forma interconectada, buscando a concordância de vários agentes sobre a decisão; assume-se que a análise é limitada, porque se negligenciam importantes resultados, alternativas e valores afetados pela decisão que não puderam ser identificados, com o que se submete a decisão a sucessivas comparações ao longo do tempo para aprimorá-la (KING, 2012, p. 289-293).

O incrementalismo, na atividade judicial, significa permitir que o Judiciário possa atuar na aplicação de direitos sociais vagos em situações de incerteza ou complexidade, ainda que falte um prévio e preciso *standard* legal aplicável. Nisso, ele viabiliza uma intervenção judicial em políticas públicas para além da moldura estabelecida pelo legislador. Ocorre que, nessas situações, o referido método sugere que o juiz não busque refazer uma reconstrução ampla do processo decisório para a implantação da política pública, mas que apenas identifique aspectos que mereçam ser aprimorados na política pública e que tome medidas tendentes à sua correção (do processo decisório a ela associado), na premissa de que todos os agentes políticos envolvidos estão de boa-fé na realização dos direitos sociais. Nessa tarefa, o juiz deve privilegiar decisões particulares e pontuais, com expansão cautelosa, com observância das regras procedimentais do contraditório, da ampla produção de provas para aumentar o controle sobre as decisões judiciais, com remédios não intrusivos e com decisões que podem ser revistas (KING, 2012, p. 293-303).

Conquanto o Judiciário tenha a função de realizar o controle das políticas públicas e dar efetividade a direitos sociais, a aplicação desses direitos deve ser feita de forma branda, com vistas ao aperfeiçoamento do procedimento decisório que pautou a decisão legislativa e administrativa na regulação do bem da vida controvertido judicialmente. Nas palavras de Jeff King:

A principal função da atuação judicial na tutela dos direitos sociais é aquela que centra mais esforços na análise do processo decisório pertinente à tutela do direito social vindicado e menos no exame da proteção conferida pelo Estado a determinada situação. O juiz procura formar juízo acerca da adequação do fundamento subjacente à ação ou omissão do Estado, da plausibilidade de suas promessas e da validade de suas conclusões, bem como sobre a participação concedida durante o processo decisório, a existência de políticas públicas alternativas e (quando for o caso) a compatibilidade do resultado da decisão com o núcleo conceitual do direito em evidência. Para provar que houve violação ao direito, não é suficiente mostrar que alguém foi preso sem prévia oitiva, ou que foi retirado de casa sem necessidade substancial ou que foi proibido de falar num debate político. É necessário tomar prévio conhecimento da justificativa apresentada pelos agentes do Estado, salvo (em raras exceções) nos casos em que o ordenamento jurídico estabelece uma obrigação absoluta que confira de forma inequívoca um direito a ser exercido em situações específicas. De forma semelhante, não faz sentido acreditar que a demonstração de um mínimo social não alcançado (ainda que haja recursos para supri-lo) é suficiente para emitir uma conclusão sobre a existência ou não de violação aos direitos sociais (KING, 2012, p. 107-108).

Esse modelo, como se vê, não tem a pretensão de oferecer uma tutela judicial padrão para a realização dos direitos sociais, mas serve sim

ao propósito de fornecer uma regra de ouro de fomento a respostas flexíveis e substantivas do Executivo e do Legislativo, num ambiente colaborativo.

Em síntese, sugere-se que os juízes, na efetivação dos direitos sociais, adotem uma postura de autocontenção estruturada em quatro princípios para a tomada de decisão: legitimidade democrática, policentrismo⁸, *expertise* e flexibilidade. Com o incrementalismo, argumenta-se que juízes podem superar a dificuldade democrática em favor da implementação judicial das políticas públicas desde que respeitem a igualdade entre os cidadãos no contexto em que haja problemas de legitimação decorrente da falta de legislação e ação administrativa específicas ou falha na proteção de determinado grupo. Para tanto, o grau de intervenção deve ser restringido pelo reconhecimento da complexidade do problema, da *expertise* dos administradores (sendo que o Poder Judiciário pode ajudar na ponderação entre conhecimento técnico e participação democrática [*accountability*]) e da necessidade de observância da flexibilidade (sendo que os juízes podem ajudar na quebra da inércia burocrática e política) (KING, 2012, p. 8-10).

A colaboração interinstitucional entre a Administração Pública, o Legislador e o Judiciário pode fortalecer um programa de ampla proteção dos direitos sociais – pode-se até mesmo cogitar de ações coordenadas entre controles internos (tribunais administrativos, métodos alternativos de solução de controvér-

sia, *ombudsmen*) e o controle externo do Judiciário (KING, 2012, pp. 86-96).

Não se ignora que há pré-condições político-institucionais para o funcionamento desse modelo de tutela judicial: um Poder Judiciário independente; implementação das bases de um Estado Social, com direitos sociais incorporados; órgãos administrativos bem desenvolvidos, com corpo técnico estruturado e com instâncias não judiciais que permitam um controle interno; boa-fé institucional; e espírito de colaboração (KING, 2012, p. 10-13).

No Brasil, essas pré-condições parecem presentes em certas áreas da saúde, como aquelas afeitas à política de medicamentos estabelecida no âmbito do Sistema Único de Saúde, razão por que esse parece ser campo aberto ao incrementalismo. Com efeito, ao menos no que se refere ao nível federal, pode-se observar que essa política pública é inclusiva e aberta à evolução. Examinando-se dados do Ministério da Saúde, nos anos de 2002 a 2007, pode-se constatar o substancial incremento dos gastos do poder público com a aquisição de medicamentos (VIEIRA, 2009).

Entre 2002 e 2007, o gasto com os medicamentos da atenção básica teve aumento de 75% e com medicamentos dos programas estratégicos, de 124%. No caso dos antirretrovirais, o aumento foi de aproximadamente 6%. O aumento mais expressivo do gasto foi observado com os medicamentos de dispensação em caráter excepcional: 252%, de 2003 a 2007 (VIEIRA, 2009).

Examinando, especificamente, o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério de Saúde do Brasil, especialmente em relação aos gastos com os medicamentos distribuídos no período de 1993 a 2009, pode-se concluir que houve, ao longo dos anos, sensível aumento em relação ao número de fármacos e apresentações far-

⁸ Um problema policêntrico, na definição de Lon Fuller, incorporado por Jeff King, é aquele que compromete uma vasta rede de relações interligadas. A fixação dos salários, por exemplo, é um problema policêntrico, porque há um problema de custos, do impacto da medida no emprego, na inflação etc. Há várias partes e interesses em jogo, devendo-se levar em consideração inúmeras variáveis. Exige-se, por isso, criatividade, negociação e ampla participação (KING, 2012, p. 189-191).

macêuticas distribuídas e de doenças contempladas. Eram distribuídos 15 fármacos em 31 diferentes apresentações farmacêuticas em 1993, passando para 109 fármacos em 243 apresentações em 2009. Os gastos totais do Ministério da Saúde com medicamentos somaram, em 2007, R\$ 1.410.181.600,74, quase o dobro do valor gasto em 2000: R\$ 684.975.404,43. Observa-se, assim, que o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional está em constante transformação, visando a aprimorar instrumentos e estratégias que assegurem e ampliem o acesso da população aos medicamentos, não obstante os elevados custos associados a essa prática (CARIAS et. al., 2011).

Mostrando que talvez seja possível apostar nesse diálogo institucional entre o Poder Judiciário, o Legislativo e o Administrador Público, Biehl et al. (2012) trazem dados a respeito da judicialização das políticas públicas de saúde no Rio Grande do Sul, para fornecimento de medicamentos, com especial atenção na atuação judicial da Defensoria Pública, que contava, à época da pesquisa, com 400 advogados públicos espalhados por todo o Estado, para atendimento a cidadãos com renda inferior a três salários mínimos.

Nesse estudo, foram examinadas 1.080 ações ajuizadas contra o Estado do Rio Grande do Sul entre 2002 e 2009, nas quais 59% dos casos foram promovidos pela Defensoria Pública, 6,2% por outros advogados públicos e 34% por advogados privados. Os advogados indicavam os seguintes fatos médicos e administrativos para basear sua postulação: i) necessidade médica verificada por um médico (92%); ii) risco de morte (53%); iii) recusa do Estado em fornecer uma droga que é parte das listas farmacêuticas oficiais (29%); iv) falta de estoque (11%); v) inefetividade do tratamento ou falta de alternativa terapêutica (6,9%); e vi) descontinuidade do tratamento concedido pelo Estado (6,8%). Em 65% dos casos, postulavam-se medicamentos incluídos na lista oficial de distribuição de fármacos. Entre os demandantes mais pobres (com renda declarada inferior a 1 salário mínimo), 64% dos pedidos diziam respeito a medicamentos fora das listas oficiais, 47% eram medicamentos de dispensação excepcional, 27% de dispensação especial e 40% medicamentos essenciais. Dos 983 casos em que a demanda judicial vinha acompanhada de prescrição médica, 45,1% foram subscritas por médicos do SUS; 15% por médicos de hospitais universitários e 37% por médicos privados. Em 98% dos casos (1.062 casos), postulava-se a concessão de tutela antecipada ou medida cautelar para que se assegurasse, desde o início da demanda, a entrega do medicamento ou a oferta do tratamento médico, sendo deferida em 93% deles (1.004 casos).

Os resultados dessa pesquisa são, em parte, compatíveis com os visos anteriormente, manifestando aquilo que se entende como distorções

advindas da prática judicial brasileira de intervenção em políticas públicas. É o que se conclui, por exemplo, pelo indicativo de que, muitas vezes, o direito social é examinado apenas na perspectiva individual, ignorando-se as razões que justificam a política pública estabelecida, a qualidade do processo decisório nas outras esferas de governo e a complexidade inerente às políticas públicas (não havendo adequada instrução probatória para apurar essas questões). Por outro lado, há resultados que divergem do padrão judicial antes identificado. E aqui surgem dados promissores. Há uma parte relevante de casos cuja postulação se fez num quadro em que o direito vindicado já encontrava expressão e conteúdo bem definidos na política pública estabelecida (requisição de medicamentos contidos em listas oficiais ou amparada por requerimentos que tinham amparo em processos administrativos), além de ter como beneficiários a população mais carente (BIEHL et al., 2012).

O diferencial na prática judicial retratada nessa pesquisa parece estar associado ao papel exercido pela Defensoria Pública, na filtragem e na análise dos casos, que se supõe ter sido feita à luz da política pública estabelecida e em benefício da população mais carente. De todo modo, esse estudo não traz dados que permitam avaliar se a intervenção judicial fomenta melhores práticas da Administração Pública ou se apenas alimenta o problema de gestão deficiente dos recursos públicos na área de saúde – dada a falta de adequado planejamento orçamentário e a deficiente execução administrativa de seus programas, o que traz problemas, como o da dispensa de licitação para compras emergenciais. Esses últimos aspectos, decerto, constituem um desafio a ser enfrentado pelo incrementalismo e outras formas de intervenção judicial para realização de direitos sociais que se voltem ao aperfeiçoamento das políticas públicas, no contexto do Estado Democrático de Direito, com a efetiva participação de todos os órgãos do Estado e com engajamento da sociedade⁹.

Apesar disso, parece correto concluir que, no Brasil, há condições institucionais de investir em outras formas de tutela judicial no âmbito dos direitos sociais.

4. Conclusão

Sob a justificativa de controlar políticas públicas, o Poder Judiciário hoje tem atuado com a desenvoltura de um agente definidor e executor de políticas públicas, extraindo diretamente da Constituição o direito

⁹Para ter uma breve, porém abrangente, visão dos problemas advindos da intervenção judicial sobre o orçamento público, vide Pinto (2014).

do autor da ação judicial de obter determinado medicamento, tratamento médico ou outra prestação específica. Ao agir assim, o Poder Judiciário fica sujeito a fundadas críticas a respeito de: (i) seu déficit de conhecimento, pois os juízes não têm capacidade de traduzir as pretensões gerais dos direitos sociais em tutelas judiciais específicas, equivalentes àquelas que derivam das liberdades constitucionais, em vista do seu conteúdo indeterminado); (ii) sua incapacidade de atuar no planejamento orçamentário; e (iii) uma interferência indevida nas funções dos órgãos democraticamente eleitos ou tecnicamente mais preparados para tratar do assunto (DAVIS, 2012, p. 1.023). De fato, essa prática judicial ignora que os direitos sociais se realizam por meio de políticas públicas, cujas dimensões de universalidade, participação, integração, unificação e descentralização precisam ser respeitadas.

Não obstante isso, a pergunta que hoje se impõe não é se o juiz pode ou não intervir na implementação de políticas públicas, mas sim como o juiz deve atuar nessa intervenção, estabelecendo condições, limites e possibilidades para tanto. Essa perspectiva insere-se numa discussão mais ampla a respeito da função que o Poder Judiciário deve desempenhar na ordem política democrática, haja vista que o problema da conformação dos direitos sociais se inscreve também na problemática da separação de Poderes.

Não basta, dessa forma, condenar a judicialização dos direitos sociais, que, se bem direcionada, tem aptidão de incrementar a ação política e administrativa, identificando pontos de desenvolvimento e correção de políticas públicas, estabelecendo uma fiscalização. Serve também para proteger políticas sociais contra litigantes com pretensões calcadas em interesses comerciais ou direitos individuais – criando parâmetros para a ponderação entre direitos sociais e individuais, por exemplo, na questão da liberdade religiosa *vs* transplante; no direito de escolha da forma de parto *vs* protocolos médicos estabelecidos para saúde pública (KING, 2012, p. 51-55).

Identificando-se as deficiências do modelo de prestação judicial praticado no Brasil e afastando-se desse dilema entre judicializar ou não os direitos sociais, buscou-se identificar outros caminhos a serem explorados, na premissa de que se torna hoje improdutiva e estéril a discussão sobre a possibilidade de intervenção judicial sobre políticas públicas para dar efetividade aos direitos sociais (QUINTAS, 2014).

Nessa linha, apresentou-se o modelo teórico do “incrementalismo”, que sugere, como visto, que os juízes, na efetivação dos direitos sociais, adotem uma postura de autocontenção estruturada em quatro princípios para a tomada de decisão: legitimidade democrática, policentrismo, *expertise* e flexibilidade.

Parte-se da premissa de que, no Estado Democrático de Direito, o juiz deve atuar com deferência aos outros órgãos constitucionais. Trata-se não de uma deferência absoluta e abstrata, mas de uma deferência encontrada no julgamento do caso – que conduza a uma autocontenção se identificada a necessidade de socorrer-se da *expertise* do Poder Público –, da importância de considerar uma rede de relações e interesses interligados na implementação da política pública, da possibilidade de haver alternativas para enfrentar o problema constitucional (flexibilidade, negociação e criatividade).

Com efeito, admitindo-se a judicialização das políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, pode-se fugir do ideal do juiz como um provedor primário de direitos sociais, para pensá-lo exercendo uma função de provedor secundário, assegurando que procedimentos justos sejam adotados tanto na alocação quanto na prestação de quaisquer benefícios decorrentes de direitos sociais (exercendo, por assim dizer, um trabalho de auditoria).

Modelos teóricos dessa espécie têm a virtude de evitar uma alocação seletiva de benefícios, fortalecer a responsabilidade política e garantir a implementação dos direitos sociais de forma ampla, de uma maneira compatível com as escolhas políticas razoáveis e democráticas, lembrando os Poderes Executivo e Legislativo de seus deveres constitucionais (DAVIS, 2012, p. 1.026).

Sobre o autor

Fábio Lima Quintas, doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Processo Constitucional na Escola de Direito de Brasília (EDB) do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília, DF, Brasil.
E-mail: fabioquintas@idp.edu.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁰

JUDGES AS PUBLIC ADMINISTRATORS: THE JUDICIAL REVIEW TO ENSURE SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT: Based on the analysis of some empirical studies and constitutional doctrine, the paper reports the impact of judicialization of the public policies in the defense of the

¹⁰ Sem revisão do editor.

economic and social rights in Brazil. It also examines the convergence of this practice with the aims of the Constitutional and Democratic State. After that, the text suggests other forms of judicialization of public policies, more adequate to assure the economic and social rights in the Constitutional and Democratic State.

KEYWORDS: ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS. PUBLIC POLICIES. JUDICIAL REVIEW. JUDICIAL ACTIVISM. INCREMENTALISM.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

BIEHL, João. et al. Judicialisation of the right to health in Brazil. *The Lancet*, v. 373, n. 9682, p. 2182-2184, jun. 2009. Disponível em: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(09\)61172-7/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(09)61172-7/fulltext)>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health and Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 36-52, jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 271286. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 12 set. 2000. *Diário da Justiça*, 24 nov. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 616551. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 23 out. 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 534908. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 11 dez. 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 fev. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 17 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 559646. Relator: Ministro Ellen Gracie. DJ, 7 jun. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 jun. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 550530. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ, 26 jun. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1377400/SC. Relator: Ministro Og Fernandes. DJ, 18 fev. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 mar. 2014a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 717290. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 18 mar. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 abr. 2014b.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Rev. Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, out. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1. reimpr. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CARIAS, Claudia Mezleveckas et al. Medicamentos de dispensação excepcional: histórico e gastos do Ministério da Saúde do Brasil. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 2, p. 233-240, abr. 2011.

CHAYES, Abram. The role of the judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, maio 1976.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, jun. 2010.

DAVIS, Dennis. M. Social Rights. In: ROSENFELD, Michel. SAJÓ, András (Ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. (Ed.). *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge, NY: Cambridge University Press, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

KING, Jeff. *Judging social rights*. New York: Cambridge University Press, 2012.

LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 620-628, ago. 2010.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2006. tomo 1.

_____. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 211-243, out./dez. 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Portugal: Coimbra editora, 2006.

_____. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

PINTO, Êlida Graziane. Judicializar o orçamento aprimorará as políticas públicas. CONJUR, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-20/elida-grazianejudicializar-orcamento-aprimorara-politicas-publicas>>. Acesso em: 18 set. 2015.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

QUINTAS, Fábio Lima. O juiz como última instância da Administração Pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 245-261, out./dez. 2011.

_____. Efetividade dos direitos sociais sem assistencialismo judicial. CONJUR, 8 fev. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/observatorio-constitucional-direitos-sociais-assistencialismo-judicial>>. Acesso em: 23 set 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 81-82.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded. *Social Science Research Network*, 2008. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 27 abr. 2014).

STAMFORD, Artur; CAVALCANTI, Máisa. Decisões judiciais sobre acesso aos medicamentos em Pernambuco. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 46, n. 5, p. 791-799, out. 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ministry of Health's spending on drugs: program trends from 2002 to 2007. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 4, p. 674-681, ago. 2009.

YOUNG, Katharine G. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008.