



UNIVERSIDADE
TIRADENTES

UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO**

**QUAL O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO COMBATE À COVID-19:
ATIVISMO OU NECESSIDADE?**

Fabio Junior da Silva
Orientador: Prof. Me. Rafael Soares de Cerqueira

Propriá/SE

2020

FABIO JUNIOR DA SILVA
**QUAL O PAPEL DO PODER JUDICIARIO NO COMBATE À COVID-19:
ATIVISMO OU NECESSIDADE?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Orientador – Me. Rafael Soares de Cerqueira
Universidade Tiradentes

Professor Examinador - Alex Daniel Barreto Ferreira
Universidade Tiradentes

Professor Examinador - Valquiria Nathali Cavalcante Falcão
Universidade Tiradentes

**QUAL O PAPEL DO PODER JUDICIARIO NO COMBATE À COVID-19:
ATIVISMO OU NECESSIDADE?
WHAT IS THE ROLE OF JUDICIAL POWER IN THE FIGHT AGAINST COVID-
19: ACTIVISM OR NEED?**

Fabio Junior da Silva¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva desenvolver a temática na aplicação da Judicialização no combate à Covid19, o Judiciário é instado a se manifestar sobre tais pontos, surgem diversos pontos polêmicos devidamente analisados pela doutrina. Em tela temos a necessidade de conhecer e se essa Judicialização está sendo pautadas em Ativismo ou de necessidade. Serão analisados as decisões judiciais que tragam questões que envolvam o direito a saúde em tempos de pandemia. Quanto à limitação deverão ser abordados e definidos nessa pesquisa quem é o Agent do fato; O fato gerador do problema; O momento do fato, Quais medidas deverão ser aplicadas e qual o papel do judiciário no combate a pandemia. Após, ressalta-se ainda a fundamental que os julgadores não podem atuar de maneira totalmente livre nestas questões, tendo em vista as a necessária análise da capacidade institucional para a tomada da melhor decisão técnica, Dentre as considerações finais, destaca-se a Judicialização, e resta claro que a judicialização das políticas públicas é algo inegável hoje em dia. O que deve ser buscado e respeitado, então, é que o direito seja aplicado sem deixar de lado a finalidade social prevista nas normas através das vontades do legislador, responsável pela criação do ordenamento jurídico positivo.

Palavras-chave: Judicialização. Pandemia. Saúde.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT, *campus* Propriá. E-mail: gabrielfabio2008@hotmail.com

ABSTRACT

The present work aims to develop the theme in the application of Judicialization in the fight against Covid19, the Judiciary is urged to express itself on such points, several controversial points arise, duly analyzed by the doctrine. On screen we will discuss the need to know and whether this Judicialization is being guided by Activism or necessity. Judicial decisions that address issues involving the right to health in times of pandemic will be analyzed. As for the limitation, this research should be addressed and defined who is the Agent of the fact; The generating fact of the problem; The moment of the fact, What measures should be applied and what is the role of the judiciary in combating the pandemic. Afterwards, the fundamental point is that the judges cannot act in a totally free way in these matters, in view of the necessary analysis of the institutional capacity to make the best technical decision. Among the final considerations, Judicialization stands out, and it remains clear that the judicialization of public policies is undeniable today. What must be sought and respected, then, is that the law be applied without neglecting the social purpose provided for in the norms through the wishes of the legislator, responsible for creating the positive legal system.

Keywords: Judicialization. Pandemic. Cheers

1. INTRODUÇÃO

A crise que temos enfrentado há quase um ano com o surgimento e expansão da Covid-19 trouxe à tona, mais uma vez, um tema que já foi objeto de estudo em outros cenários, qual seja, a Judicialização.

Justamente por este motivo surgiu o questionamento que serviu como ponto de partida para a elaboração do presente artigo, qual seja, a legitimidade da Judicialização das políticas públicas ligadas ao direito social de amplo acesso à saúde e, caso seja considerada válida tal atuação do Judiciário, existem limites para a mesma?

Com isso, os objetivos primordiais deste trabalho consistem em compreender o que são as políticas públicas, o fenômeno da Judicialização da saúde e suas diferenças em relação ao ativismo judicial, bem como os pressupostos, eventuais limites e consequências desta atuação do Judiciário como protagonista em tais questões tão sensíveis aos nossos corações, pois envolvem o direito à vida.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE: O CASO DA COVID-19

Quando falamos de políticas públicas, normalmente a primeira definição que vem a nossa cabeça é de que as mesmas representam um conjunto de diretrizes estrategicamente elaboradas por cada ente federativo com o intuito de atingir e garantir diversos objetivos e direitos constitucionalmente previstos. Assim, para garantir o bem-estar de um determinado grupo social, o Estado passa a implementar um conjunto de ações, partindo dos mais diversos órgãos públicos, para que possam ser atendidos as mais diversas necessidades de acordo com a realidade de cada local.

Tecnicamente, alguns autores, dentre eles Costa (1998a, p. 7), costumam definir políticas públicas como: “(...) o espaço de tomada de decisão autorizada ou sancionada por intermédio de atores governamentais, compreendendo atos que viabilizam agendas de inovação em políticas ou que respondem a demandas de grupos de interesses”.

De se destacar que estas opções políticas e legislativas, feitas por intermédio do Poder Legislativo e do Poder Executivo, nas palavras de Appio, podem ser de duas naturezas:

“(...) as políticas públicas no Brasil se desenvolvem em duas frentes, quais sejam, políticas públicas de natureza social e de natureza econômica, ambas com um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja, de impulsionar o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições

gerais de vida de todos os cidadãos”. (APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. p. 136)

Assim, é possível perceber que, para a elaboração de qualquer política pública, serão necessariamente envolvidas, em maior ou menor grau, diversas áreas do conhecimento, tais como Direito, Economia e Administração e, ainda, que os tipos de políticas públicas que mais vivenciamos em nosso cotidiano são aquelas denominadas de políticas sociais, que englobam em especial as áreas da saúde, educação, segurança pública, transporte, dentre outras.

Também é importante compreender que toda política pública passa por um ciclo entendido pela doutrina como comum a todas, que resumidamente pode ser explicado como: a) identificação do problema; b) agenda; c) formulação; d) tomada de decisão; e) implementação; f) monitoramento; e, g) avaliação.

Na fase da identificação do problema, de acordo com Ricardo Agum, Priscila Riscado e Monique Menezes (2015, p. 13): “(...) temos que admitir a existência de uma inconexão do status quo à situação tida como possível ideal. Podemos entender o problema público no caminho entre a realidade existente e o que se pretende dela”.

Nesta primeira fase, quando tal questão é judicializada, ela chega ao Judiciário em forma de petição inicial, onde, ao final, constam determinados pedidos. Estes pedidos acabam por substituir o poder decisório inicial de identificação do problema, que era dos órgãos públicos competentes para tanto, transferindo isso para as mãos dos juízes. Regra geral isso aparece sob a forma de um cidadão que recorre ao Judiciário para pleitear seu direito social de acesso à saúde, com base na negativa de alguma pessoa pública em fornecer um medicamento ou um tratamento de ataque a Covid-19.

Na fase da formação da agenda, Ricardo Agum, Priscila Riscado e Monique Menezes (2015, p. 13) entendem que:

Primeiro a situação passa por um momento de chamar a atenção dos grupos que irão produzir a intervenção, para que a situação seja percebida como importante enquanto problema a ser solucionado. Para isso é preciso que seja conclamada à participação não apenas dos cidadãos interessados na execução da política pública, mas por vezes o envolvimento de grupos de interesse e a mídia. O segundo ponto apresentado trata da questão destacada enquanto problema que precisa ser de possível solução. É preciso demonstrar ser admissível fazer uma ação intervencionista para modificar o atual. Isto é, é preciso mostrar sua importância acima de tudo. E por último, para se tornar um problema público de ação efetiva governamental, a questão precisa estar circunscrita no ciclo de ação que pertence à responsabilidade pública. Não basta apontar o problema, ele tem que ser reconhecido e apresentado como de competência dos entes governamentais para se constituir de fato em uma política pública.

Entrar na agenda política não significa resolver o problema. A dificuldade de manter um problema reconhecido enquanto público é um exercício contínuo.

Os autores mostram a tipologia das agendas e como elas são constituídas, mas não as apresentam como a salvação de uma questão. A luta política para que seja dada atenção a um problema e não a outro passa por uma discussão relativamente simples, por exemplo: o orçamento público não consegue suprir todas as necessidades sociais. Sendo assim, é preciso eleger o que será contemplado, e mais do que isso, elencar o que de fato será alvo de políticas públicas.

Nesta fase, a Judicialização aparece na forma de substituição da chamada representação política feita de forma democrática, ainda que por vezes não tenham sido eleitos os melhores representantes para tal. Aqui, o modelo adotado é invertido em relação ao inicialmente usado, quando não ocorre a participação do Judiciário. Isso porque, quando é proferida uma decisão judicial ligada ao combate da Covid-19, esta decisão é imposta de cima para baixo pelo magistrado, pois este e somente este irá definir a solução ideal para aquela questão.

Passando para a fase de formulação de alternativas, Ricardo Agum, Priscila Riscado e Monique Menezes (p. 12-42) entendem que a mesma funciona como.

O espaço de forças em que as correntes estruturantes de uma política se apresentam com maior clareza. Procurar e formular alternativas é estabelecer o que será abordado ou contemplado dentro de um problema. Neste momento em que geralmente são elaborados os programas e estratégias da ação, eles podem ser estabelecidos de maneira concreta, isto é, com objetivos e metas claras, assim como regras e condutas a serem seguidas. Bem como podem aparecer com questões amplas e sem muito esforço de concretização.

Já na tomada de decisão, é feita a escolha de qual instrumento é o mais adequado para resolver o problema específico de determinada comunidade, com a identificação do público alvo da ação do ente público.

Aqui, quando existe a Judicialização da questão, ocorre uma verdadeira substituição, saindo de cena a prática necessária de um ato administrativo pelo gestor envolvido direta ou indiretamente no combate à Covid-19, e entrando em cena a decisão judicial, momento no qual o juiz substitui a própria administração pública, deixando ao executivo, na maioria dos casos, apenas uma opção: cumprir a determinação judicial.

Chegando na fase da implementação da política pública, Ricardo Agum, Priscila Riscado e Monique Menezes (AGENDA Vol.3 – n.2 – julho/dezembro – 2015) identificam talvez o maior problema enfrentado no Brasil para que as políticas públicas realmente sejam efetivadas, ao afirmarem que

Um dos maiores entraves na questão da implementação de políticas públicas não se traduz, em grande parte, em problemas técnicos ou administrativos.

Os melhores planejamentos são frustrados pelo elemento político e suas complexidades.

Neste momento a Judicialização aparece como resultado da parcial ou total ineficiência do Executivo de implementar as políticas públicas elaboradas pelo Legislativo. Desta forma, quando o juiz é forçado a analisar tal falha, ocorre uma inversão prejudicial deste ciclo de formação das políticas públicas, pois, ao invés de começar pela fase de identificação do problema, ela passa a “existir” somente a partir da fase de implementação, mudando totalmente a sua estrutura inicial e seu sentido, de acordo com as interpretações dadas pelo Judiciário.

Esta também é a mesma percepção de Krell (2002d, p. 100) ao afirmar que:

Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos estados ou dos municípios e, parcialmente também, da não execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais.

Além disso, lamenta o fato de que, no Brasil, não haja obrigação do governo em executar os orçamentos que lhes foram dirigidos pelas leis orçamentárias, o que gera uma interpretação equivocada por parte dos governantes de que a aprovação legislativa não é uma imposição, tratando-se, apenas, de autorização para dispor do erário nas áreas respectivas.

E, por último, mas não menos importante, existe a fase de avaliação, onde de acordo com os ensinamentos de Ricardo Agum, Priscila Riscado e Monique Menezes (2015, p.12-42):

Um dos momentos mais críticos de uma política talvez seja sua avaliação. Os atores envolvidos na ação são medidos e sua capacidade de resolução de um determinado problema pode ser questionada por meio dela. Para isto são criados parâmetros de avaliação e formas de medir o desempenho com base em critérios e padrões. Neste momento, o avaliador com base em medidas valorativas indicará se a política pública está funcionando ou não.

Os indicadores input têm por objetivo medir os esforços despendidos em uma ação; eles podem ser recursos econômicos, humanos ou mesmo materiais. Já os indicadores output procuram medir os resultados alcançados, isto é, as realizações referentes às ações imputadas. Os implementadores de políticas públicas costumam ser questionados quanto ao real efeito da política administrada, se o problema foi resolvido ou mesmo minorado.

A avaliação da política pública é um indicador para saber como vem se comportando a política em curso. Ela deveria ser capaz de construir um quadro avaliativo que levaria à continuação, reestruturação ou mesmo extinção da política.

Também aqui, quando presente, a Judicialização provoca resultados diversos do esperado, mas, neste ponto, com um viés um pouco mais positivo do que nas demais fases.

Isso porque a decisão tomada pelos juízes, se for devidamente analisada e compreendida pelos gestores públicos, pode passar a servir de subsídio para um processo de correção do problema ocorrido em sua implementação, possibilitando a escolha de um novo rumo para que o acesso à saúde possa ser feito de uma maneira melhor pela administração pública.

Neste sentido, o que interessa para o estudo feito no presente artigo, é justamente a questão das políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Importante frisar, neste ponto, o conceito de direitos fundamentais que, nas lições de Bernardes e Ferreira (2015e, p. 622-623) ao afirmar que estes direitos devem ser considerados como:

“(…) o conjunto de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, sobretudo a liberdade, a igualdade e a fraternidade, ou seja, o conjunto de direitos que, segundo doutrina majoritária, são reconhecidos pela ordem jurídica internacional, pois se consideram inerentes à própria condição humana”.

E, nesta mesma linha de raciocínio, localizados dentro dos direitos fundamentais de segunda dimensão, especificamente ligados ao chamado princípio da igualdade, encontram-se os direitos sociais, que tem como principal finalidade a busca da melhoria da qualidade de vida das classes menos abastadas, buscando justamente diminuir as mazelas sociais existentes no Brasil, de forma a garantir o exercício dos direitos sociais desta parcela da população, criando novas condições de natureza material para que estes possam usufruir de uma igualdade em sentido real, garantindo o exercício de sua liberdade.

Neste sentido, da implementação de tais políticas públicas voltadas para os direitos sociais, Krell (2002, p. 19-20) entende que “(…) os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”, ou seja, compete ao Estado garantir, através destas políticas, a possibilidade de exercício de tais direitos, por meio da edição de leis, da prática de certos atos administrativos ou, ainda, da execução destes tipos de serviços pelos integrantes da administração indireta de cada esfera de governo.

Complementando o seu raciocínio, o referido autor assevera que:

“(…) essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da constituição. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado”. (Krell, 2002, p. 22)

Lógico que não se pretende dizer, com isso, que a totalidade de demandas que surgem e que são apresentadas ao Poder Público tem de ser necessariamente atendidas pois, como é de conhecimento geral, as possibilidades de novas demandas são infinitas, mas os recursos públicos disponíveis e passíveis de serem alocados para cada caso são finitos. Assim, compete ao gestor público estabelecer quais serão as prioridades para que seja devidamente cumprido o seu plano de governo, sempre de forma a satisfazer os interesses públicos presentes nestas questões.

E, fechando de forma coerente e realista o seu raciocínio, Krell (2002c, p. 99) afirma que:

Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços. O dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos estados ou dos municípios e, parcialmente também, da não execução dos respectivos orçamentos pelos órgãos governamentais. (Krell, 2002c, p. 99).

Portanto, é possível perceber que as políticas públicas têm por objetivo principal promover a cidadania e que, dentro desta ideia, estão inclusos diversos direitos fundamentais sociais, dentre os quais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, dentre outros. Só que, para isso, e necessária a participação ativa do Executivo, coordenando a implementação de tais políticas, de forma a permitir a efetivação destes direitos.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Feitas as considerações necessárias sobre o conceito do que são políticas públicas e qual o ciclo necessário para a implementação das mesmas, torna-se possível passar para a análise da Judicialização de tais políticas, que passou a ocorrer, com mais intensidade, com a expansão do âmbito de atuação do Judiciário, em especial com o advento do Estado Constitucional de Direito, que tem como pedra basilar a força normativa da Constituição Federal, cenário dentro do qual, nos países democráticos ocorreu uma opção política de que passassem a ser criados não somente rols extensos de garantias individuais e fundamentais, como também a criação de instrumentos aptos a garantir tal efetividade. Isso acabou deslocando o Judiciário para o centro das discussões, tendo em vista que o mesmo passou a funcionar como o “garantidor” de tais observância.

Com isso, de acordo com Maria Luiza Quaresma Tonelli, o termo judicializar, ou melhor, Judicialização, pode ser definido como:

O termo judicializar significa tratar judicialmente, chegar a um julgamento ou decisão. Judicialmente, nesse sentido, diz respeito ao julgamento legal, aos tribunais. Por outro lado, nas democracias a tomada de decisão baseia-se no princípio da maioria, no debate aberto entre iguais, nas assembleias eleitas pelo voto popular. Se na democracia quem decide é o povo, através de representantes eleitos, é porque o poder é do povo. Decisões judiciais e decisões políticas são duas formas distintas de solução de conflitos. O tema da Judicialização da política remete à tensão entre democracia e o Estado de Direito. Sob o argumento de que vivemos em democracias de direitos, a política e as relações sociais vêm sendo cada vez mais orientadas menos pela ótica da política do que pelo direito. (TONELLI, 2013, p. 6).

Em outras palavras, significa uma atuação mais intensa do Judiciário sobre a política, influenciando diretamente no processo decisório democrático, tendo em vista, principalmente, por ser o poder mais próximo da sociedade como um todo, isso sem falar na atual e duradoura crise de representatividade que assola todo o país e especialmente os poderes Legislativo e Executivo. Neste sentido:

“Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais (...). A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas diversivos, como uniões homo afetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.” (BARROSO, 2018, p. 233)

Nesta mesma linha de raciocínio, encontram-se os ensinamentos de Barroso (2009, p. 3) ao afirmar que esta questão da Judicialização das políticas públicas nada mais é do que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a Judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2009).

Já o termo ativismo judicial, para os efeitos deste artigo, deve ser considerado como algo muito mais abrangente do que a questão da judicialização, que pode ser visto tanto sob uma perspectiva positiva, quanto sobre um ponto de vista negativo.

Abordando o lado positivo de tal ativismo, temos os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que:

O ativismo judicial pode ser definido como uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário, funcionando como um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso” (BARROSO, 2009, p. 17).

E, mais adiante, arremata:

O Ativismo Judicial pressupõe a extrapolação dos limites da competência jurisdicional, e se manifesta através de três condutas principais: a) aplicação direta da Constituição a situações que não constam expressamente descritas no texto constitucional; b) quando há a declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos; c) imposição de condutas ou abstenções do Poder Público, principalmente em matérias de políticas públicas (Barroso, 2009, p. 18).

Sob o viés negativo de tal fenômeno existe o posicionamento de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto ao sustentar que:

Temos observado, em determinadas julgados, o avanço do Poder Judiciário tanto sobre questões do âmbito de competência exclusiva do Poder Legislativo como sobre questões já regulamentadas; havendo, portanto, “uma desconsideração da norma posta e sua substituição por uma compreensão da norma constitucional adequada ao ‘sentimento’ do julgador” (OLIVEIRA NETO, 2016, p. 206).

Abordando a mesma temática, de forma neutra, porém realista, de se destacar os ensinamentos de Ricardo Lewandowski sobre o tema:

“(…) o protagonismo, não só do Judiciário, mas do Supremo Tribunal Federal, vai crescendo. E aí o Supremo passa a decidir quase no vácuo dos demais poderes, passa a decidir questões em que os demais poderes ou demonstrem incapacidade, ou inapetência, dada a complexidade das questões, ou até a controvérsia que certas questões suscitam. Então, o Supremo passou a decidir questões, como as relativas à fidelidade partidária, greve dos servidores públicos, limites das pesquisas científicas, regimento jurídico das terras indígenas, uso de algemas, direito de apelar em liberdade, vigência de incentivos fiscais bilionários, progressão de regime prisional no caso dos crimes hediondos. O que acontece? Isso vem para o Judiciário, e este não pode deixar de prestar a jurisdição. Por isso, a palavra ativismo judicial talvez não seja a mais indicada, porque o Judiciário não busca intervir na realidade política, social e econômica; ele é instado a fazê-lo, e uma vez instado a fazê-lo, deve dar uma solução. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 81).

Por último, ainda tratando sobre as questões ligadas ao exercício do controle dos atos do Executivo e do Legislativo pelos magistrados, é possível perceber que este ativismo nada mais é do que uma expansão do âmbito de atuação dos juízes, conforme assevera Campos:

Definimos o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. Campos (2014, p. 56)

Portanto, de acordo com os posicionamentos trazidos anteriormente, fica visível que os dois fenômenos, Judicialização e ativismo judicial são diferentes, apesar de ambos envolverem como protagonista o Judiciário.

É o que se percebe pelos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, quando o mesmo afirma que:

A Judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A Judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes. (BARROSO, 2009, p. 6)

Assim, fica clara a distinção que foi apontada anteriormente, no sentido de que, quando se fala em judicialização, esta expressão significa nada mais do que a garantia fornecida aos cidadãos de acesso ao Judiciário, buscando garantir a defesa de um determinado direito individual ou coletivo que tenha sido lesionado ou, ainda, que esteja sob ameaça. Por outro lado, quando se fala em ativismo judicial, o olhar é completamente diferente, eis que, neste caso, a maioria da doutrina entende que existe uma intromissão indevida do Judiciário nas demais funções, sejam elas legislativas ou executivas, culminando com a criação, pelo

julgador, de uma nova norma, que não estava positivada anteriormente em nosso ordenamento jurídico.

3.1. TEORIA DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL

Para explicar a teoria da capacidade institucional, é necessária uma passagem rápida pelo chamado princípio da separação de poderes, insculpido em nossa Carta Maior no artigo 2º, com status de verdadeira cláusula pétrea.

Com base neste princípio, Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 77) sustentam que:

Esse comando axiológico apresenta três vertentes principais: (i) a decomposição do poder político em diversos órgãos estatais (democracia); (ii) a salvaguarda dos direitos fundamentais (constitucionalismo); e (iii) a especialização das funções de cada instituição de acordo com sua expertise técnica (racionalização e eficiência) (Sarmiento e Souza Neto, 2012, p. 77)

Continuando este raciocínio, Fonte (2015, p.123) entende que a atuação do Judiciário quando exerce:

O controle judicial das políticas públicas não se resume à simples aplicação da hermenêutica constitucional ou à mera defesa de princípios abstratos. A bem da verdade, deve-se analisar a capacidade das instituições públicas de concretizar o direito, bem como o modo de tomada de suas decisões (FONTE, 2015, p.123).

Justamente com base na aplicação deste princípio, resta garantido o equilíbrio entre as maiorias que dependem da formulação e implantação de tais políticas e as minorias que tomam as decisões políticas e institucionais. Ocorre que este equilíbrio vem sendo rompido pela judicialização das questões inerentes às políticas públicas. Assim, o único meio de solucionar tal problema será aplicando a questão da função orgânico-funcional pois, com base na mesma, torna-se possível verificar qual órgão público possui maior capacidade institucional para exercer a função em determinado caso concreto.

Com isso torna-se possível analisar qual a capacidade real do Judiciário para solucionar determinadas questões, quando comparado aos demais poderes. Neste ponto, de se destacar os ensinamentos de Arguelhes e Leal quando afirmam que:

Em outras palavras, o argumento permite analisar os limites e as capacidades do Poder Judiciário no exercício de suas funções, isoladamente ou comparado a outras instituições. Nesse sentido, foram cunhadas as expressões “limites da legitimidade” e “limites epistêmicos”. Em relação a estes últimos, observam-se os recursos intelectivos dos agentes de cada Poder, referindo-se “tanto às condições materiais reais como às habilidades e

limites subjetivos e orgânicos existentes para que atores institucionais específicos possam obter, organizar, compreender dados e usá-los como fundamentos de ações, escolhas ou decisões. No que tange à legitimidade, o argumento permite definir o que se considera como juridicamente aceitável em sentido amplo, admitindo-se a influência de outros ramos do saber, como a política, a moral e a economia, e realizando-se tanto comparações internas – com outros métodos da mesma instituição – quanto externas – com o resultado oferecido por outra instituição. (ARGUELHES; LEAL, 2011)

Fechando esta parte do raciocínio, Barroso entende que a capacidade institucional:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. (BARROSO, 2018, p. 236)

Com base na aplicação da teoria supracitada, passa a ser possível solucionar qualquer forma de conflito interinstitucional, pela escolha do de um método que propicie a melhor decisão existente para um determinado problema, qual seja, a decisão tomada pelo órgão público mais capacitado para aquela demanda. Sobre este ponto, Maria Sylvia Zanella di Pietro assim expõe:

“(…) significa interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação de poderes. Isso sem falar na insegurança jurídica que essa atuação ilegítima acarreta. O Judiciário não tem funções de planejamento, não tem competência em matéria de destinação de recursos orçamentários; ele não pode determinar à Administração que transfira recursos de uma dotação para outra, pois, se o fizer, estará se substituindo ao legislador. O Judiciário é intérprete e aplicador da lei e não pode decidir contra ela, a menos que declare a sua inconstitucionalidade”. (Maria Sylvia Zanella di Pietro, 2019, p. 1668)

Outro ponto relevante é o de que, quando o Judiciário se imiscui nas questões específicas das políticas públicas voltadas para os direitos sociais, acaba por agir na contramão do que se espera do mesmo, tendo em vista que estará indo contra as tomadas de decisão política supostamente majoritárias e democráticas, tomadas pelos membros do Legislativo, pois o mesmo representa os anseios do povo, agindo legitimamente e de forma majoritária.

Com base nesta mesma linha de raciocínio também se manifesta Daniel Sarmento, ao afirmar, especificamente quanto as questões da judicialização da saúde que:

“(…) não é democraticamente legítimo, na medida em que permite a juízes – que não respondem politicamente perante o povo – interferir nas decisões

adotadas por representantes populares sobre quais demandas e necessidades humanas priorizar nos gastos públicos, e sobre como equacioná-las adequadamente, num cenário marcado pela escassez de recursos. Os adversários da sindicabilidade dos direitos sociais aludem ao caráter antidemocrático da suposição de que uma elite de supostos sábios, com assento nos tribunais, teria condições de decidir melhor estas questões do que legisladores e administradores, que foram escolhidos pela própria população. Daí, afirmam que a tutela judicial dos direitos sociais implicaria transferir para o Judiciário um poder excessivamente amplo, para cujo exercício os juízes, além de não possuírem legitimidade, não estariam tecnicamente preparados.” (Daniel Sarmiento, 2008, p. 558).

Também deve ser lembrada a questão ligada a existência e distribuição do orçamento para a implementação de determinada política pública de cunho social, tal como nos ensina:

“(…) em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de justiça social (macrojustiça). É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestada, a maximização dos resultados etc.” (MENDES, BLANCO, 2018, p. 1026).

Ligada a questão do orçamento, existe outro ponto, chamado de reserva do possível que, nos ensinamentos de Di Pietro, assim aparece na judicialização das políticas públicas:

“Não existem condições de garantir nem o mínimo do mínimo existencial. Se todas as pessoas que vivem em situação de miséria fossem pleitear, perante o Judiciário, um teto para morar, alimentos, vestimenta, saúde, educação, não haveria recursos financeiros suficientes para atender a todos. É essa a razão pela qual o cumprimento dos direitos sociais exige prévia definição de políticas públicas. A interferência indevida do Judiciário, além de não resolver o problema, agrava a situação de desigualdade social e afronta o princípio da separação de poderes”. Nesse sentido, destaca Di Pietro (2019, p. 1669).

Por outro lado, existem posicionamentos contrapontos no que se refere ao mínimo existencial, como se depreende da leitura dos ensinamentos de Barcellos ao sustentar que:

A doutrina nacional e estrangeira tem se esforçado para definir o conteúdo de um conjunto mínimo de prestações essenciais para que os indivíduos tenham uma vida digna e possam participar, de forma adequada, do processo político democrático, conhecido como mínimo existencial. Muito embora existam profundas divergências quanto às prestações que o integram, há relativo consenso sobre o papel que o mínimo existencial deve exercer no contexto de um Estado Democrático que preze pela promoção da dignidade

humana: de um lado, garantir as condições mínimas de vida digna e, de outro, a possibilidade real e efetiva de participação na esfera pública de deliberação (BARCELLOS, 2011, p. 93).

Também neste sentido temos as lições de Souza Neto ao afirmar que:

Portanto, qualquer que seja a concepção que se adote sobre o conteúdo do mínimo existencial, isto é, sobre os direitos prestacionais que compõem a sua estrutura, certo é que o Poder Judiciário estará autorizado a controlar a observância, pelos demais poderes da República e, inclusive no que se refere às políticas públicas, do mínimo existencial enquanto garantia fundamental do indivíduo (SOUZA NETO, 2009, p 121).

O que se percebe, nestes aspecto específico da reserva do possível, é que ainda inexistem um posicionamento pacífico sobre qual corrente deve prevalecer, em especial no que toca as decisões tão sensíveis envolvendo, por exemplo, adoção de protocolos médicos para o combate a Covid-19.

Outro ponto importante é em relação aos destinatários que serão beneficiados pelas decisões do Judiciário. Neste sentido, diversos autores, dentre eles Barroso, entendem que ao decidir, os juízes atingem apenas o plano da microjustiça:

“(…) Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.” (BARROSO, 2018, p. 236)

Fechando de forma segura os riscos envolvidos na judicialização excessiva das questões dos direitos sociais previstos nas políticas públicas, Barroso assim explica:

“Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.” (BARROSO, 2018, p. 236)

Para que sejam evitados os efeitos nefastos citados por Barroso, já que não há como negar atualmente a existência da judicialização envolvendo as mais diversas questões, o Supremo Tribunal Federal passou a definir quais devem ser os parâmetros objetivos que devem ser respeitados pelos julgadores, quando são provocados a interferir nas políticas públicas, notadamente as ligadas aos direitos fundamentais sociais.

Assim, um dos critérios estabelecidos é o da análise da ocorrência de eventual retrocesso social. Com isso, o juiz, ao apreciar uma questão desta natureza, deve evitar que

ocorra tal retrocesso, tendo em vista que, uma vez que tais direitos sociais são devidamente alcançados, devem passar a ser considerados como verdadeiras garantias institucionais e, também, direitos subjetivos dos envolvidos na questão. Neste diapasão, ficou estabelecido ainda que o núcleo essencial do chamado mínimo existencial não pode ser alterado, sob a justificativa do poder público da cláusula da reserva do possível, somente nos casos nos quais da aplicação da mesma resultar algum tipo de comprometimento deste mínimo necessário para se existir.

Nas outras situações, os juízes devem sempre procurar manter a chamada posição de deferência aos demais poderes, em especial quando a questão envolve alta complexidade técnica. Nestas hipóteses deve o Judiciário se eximir de determinar quais medidas concretas devem ser adotadas pelo Legislativo.

Além dos dois pontos citados anteriormente, os julgadores devem se ater aos impactos provocados por suas decisões judiciais (consequencialismo), como aduz Cordeiro:

Apenas para arrematar, os critérios do consequencialismo resvalam na análise econômica do direito. As seguintes análises, pelo juiz, surtiriam efeitos pragmáticos: análise sobre o impacto financeiro das medidas concretas determinadas em suas decisões (quanto custa isto que ordeno); análise operacional, existe estrutura para isso, há tempo hábil, grau de atendimento ao público (é possível implementar o que determino nas condições que determino) e, por fim, a análise sócio comportamental (quais condutas são induzidas com a decisão). (CORDEIRO, 2013, p. 169-170).

O ideal, dentro de todo o cenário anteriormente trabalhado, é reconhecer, nas lições de Fonte que:

“(...) a representação do mandato político não é perfeita. A análise jurisdicional permite a defesa dos direitos individuais em face da tirania majoritária, a partir do exercício da jurisdição constitucional, em atenção à rigidez e à supremacia da Constituição. A pulverização da política nas sociedades de massa alerta para o perigo da idealização do processo legislativo.” (FONTE, 2015).

Todavia, ao agir, diante de um caso concreto que bate às suas portas, eis que não pode quedar inerte, o Judiciário deve se ater aos limites anteriormente expostos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo o que foi exposto durante o presente artigo, resta claro que a judicialização das políticas públicas é algo inegável hoje em dia. O que deve ser buscado e respeitado, então, é que o direito seja aplicado sem deixar de lado a finalidade social prevista nas normas através das vontades do legislador, responsável pela criação do ordenamento jurídico positivo.

Isso pelo fato de que, em um número cada vez mais elevado de casos, tanto o Legislativo quanto o Executivo não conseguem atuar de maneira satisfatória ou simplesmente não atuam para criar e implementar das políticas públicas ligadas aos direitos sociais, notadamente no que se refere à saúde. E, diante de tal atuação ineficaz, muitas vezes não resta outra saída senão judicializar estas questões.

Ocorre que quando o Judiciário é instado a se manifestar sobre tais pontos, surgem diversos pontos polêmicos devidamente analisados pela doutrina, dentre os quais podem ser destacados a questão da análise se houve o extrapolar da competência jurisdicional e também se ocorreu a invasão na esfera de atuação dos demais poderes, pois neste caso restaria violado o princípio da separação dos poderes.

E tais debates sobre estes pontos são muito salutares, conforme foi trazido durante todo o desenrolar deste artigo pois, uma vez provocado, os juízes tem de decidir aquelas causas que lhes foram propostas, ainda que, por determinação legal, tais decisões devessem ter sido tomadas inicialmente pelos demais poderes constituídos.

No entanto, os julgadores não podem atuar de maneira totalmente livre nestas questões, tendo em vista as a necessária análise da capacidade institucional para a tomada da melhor decisão técnica, de maneira a tentar manter os pontos ligados ao gerenciamento de tais atividades com os gestores públicos, notadamente os agentes políticos, eis que os mesmos foram democraticamente eleitos para escolher as melhores opções existentes para atender as mais variadas demandas da sociedade como um todo.

E não seria diferente em um assunto tão polêmico, como a pandemia que atravessamos da Covid-19, pois, caso atue fora dos limites que foram trabalhados aqui, estaria o Judiciário praticando verdadeira usurpação de competência.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

ARGUELHES, W. D.; LEAL, F. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 38, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2o5cWFn>> Acesso em: 23 ago. 2020.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**.

Revista Atualidades Jurídicas, Brasília, OAB, n. 4, 2009. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

_____, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 231-255.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**, tomo I. 5 ed revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 169-170.

COSTA, Nilson do Rosário. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação – saúde e saneamento na agenda social**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

Políticas Públicas: Conceitos e Análise em Revisão | Ricardo Agum, Priscila Riscado e Monique Menezes | 12 – 42, Revista Agenda Política | Vol.3 – n.2 – julho/dezembro – 2015 | ISSN: 2318-8499

FONTE, F. M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KRELL, Andreas J.. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os**

(des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos**. In: Diálogos com o Supremo, 2009, Rio de Janeiro, Palestra proferida na Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro no âmbito do projeto Diálogos com o Supremo, realizado pelo programa de mestrado, Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 77-85. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 20 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco**. – 1. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Série IDP), p. 225-230 e 631-694.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis?** In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Org.). Constitucionalismo como elemento para a produção do direito. Tomo 1. Coleção Principiologia constitucional e política do Direito. Itajaí: UNIVALI, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Direitos Sociais: fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A Judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.