

ano 18 - n. 74 | outubro/dezembro - 2018
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i74
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clêmerston Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG-GO)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Odilon Borges Junior (UFES)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Eros Roberto Grau (USP)	Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR)
Imgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Carlos Abraão (UEL-PR)	Rogério Gesta Leal (UNISC-RS)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Weida Zancaner (PUC-SP)

Homenagem Especial

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

Parâmetros de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas

Parameters of the Judiciary's performance in public policies

Luís Carlos Martins Alves Júnior*

Centro Universitário de Brasília (Brasil).
lcmartinsalves@gmail.com

Alexandre Santos Sampaio**

Centro Universitário de Brasília (Brasil).
sampaioalexandre@gmail.com

Recebido/Received: 24.01.2018 / January 24th, 2018

Aprovado/Approved: 15.02.2019 / February 15th, 2019

Resumo: Este trabalho tem por desiderato verificar como ocorre a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, à luz da doutrina e da jurisprudência que trata da questão. É apontado que, em regra, a definição e a implementação das políticas públicas cabem ao Poder Executivo, que detém certa margem de discricionariedade na tomada de decisões, e a aprovação do orçamento ao Poder Legislativo. Por outro lado, é exposto que a clássica teoria da separação dos poderes não é suficiente, por si só, para afastar a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, mas a atuação desse poder não deve ser a regra, e sim uma exceção, além da necessidade em se observar a reserva do possível.

Palavras-chave: Políticas públicas. Separação de poderes. Poder Judiciário. Reserva do possível. Decisões judiciais.

Abstract: This work has as a reason to verify how the Judiciary Power works in public policies, in light of the doctrine and jurisprudence that deals with the issue. It is pointed out that, as a rule, the definition

Como citar este artigo/*How to cite this article:* ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins; SAMPAIO, Alexandre Santos. Parâmetros de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 217-245, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.912.

* Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (Brasília-DF, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda Nacional requisitado pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. E-mail: <lcmartinsalves@gmail.com>.

** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (Brasília-DF, Brasil). Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Advogado. Assessor Jurídico do Banco do Brasil. E-mail: <sampaioalexandre@gmail.com>.

and implementation of public policies rests with the executive branch, which has a margin of discretion in decision-making, and approves the budget to the legislature. On the other hand, it is pointed out that the classical theory of the separation of powers is not enough, on its own, to exclude the Judiciary Power from public policies, but the performance of this power should not be the rule, but an exception, besides need to observe the reserve of the possible.

Keywords: Public policy. Separation of powers. Judiciary. Reserve for contingencies. Judicial decisions.

Sumário: **1** Introdução – **2** A quem compete ordinariamente a estruturação das políticas públicas – **3** O orçamento necessário para a execução das políticas públicas é aprovado pelo Poder Legislativo – **4** A teoria da separação dos poderes não é suficiente para afastar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas – **5** O Poder Judiciário somente pode atuar nas políticas públicas em situações excepcionais – **6** A atuação do Poder Judiciário deve ocorrer preferencialmente em ações coletivas de amplo espectro – **7** A simples alegação de que um direito fundamental foi violado não é suficiente para a atuação do Poder Judiciário – **8** A reserva do possível deve ser observada nas decisões judiciais – **9** Caso prático da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas: o julgamento da “pílula do câncer” – **10** Conclusão – Referências

1 Introdução

Existe uma crescente intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, implementadas pelo Poder Executivo ou não. Vê-se uma paulatina transformação do Poder Judiciário em “protagonista” de políticas públicas nos mais diferentes setores de atuação estatal, tais como educação, saúde, segurança e transporte.

Por seu turno, a intervenção judicial em sede de políticas públicas ocorre, por vezes, de maneira desordenada, por meio de liminares ou decisões definitivas, em sede de ações individuais e coletivas, causando uma verdadeira celeuma nas decisões políticas outrora tomadas, além de poder comprometer o planejamento orçamentário realizado.

Em razão disso, exsurge o problema que se pretende tratar neste trabalho, qual seja, como e em que medida deve ocorrer a participação do Poder Judiciário nas políticas públicas?

Para Luís Roberto Barroso, é indubitável que o Judiciário deve atuar para tutelar os direitos fundamentais, no entanto, “não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos”.¹

¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, n. 46, p. 33, 2007.

Como pontuado também por Cláudio Pereira de Souza Neto, tal problema não se restringe apenas à interpretação do direito constitucional, mas também à argumentação moral e ao funcionamento correto das instituições pertinentes.²

Por conta disso, é necessário expor: a) a quem compete ordinariamente definir e implementar as políticas públicas; b) a quem compete aprovar o orçamento necessário para a execução das políticas públicas; c) em que medida e como o Poder Judiciário pode atuar nas políticas públicas; d) a necessidade de se observar os limites orçamentários nas decisões judiciais; e) por derradeiro, apresentar-se-á um caso de atuação judicial nas políticas públicas: a “pílula do câncer”.

Ressalte-se que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim apontar os principais pontos controvertidos e possíveis caminhos a serem seguidos, buscando sugerir parâmetros possíveis de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

2 A quem compete ordinariamente a estruturação das políticas públicas

A atuação estatal, independentemente do tipo de abordagem doutrinária, estatista ou multicêntrica, é relevante na definição e escolha das soluções políticas a serem desenhadas. É o governo quem decide o que vai ser feito ou não, passando, portanto, por condutas comissivas e omissivas na implementação das políticas públicas.³ Por conta disto, cabe indagar: a quem compete ordinariamente este trabalho, de definir, escolher e implementar as políticas públicas?

A Constituição Federal, em seu art. 84, inciso XI, explicita que compete privativamente ao Presidente da República, chefe máximo do país e do Poder Executivo, remeter o plano de governo para o Congresso Nacional “expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias”.

Gilberto Bercovici entende que a figura do Estado é central no processo de formação de políticas públicas e principal formulador de políticas de desenvolvimento.⁴

Por sua vez, Leonel Ohlweiler compreende que “adota-se como *a priori* das políticas públicas a concepção de Constituição Dirigente, ou seja, o grande pacto político e social que estabelece um conjunto de indicações formais que servem de

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 516.

³ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 1-6.

⁴ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETICHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 143.

pano de fundo das ações governamentais. Com certeza, não se trata de substituir a política, mas de constituir-se em sua premissa material”.⁵

E, diante de uma Constituição Cidadã, Dallari Bucci explica que, no Brasil, “o problema não é apenas saber qual o papel do Estado num país já não tão periférico como no passado, mas apontar os modos de sua atuação para a realização bem-sucedida dos objetivos democraticamente escolhidos”.⁶

Vê-se, nessa linha, que a Constituição brasileira (CF) é repleta de direitos e garantias para os cidadãos e para a sociedade. O seu texto é analítico e elenca uma série de caminhos a percorrer na elaboração, definição e implementação de políticas públicas.

À guisa de exemplo, tem-se direito à educação, saúde, segurança, seguridade social, entre outros, no extenso rol de direitos e garantias conferidos pela Lei maior do país.

Em alguns casos, inclusive, já existe uma reserva de determinado percentual do orçamento para a aplicação em determinado nicho de necessidades sociais, como no art. 212 da CF que determina que “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Contudo, nem toda a carência da população é possível ser suprida a contento pelo Estado. A esse respeito, Ana Cláudia Capella pondera que uma questão apenas passa a integrar a agenda governamental quando atrai a atenção dos formuladores de políticas, mas, em razão do grande volume de questões apresentadas a esses formuladores, apenas parte das questões são efetivamente consideradas em determinado momento.⁷

Assim, o administrador público, dentro da sua agenda política (*agenda-setting*), observados os parâmetros normativos, *lato sensu*, e o orçamento que possui, realiza o desenho das políticas públicas que pretende implementar em determinado período. Às vezes, dar-se-á maior relevância à educação; em outras, à segurança. Isso faz parte do jogo político e da maior ou menor pressão social por determinado serviço estatal.

⁵ OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. *Verba Juris*, ano 6, n. 6, p. 275, jan. 2007.

⁶ DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. Introdução, p. 27.

⁷ CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 88.

Vê-se, assim, que, em regra, a decisão em políticas públicas é uma atividade complexa, que demanda uma série de atores para a sua formulação, implementação e avaliação. Não é algo tomado de maneira aleatória e impensada. Ele alerta, porém, que tais etapas não são estáticas e nem sempre ocorrem.⁸

Depreende-se, assim, que as escolhas políticas e os caminhos possíveis a serem percorridos dentro das políticas públicas são inerentes à discricionariedade administrativa que se traduz em “uma margem relativa de liberdade concedida pela lei ao administrador para que, diante de situações específicas, possa fazer um juízo de oportunidade e conveniência, formulando a medida que mais atenda à finalidade legal, qual seja o interesse público”.⁹

Em algumas situações, todavia, envolvendo direitos essenciais, como educação, saúde e meio ambiente, o STJ tem entendido que, a despeito de reconhecer a discricionariedade administrativa e a dificuldade de elencar uma ordem de prioridades, o Estado deve considerar tais matérias como prioritárias.¹⁰

Por sua vez, Dallari Bucci explica que políticas públicas é uma expressão multívoca, cuja riqueza reside nos arranjos institucionais complexos. Por isso, pode ser conceituada como um conjunto de arranjos institucionais expressos em estratégias ou programas de ação governamental, com vistas a adequar os meios e fins, mediante um processo juridicamente regulado.¹¹

As políticas públicas, assim, perpassam, em regra, por uma série de etapas, um processo, “desde a inserção do problema na agenda política, até a implementação da decisão, passando pela formulação de alternativas e a tomada da decisão, em si”, e tais processos “são instrumentos de atuação concreta do gestor público”.¹²

Nessa linha, as políticas públicas passam por quatro etapas possíveis: a) estabelecimento de uma agenda de políticas públicas; b) a consideração das alternativas possíveis; c) a escolha predominante dentre as soluções apresentadas; d) implementação da decisão.¹³

⁸ RIPLEY, Randall. Stages of the policy process. In: McCOOL, Daniel. *Public Policy Theories, Models and Concepts: An anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p.162.

⁹ SILVA, Mário Henrique Malaquias da. O princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n 1., p. 234.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 1.367.549 – MG*. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1299335&num_registro=201101325135&data=20140908&formato=PDF>. Acesso em: 03 dez. 2017.

¹¹ DALLARI BUCCI, Maria Paula. Notas sobre a metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 251.

¹² DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. Introdução, p. 109.

¹³ CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETICHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil. 2. reimp.* Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 88.

Desse modo, as políticas públicas sobrevêm por um plexo que envolve planejamento, plano e programa de atuação governamental. Gilberto Bercovici explica que a) planejamento: coordena, racionaliza e dá unidade de atuação estatal, o que diferencia de uma intervenção casuística; b) plano: expressão da política geral do Estado, é um ato de direção política; c) programa: conjunto de ações específicas do estado com vistas a alcançar um objetivo determinado.¹⁴

É importante destacar também que os problemas sociais são complexos, como dito, e nenhuma pessoa, comissão ou órgão, mesmo diante de grandes recursos tecnológicos e financeiros, é capaz de esgotar as soluções possíveis para o problema, pois a nossa racionalidade é limitada. É melhor contentar-se com uma análise parcial e factível, evitando soluções impossíveis, que nunca serão alcançadas.¹⁵

Desse modo, não se está diante de uma decisão política certa ou errada, direcionar maior esforço para determinado setor, mas uma decisão escolhida dentro de um leque de soluções, de acordo com a análise feita, parcial e possível, dos problemas a serem enfrentados.

Nessa esteira, vê-se que é o Poder Executivo que é primordialmente vocacionado para a estruturação das políticas públicas a serem realizadas, é a ele quem compete definir, em regra, os rumos que serão tomados na seara das políticas públicas.

Para que seja possível realizar as políticas públicas, o Poder Executivo elabora o seu orçamento e encaminha para o Poder Legislativo. No âmbito da União, cabe ao Presidente da República, autoridade máxima do Poder executivo, nos termos do art. 84, XXIII, da CF, “enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição”.

3 O orçamento necessário para a execução das políticas públicas é aprovado pelo Poder Legislativo

Não há políticas públicas sem dinheiro, sem recursos suficientes para a implementação dos programas sociais e dos diversos projetos pensados pelo Poder Executivo.

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 145-146.

¹⁵ LINDBLOM, Charles E. *Muddling through: a ciência da decisão incremental*. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2. ed. Brasília: UnB, 2009, p. 183-185.

Nesse espeque, após o Poder Executivo elaborar o seu plano e o orçamento, encaminha para a apreciação e aprovação do Poder Legislativo.

Assim, é aos legisladores a quem a Constituição atribuiu a responsabilidade de aprovar e fiscalizar o orçamento público. Atente-se, contudo, que o planejamento estatal não é reduzido ao orçamento, pois a sua principal característica é fixar as diretrizes a serem seguidas pelo Estado.¹⁶

No âmbito da União, os artigos 48 e 70 da CF explicitam que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre questões orçamentárias e fiscalizar a sua execução.

Destarte, o orçamento público, que garante os recursos para o plano de governo, não é uma obra exclusiva do Poder Executivo, mas perpassa também pelo crivo, no nascedouro e durante a sua execução, do Poder Legislativo. São estes, portanto, dois poderes que são os responsáveis pelas políticas públicas por força constitucional.

Nessa linha, cabe indagar: como o orçamento e as políticas públicas, como visto, são elaborados pelos Poderes Executivo e Legislativo, a atuação do Poder Judiciário não estaria a ferir a separação dos poderes?

4 A teoria da separação dos poderes não é suficiente para afastar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas

A simples alegação de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir nas políticas públicas é, deveras, antiquada e não condizente com o atual estágio do Brasil como um Estado Democrático do Direito.¹⁷

Hermes Zaneti Junior explica que há muito tempo já não se utiliza a separação de poderes como argumento para inibir a apreciação do caso pelo poder judiciário, apesar de, ser utilizado tal fundamento para deixar de analisar o mérito. No atual estágio da doutrina, o Estado sempre é uno e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções por diversos órgãos estatais.¹⁸

Para o mencionado autor não ocorre uma intromissão do Judiciário em questões políticas, mas o processo constitui uma faceta da democracia, sendo o Poder Judiciário a última palavra em matéria de aplicação do direito.

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 157.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista Brasileira de Informação Legislativa*, a. 35, n. 138, p. 46, abr./jun. 1998.

¹⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: WATANABE; GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 49-50.

Cabe ao Poder Judiciário, portanto, equilibrar as forças existentes no Estado, mantendo a coesão e, ao mesmo tempo, evitando arbítrios contrários à Constituição e as normas que disciplinam as políticas públicas.

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, a esse respeito, entende que, em situações excepcionais, cabe ao Poder Judiciário determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias para garantir direitos constitucionalmente alçados ao status de essenciais, sem que tal medida seja entendida como violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes.¹⁹

Desse modo, existindo um desarranjo político grave, capaz de comprometer o correto funcionamento das políticas públicas, deve o Poder Judiciário ser provocado para corrigir os rumos tomados.

Não obstante a tais considerações, impende destacar que a independência entre os Poderes, consagrada no art. 2º da Constituição Federal, subsiste na área subjetiva da decisão do ato, seja por conter conceitos fluídos e imprecisos extraídos da lei ou no campo da conveniência e oportunidade de um ato, porquanto, do contrário, ocorreria a substituição do gestor pelo juiz, descabendo, nestes casos, o Judiciário eliminar a discricionariedade da tomada de decisão.²⁰

Cumprе ressaltar, ainda, que a jurisprudência do STJ entende que a discricionariedade do administrador público “não é absoluta, sendo certo que os seus desvios podem e devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário a quem cabe o controle de sua legalidade, bem como dos motivos e da finalidade dos atos praticados sob o seu manto”.²¹

Por outro lado, tal intervenção do Judiciário também não deve ser irrestrita, pois “o controle dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, porém, deve ser visto com extrema cautela, para não servir de subterfúgio para substituir uma escolha legítima da autoridade competente”.²² Se a escolha é legítima, portanto, dentro do leque de opções válidos próprios de um ato discricionário, descabe a atuação judicial neste particular.

Ultrapassada tal questão, cabe indagar: será cabível a atuação judicial em qualquer hipótese nas políticas públicas ou apenas naquelas em que a gravidade do desarranjo público salta aos olhos?

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 886.710*. Rel. Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4768235>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54-55.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 1612931 – MS*. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1592948&num_registro=201403218770&data=20170807&formato=PDF>. Acesso em: 03 dez. 2017.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp 1612931 – MS*. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1592948&num_registro=201403218770&data=20170807&formato=PDF>. Acesso em: 03 dez. 2017.

5 O Poder Judiciário somente pode atuar nas políticas públicas em situações excepcionais

As políticas públicas decorrem de um complexo ciclo, como visto alhures, que define os caminhos (programas, projetos, ações governamentais, etc.) a serem seguidos pelo Estado, além de um emaranhado normativo acerca do orçamento público (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, por exemplo).

Dallari Bucci explica que “há uma interpenetração cada vez mais regrada e previsível, nas democracias maduras, entre a política e a gestão, mediada pelo direito”.²³

Leonel Ohlweiler comenta também que o tema das políticas públicas “está diretamente relacionado com o pressuposto de uma atividade de intervenção do Estado para a promoção do desenvolvimento econômico, social, cultural, político, etc. Para tal mister há de ser pensada uma ação governamental planejada e legitimada democraticamente”.²⁴

Assim, qualquer mudança abrupta no que fora outrora planejado pelo Poder Executivo, com o aval do Legislativo, pode ocasionar um indesejável efeito “casca-ta” desestruturante das políticas públicas.

É pernicioso, assim, o embate constante do Poder Judiciário com os demais poderes, desatrelado do que fora outrora decidido sobre políticas públicas. Deve existir, nesse espeque, um norte capaz de guiar o conjunto de decisões judiciais para a melhor solução, pois, do contrário, as políticas públicas sofrerão as consequências dessa “briga de titãs”.

Nessa senda, a atuação do Poder Judiciário, apesar de possível e salutar em determinadas situações, não deve ser tomada como algo corriqueiro, capaz de transformar esse Poder em um “protagonista” das políticas públicas a serem desenhadas e implementadas, de acordo com o jogo político e com os recursos disponíveis.

Assim, é um equívoco dizer que “os juízes também são protagonistas na elaboração de políticas públicas”,²⁵ eis que sua função deve ser de coadjuvante, apesar da sua importância, principalmente em um Estado Democrático de Direito.

²³ DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. Introdução, p. 40.

²⁴ OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. *Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, 273.

²⁵ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 108.

Cumpra ressaltar que não se busca com essa afirmação apequenar a função judicial nas políticas públicas, nem tampouco se defende uma posição maniqueísta, em que apenas o que o Executivo e Legislativo fazem é bom e a atuação judicial é maléfica, mas, sim, busca-se racionalizar a sua atuação, direcionando o Estado, como um ser uno, voltado e vocacionado para o bem comum e felicidade de toda a sociedade.

O que se constata é que, em regra, o Executivo e o Legislativo cuidam das políticas públicas e a atuação judicial deve ser de controle e correção, de força motriz capaz de corrigir os rumos políticos quando este estiver em rota de fuga dos preceitos constitucionais.

Roberto Mangabeira Unger menciona que a política e a administração, de um lado, e jurisdição, do outro, é a pedra fundamental do próprio constitucionalismo e princípio orientador do pensamento político. Ele explica que a administração deve ser separada da legislação a fim de assegurar a generalidade que garante uma igualdade formal entre os cidadãos. Por sua vez, a jurisdição deve ser distinta da administração para salvaguardar a uniformidade.²⁶

Vê-se, assim, que cada ator tem um papel a ser desempenhado no Estado e a administração das políticas públicas não é, deveras, papel ordinariamente atribuído ao Poder Judiciário na ordem jurídica institucionalmente posta.

Nessa esteira, Hermes Zaneti Junior pondera que uma das hipóteses de atuação judicial possível é quando ocorre um desvio no administrador ou legislativo, uma disfunção política, do interesse público, dando ensejo ao controle judicial, mas tal atuação só é possível se a solução for viável e clara, sob pena de levar a intervenção com carga subjetiva e decisionista, própria dos estados autoritários.²⁷

É perigoso, portanto, o ativismo judiciário na seara das políticas públicas, devendo ocorrer uma atuação mais contida do Poder Judiciário, apenas em situações excepcionais. Neste ponto, correto o posicionamento dos críticos ao ativismo judiciário, citado por Diogo Coutinho, que entendem que “políticas públicas requerem medidas legislativas e complexas ações administrativas que dependem, em última instância, da combinação de ações políticas e expertise técnica para as quais o Judiciário não é capacitado, vocacionado ou legitimado”.²⁸

Eduardo Appio adverte ainda que um modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação de políticas econômicas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional e ilegítimo, traria consequências políticas desastrosas,

²⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*. New York: The Free Press, 1977. p. 64.

²⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: WATANABE; GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 47.

²⁸ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Eduardo Pimenta de. *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp / Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 192.

pois a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais poderes e não a sua substituição.²⁹

Destarte, somente é possível a atuação do Poder Judiciário nos rumos das políticas públicas quando a situação for excepcional, um desvio grave no rumo adotado pelos gestores públicos.

“Em outras palavras, caberá ao Judiciário controlar a legalidade da política, ou seja, não apenas sua inserção na moldura da lei mas também verificar se a escolha feita está prevista na Constituição e se obedeceu ao processo de formação correto”.³⁰

Deveras, como dito por Raquel Melo Urbano de Carvalho, “a assunção de novos encargos pelo Poder Público no Estado Social e a conseqüente ampliação da discricionariedade administrativa ensejaram o uso abusivo do poder em algumas searas do Estado, bem como o descumprimento de direitos fundamentais”.³¹

Sobre isso, cumpre ressaltar, portanto, que a atuação do Poder Judiciário não está adstrita à legalidade do ato, em seu sentido estrito, mas sim à análise da própria legitimidade do ato que vem a ser considerado legítimo quando “além dos aspectos formais de atendimento das regras legais, observam-se materialmente os valores sociais consagrados expressamente como fundamentos do ordenamento na Constituição, atendidas as demandas da comunidade”.³²

Ou seja, a discricionariedade administrativa não pode ser mais utilizada como um escudo intransponível contra a atuação do Poder Judiciário, mas a sua penetração não pode se dar em qualquer caso, mas apenas quando ocorrer abusos graves, tais como a fuga grotesca dos comandos constitucionais, com evidente descumprimento de direitos fundamentais garantidos à coletividade.

Hermes Zaneti Junior aponta também que a intervenção do Poder Judiciário é um problema que, quando ocorre, sugere a aplicação de um método da proporcionalidade e ponderação, analisando o mérito da causa, em profundidade, eis que há uma colisão entre a discricionariedade da Administração Pública no desenho das políticas públicas e o direito dos indivíduos de ter seus direitos efetivados da forma mais eficiente possível.

Nessa linha, se para a saúde, por exemplo, o administrador público, dentro do ciclo ordinário das políticas públicas, decidiu priorizar a saúde preventiva e regional em detrimento da saúde realizada em grandes hospitais para doenças terminais em determinado ano, com vistas a melhorar a saúde da população em

²⁹ APPIO, Eduardo. Controle judicial das *políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 150-151.

³⁰ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: WATANABE; GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 248.

³¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 51.

³² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 50.

geral, descabe ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo priorize o atendimento de pacientes terminais.

Pior situação é quando o juiz obriga o Estado a fornecer um medicamento experimental que sequer foi testado e aprovado pelos órgãos reguladores, ao arripio das políticas públicas traçadas, como se verá adiante.

Isso porque, apesar da importância da saúde de pacientes terminais, a tomada de decisão hipotética acima exemplificada foi razoável e proporcional aos objetivos pretendidos, dentro de uma regular discricionariedade do gestor público.

De igual forma, não se mostra possível que o Poder Judiciário determine a construção de um hospital sem qualquer respaldo no que fora decidido acerca das políticas públicas pelo Poder Executivo.

Deve-se observar, portanto, a proporcionalidade da medida, que é muito mais do que a simples proibição do excesso, mas sinônimo também para a vedação da omissão, ação insuficiente ou desarrazoada dos poderes estatais.³³

Por oportuno, alerta Cesar Jacob que é pouco crível que a simples substituição, pelo Judiciário, das escolhas feitas pelo Executivo seja capaz de realizar, na plenitude, os objetivos fundamentais estampados na Constituição Federal.³⁴

Situação diversa seria se o Administrador desviasse os recursos orçamentários de hospitais públicos para outros fins não aprovados previamente no plano político em sentido amplo. Neste caso, a intervenção judicial seria necessária para corrigir os rumos tomados, com vistas a adequar a ação estatal ao que fora decidido, juntamente com eventual sanção ao gestor público.

Pondera Celso Antônio Bandeira de Mello que não há nada de surpreendente quando ocorre o controle judicial dos atos administrativos, mesmo que estes possuam uma área de discricionariedade administrativa, sendo possível, até mesmo, investigar os motivos, a finalidade e a causa do ato. Nessa esteira, continua o aludido autor, é possível que o Poder Judiciário controle a legitimidade do ato, por exemplo, quando ocorrer um desvio de poder, que se caracteriza quando o agente se vale de uma competência para atingir uma finalidade diversa. Há, nesta situação, um descompasso da norma de competência e o ato que fora praticado.³⁵

Percebe-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário deve ser adstrita a situações excepcionálíssimas, quando ocorrer um desvio das políticas públicas definidas pelo governo. Contudo, é importante questionar também se é possível a intervenção judicial em toda e qualquer tipo de demanda, individual e coletiva.

³³ SILVA, Mário Henrique Malaquias da. O princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 1., p. 236.

³⁴ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A "reserva do possível": obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: WATANABE; GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 280.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34-51.

6 A atuação do Poder Judiciário deve ocorrer preferencialmente em ações coletivas de amplo espectro

Após definido que a atuação do Poder Judiciário deve se restringir a situações especiais, ou seja, condutas desviantes do plano político estabelecido, não parece adequado que o Poder Judiciário venha a tomar decisões desordenadas em múltiplas ações individuais, eis que uma proliferação de decisões judiciais das mais diversas e em diversos setores estatais pode ocasionar uma verdadeira ruína dos planos políticos outrora definidos.

É mais adequado, portanto, que as decisões judiciais que venham a interferir nas políticas públicas sejam tomadas em ações coletivas de amplo espectro que possam corrigir, de uma só vez, eventual equívoco na tomada de decisão do gestor público.

Nessa linha, por exemplo, se um programa governamental se mostrar ineficiente e inadequado para atender uma determinada população, é cabível que uma ação coletiva seja ajuizada para corrigir a decisão tomada.

Isso não quer dizer, por outro lado, que seja salutar que tal atuação judicial seja tomada de maneira açodada, sem um mínimo de instrução probatória, ainda que esta seja sucinta e célere. Assim, as decisões liminares *inautida altera pars*, igualmente, devem ser uma exceção, somente cabíveis em desvios nítidos.

Além disso, preferencialmente, deve ser ouvida a população atingida com a decisão e, também, especialistas na área, como *amicus curiae*, para definir qual o melhor caminho a ser tomado, pois, muitas vezes, o juiz não detém a expertise necessária para a escolha da melhor solução, que, como visto alhures, são, na maioria dos casos, múltiplas e complexas. O diálogo interinstitucional prévio à tomada da decisão judicial, portanto, é salutar em tais casos.

Destarte, as decisões judiciais devem mirar o maior número possível de “beneficiários”, evitando atender pleitos individuais que devem ser, caso propostos, agrupados para uma decisão uniforme, idealmente abrangendo toda a jurisdição de determinado Tribunal, garantindo, assim, maior segurança jurídica para a sociedade e, também, para o governo.

A atuação judicial, portanto, deve ocorrer sob um viés “funcional”, com os juízes considerando as dificuldades de acesso a informações técnicas, a necessidade de uniformização das decisões, bem como a busca por sintonia com outras políticas do governo em que a determinação judicial irá interferir.³⁶

³⁶ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 141.

Ademais, “o parâmetro da universalização é fundamental para tornar a ação do Estado coerente e imparcial”.³⁷ E, em uma discussão coletiva, exigir-se-á naturalmente uma visão geral das políticas públicas discutidas, ao invés da microjustiça das ações individuais que visa apenas solucionar um caso concreto.³⁸

Em casos extremos, em que o desvio do Administrador Público é grave, ostensivo e comprometedor das bases mínimas das políticas públicas traçadas, é possível pensar, inclusive, no manejo de uma ação coletiva como um instrumento de mudança estrutural, com vistas a atender, da melhor maneira possível, a população.

Desse modo, após delimitado os parâmetros e a amplitude possível de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, cabe indagar se será possível a tomada de decisão judicial com base apenas na suposta violação de um direito fundamental constitucionalmente protegido, tais como a dignidade da pessoa humana?

7 A simples alegação de que um direito fundamental foi violado não é suficiente para a atuação do Poder Judiciário

A atuação do Poder Judiciário não pode se dar pautada apenas em alegações retóricas, despidas de substrato fático relevante, devidamente comprovado. Desse modo, simples alegações de que um direito fundamental fora violado não é capaz de justificar a intervenção, excepcional, do Poder Judiciário na condução das políticas públicas.

Relevante destacar que não se está a dizer que os direitos fundamentais não possuem relevância, ao contrário, pois é necessário que “a ação de planejamento da Administração Pública deve voltar-se para o dever de realizar a Constituição em sua totalidade, assumindo capital importância a normatização referente aos direitos fundamentais”.³⁹

No entanto, a mera alegação de violação a um direito fundamental é insuficiente para que se permita, de maneira excepcional, a interferência do Poder Judiciário na seara das políticas públicas.

Assim, não basta a alegação de que o direito fundamental à educação, com fulcro no art. 205 da CF, foi violado, mas sim deve mostrar, por exemplo, que o

³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 527.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, n. 46, 2007. p. 57-58.

³⁹ OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. *Verba Juris*, ano 6, n. 6, p. 273, jan./dez. 2007.

orçamento aprovado para a educação não foi executado ou os recursos foram desviados para fins diversos, com prejuízo, aí sim, ao direito a educação constitucionalmente protegido, pois é um “direito de todos e dever do Estado e da família”.

A mera não alocação orçamentária para atendimento de um nicho social ou determinado serviço pode decorrer apenas de opções políticas tomadas dentro dos recursos disponíveis e da discricionariedade própria da tomada de decisão em políticas públicas.

Em situações da espécie, a intervenção judicial se mostra indevida em afronta à agenda política estruturada pelo Poder Executivo. Mais ainda: se mostra capaz de comprometer a execução das políticas públicas outrora definidas.

Um direito fundamental constitucionalmente garantido, qualquer que seja, é relevante e tem o seu papel como fundamento para a tomada de decisão judicial. Contudo, apenas ele, de maneira isolada, não basta para justificar a correção das políticas públicas adotadas por determinado governo.

É perceptível, diante do extenso rol de comandos constitucionais, que há uma série de finalidades e objetivos a serem alcançados pelo Estado. Contudo, ainda que os objetivos elencados na Constituição tenham carga jurídica vinculante, a Lei Maior indica o ponto de chegada e não o caminho que deve ser percorrido, eis que para cada problema a ser enfrentado existe mais de uma solução possível.

Nesse espeque, apesar de, “em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial”,⁴⁰ toda e qualquer intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas deve ser devidamente pautada em um substrato fático e jurídico robusto, com a comprovação de que a política pública está desviada do seu curso regular.

Além disso, os recursos disponíveis para a implementação e execução de uma política pública, a reserva do possível, devem ser verificados, mesmo em sede de uma decisão judicial.

8 A reserva do possível deve ser observada nas decisões judiciais

Há um princípio basilar na economia que diz que as necessidades sociais e humanas são ilimitadas, porém os recursos são escassos. Da mesma forma ocorre com os recursos públicos frente às necessidades da população brasileira, principalmente frente a uma constituição chamada de cidadã, repleta de direitos e garantias elencados em seu texto.

⁴⁰ SADEK, Maria T. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: WATANABE; GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 15.

Ainda que seja possível cogitar que alguns direitos não dependem de indicação das fontes de custeio ou, ainda, exista a possibilidade de se autorizar créditos suplementares, os malabarismos contábeis e possíveis eventuais ajustes nas peças orçamentárias não afastam a realidade de finitude dos recursos disponíveis pelo Estado,⁴¹ principalmente num momento de contensão de despesas e busca por otimização dos recursos públicos.

A esse respeito, Celina Souza aponta que nas últimas décadas verificou-se que os governos adotaram políticas públicas cada vez mais restritivas de gastos, condicionando a implementação de programas e ações governamentais ao cumprimento do ajuste fiscal e equilíbrio orçamentário dos gastos com as receitas auferidas pelo Estado. Passou-se de políticas sociais universais para focalizadas em determinado segmento.⁴²

Mesmo com um direito encartado na CF, por vezes de maneira genérica (saúde, educação, segurança, etc.), as decisões judiciais não podem ser tomadas ao arrepio do orçamento, das disponibilidades financeiras existentes, mormente na situação atual do Brasil de recessão econômica e alta despesa pública.

Se o Estado, *lato sensu*, decide por uma política pública de contenção de gastos, direcionando os recursos prioritariamente para setores ditos como estratégicos, descabe ao Poder Judiciário desconsiderar tal fator em sua tomada de decisão.

A reserva do possível, portanto, é um fator a ser considerado na atuação judicial em um campo que, em rigor, pertence ordinariamente, como visto alhures, ao Poder Executivo com o aval orçamentário do Legislativo.

Mesmo nos chamados “núcleos duros” do princípio da dignidade da pessoa humana, aqueles direitos fundamentais sociais que integram o “mínimo existencial” do indivíduo, a reserva do possível deve ser observada. Destaque-se, no entanto, que há entendimento doutrinário contrário, que diz que nesses casos seria inoponível a reserva do possível.⁴³

Isso porque os juízes não têm condições de eleger discricionariamente os direitos que serão atendidos pelo Estado, eis que, muito embora aos cidadãos deva ser assegurado o mínimo existencial, a capacidade dos governos não é ilimitada e a universalização de direitos e serviços públicos dependem da implementação e execução de um projeto de governo.⁴⁴

⁴¹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 174-183.

⁴² SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, M. ARRETICHE e. MARQUES (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 66.

⁴³ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: WATANABE; GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 223.

⁴⁴ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 189.

Impende ressaltar que não se está a afastar a exigibilidade dos direitos sociais encartados na Lei Maior para os cidadãos, seja na esfera administrativa ou judicial, nem tampouco está a dizer que os direitos elencados na Constituição são meras declarações de boas intenções.⁴⁵

Desse modo, o que se argumenta no presente trabalho é que os direitos sociais constitucionalmente garantidos podem e devem ser exigidos do Estado pela sociedade, pela via administrativa ou judicial, contudo de acordo com a política pública estabelecida e dentro dos recursos disponíveis.

A esse respeito, é sabido que o Brasil é um país com várias dificuldades sociais, desigualdades latentes, bolsões de pobreza e déficits em diversos serviços que a CF se propõe a atender (saúde, educação, segurança, seguridade social, etc.). Por isso, é utopia tentar mudar, da noite para o dia, o cenário econômico-social que está posto.

Nesse sentido, vê-se que o alcance dos objetivos instituídos pela República Federativa do Brasil (art. 3º da CF) deve ser realizado de maneira paulatina, com estabelecimento de prioridades, pois há tarefas, como a eliminação da pobreza, que não são atingíveis em curto espaço de tempo. Para isso, é necessário um feixe eficiente interligando os planos e programas voltados a desenvolver o país e, desta forma, ser possível atingir os objetivos fundamentais constitucionais.⁴⁶

De igual modo, não há como dizer que se deve fazer algo sem o necessário lastro de recursos para tal. Por exemplo, a moradia é tida como integrante de um “núcleo duro” do mínimo existencial do ser humano, mas a realidade, esta, sim, dura e cruel, mostra milhares de desabrigados, moradores de ruas que vivem ao relento.

É uma situação triste e calamitosa, de fato, mas a realidade pode e deve ser mudada de maneira planejada e estruturada, com a eliminação da pobreza e redução da desigualdade (art. 3º, inciso III, da CF), com a transferência de renda por meio, por exemplo, de programas sociais bem planejados e estruturados, como é o caso do bem-sucedido programa governamental chamado de “bolsa família”.⁴⁷

E para se alcançar tal objetivo é necessário um tempo razoável, de médio e longo prazo, além, por óbvio, recursos públicos alocados. Não se muda a realidade de no afogadilho e apenas com boas intenções: é necessário dinheiro disponível.

⁴⁵ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 19-20.

⁴⁶ JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: WATANABE; GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 240-241.

⁴⁷ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (Org.). *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2012, p. 85-96.

Tal entendimento é, de veras, preocupante, pois desconsidera um fator indispensável para a execução de qualquer política pública, a possibilidade orçamentária, além de utilizar um direito fundamental como “Katchanga Real” como argumento para embasar decisões, muitas vezes sem a comprovação fática necessária.⁴⁸

Aliás, a decisão acima mencionada vai de encontro a ressalva posta pelo mesmo Ministro Relator no RE nº 595129 AgR/SC, de 03.06.2014. Veja-se: “importa, ainda, acentuar, quanto aos alegados limites orçamentários aos quais estão vinculados os recorrentes, que o Estado, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais”.⁴⁹

Por outro lado, veja excerto do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566471/RN envolvendo a discussão se era cabível, ou não, obrigar ao Estado o fornecimento de medicamentos de alto custo:

Uma crítica relevante a ser levada em conta é a legitimidade democrática. A questão vai além do discurso da “reserva do possível”. É certo que os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. O orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. De outro, a concretização de direitos sociais de caráter prestacional se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos consideráveis. Assim, em um contexto de escassez de recursos, o Estado deve adotar políticas públicas para a efetivação de tais direitos e eleger critérios para a alocação dos recursos. Deve realizar escolhas trágicas: investir em um determinado medicamento ou tratamento sempre implica deixar de investir em outros. Não é o Judiciário o órgão que tem a legitimação democrática própria para fazer estas escolhas.⁵⁰

É sabido que a vida é complexa e o Direito, como obra humana, deve ser um facilitador da vida em sociedade, um redutor de complexidade, por meio de soluções jurídicas factíveis, principalmente quando o assunto é políticas públicas.

Nessa esteira, o Brasil optou por um sistema legal, baseado em leis, como redutor de complexidade, sendo censurável, portanto, a criação de malabarismos argumentativos na seara judicial, como um direito lotérico no estilo da “Katchanga

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

⁴⁹ BRASIL Supremo Tribunal Federal. RE 595129 AgR / SC. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=595129&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

⁵⁰ BRASIL. Voto do Ministro do STF Luís Roberto Barroso no RE 566471/RN. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

Real”, que deixa a cargo do juiz decidir da melhor forma, com base em seus sentimentos, a melhor solução.

Desse modo, o melhor caminho, dentro de um sistema legal como é o caso do Brasil, é que as regras do jogo estejam claras e que as todas as partes saibam como funciona.

Por outro lado, deve-se ter em mente que não há tomada de decisão perfeita, inabalável, principalmente quando o tema é políticas públicas, mas sim uma escolha racional, o menos pior dentre as opções disponíveis, feito a partir de uma ponderação entre dois ou mais objetivos comparáveis.

Em razão disso, as mudanças sociais devem ocorrer por força de políticas públicas bem estruturadas, interligadas e com metas factíveis, de médio e longo prazo. As decisões judiciais, nesse cenário, servirão para corrigir distorções verificadas na execução dos planos traços.

Uma decisão judicial que é inviável financeiramente é mera quimera, tentativa vã de mudar a realidade por meio de uma simples folha de papel, além de desacreditar o Poder Judiciário perante a sociedade.

Mesmo quando o assunto envolvido é a vida humana, como no caso da saúde pública, existe um preço envolvido, um custo a ser precificado e ponderado na tomada de decisão, ainda que a vida humana seja inestimável.

Desse modo, as decisões judiciais devem estar em sintonia com a política traçada e, também, com o orçamento existente.

Cada decisão judicial deve trazer, assim, no seu bojo a análise da possibilidade de sua execução em termos financeiros. Para isso, é ônus do Poder Executivo demonstrar que eventual pleito é inviável do ponto de vista orçamentário.

Até porque o juiz, ao prolatar uma decisão, por exemplo, numa ação civil pública, em favor de um determinado direito subjetivo público, não terá condições de indicar as fontes de custeio.⁵¹

Como dito acima pelo Ministro Ricardo Lewandowski, é necessário, para se opor a reserva do possível, que seja demonstrada a “ocorrência de motivo objetivamente mensurável” pelo administrador público.

Nessa linha, cabe ao gestor público comprovar que está a executar corretamente o orçamento, atendendo as necessidades sociais básicas que a CF elencou como dever do Estado.

Sob esse aspecto é importante ressaltar que não basta a alegação genérica da reserva do possível: É necessário desmembrar o orçamento e provar que não há recursos disponíveis para que eventual decisão judicial, ou conjunto de decisões, possa ser adimplida. Do contrário, a reserva do possível não pode ser acolhida como justificativa para não se deferir o pleito.

⁵¹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 155.

De igual modo, se o orçamento foi estruturado de maneira não razoável, como a alocação de recursos pífios para o atendimento de serviços sociais básicos e vultosa alocação de recursos para publicidade, é plenamente cabível a intervenção do Poder Judiciário para corrigir tal erro cometido pelo administrador público.

Além disso, a reserva do possível não se mostra oponível se existe, comprovadamente, malversação de recursos públicos, cabendo, outrossim, que a força judicial prevaleça sobre a discricionariedade do gestor público.

A reserva do possível também serve como um freio para as “criatividades” do magistrado que, mesmo com boas intenções, acabe por determinar algo irrealizável. À guisa de exemplo, imagine uma decisão judicial que determine que um município pequeno, com orçamento de um milhão de reais anuais, construa um hospital com toda tecnologia médica de última geração e que tenha capacidade de atender toda a população de uma só vez. A intensão é muito boa, mas um releu sonho megalomaniaco.

Destarte, é perceptível que as decisões judiciais também devem estar em conformidade com o orçamento existente, com a reserva do possível em políticas públicas, ainda que o STF tenha decidido que a reserva do possível só possa ser oposta com justo motivo aferível,⁵² pois, sem recursos disponíveis, a decisão será inefetiva.

E acerca de recursos escassos, correta a posição de Cláudio Pereira de Souza Neto quando entende que “deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais para os mais pobres, Se o indivíduo á capaz arcar com os custos da prestação com recursos próprios, não pode exigi-la do Estado perante o Judiciário”.⁵³ Deve existir, portanto, uma racionalidade nos gastos públicos com os direitos sociais.

Para o intento deste artigo, é relevante, por derradeiro, observar um caso prático de uma intervenção judicial, com vistas a verificar se foi seguido os parâmetros acima sugeridos.

9 Caso prático da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas: o julgamento da “pílula do câncer”

Delimitadas as balizas possíveis de atuação do Poder Judiciário, é relevante observar um caso concreto em que houve a intervenção judicial, com vistas a avaliar se foi acertada ou equivocada a atuação do Poder Judiciário, de acordo com

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 45 MC/DF*. Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.05.2004.

⁵³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 539.

as premissas anteriormente traçadas. O caso da “pílula do câncer” teve grande repercussão social, em âmbito nacional, chegando até o Supremo Tribunal Federal para dirimir a pretensão formulada.

Em resumo, um pesquisador da Universidade de São Paulo (USP) iniciou os estudos com uma substância para tratar uma doença terrível: o câncer. Nos testes preliminares realizados em laboratório o resultado foi positivo e o pesquisador, satisfeito com a evolução de seus estudos, acabou por divulgar tal informação.

Diante de tal notícia animadora, rapidamente espalhada pelos mais diversos meios de comunicação, diversas pessoas ingressaram com ações em face do Estado, no caso contra a USP, para que fornecesse o medicamento experimental, mesmo que em fase de testes e sem sua previsão nas políticas públicas definidas para tratamento deste tipo de doença.

Como era experimental, o órgão executivo regulador, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), responsável pelos trâmites para a produção e disponibilização do medicamento à população, não havia aprovado o seu uso, nem tampouco os estados reservaram orçamento para cobrir os custos do medicamento.

Apesar de tais considerações, ante o direito fundamental à saúde, houve diversas decisões judiciais favoráveis, muitas em sede liminar e sem oitiva da parte contrária, em diversas partes do Brasil, para que o medicamento fosse fornecido, sem qualquer aprofundamento científico ou verificação do impacto orçamentário de tais decisões judiciais.

Em razão das inúmeras decisões judiciais proferidas, favoráveis à obrigação de fazer para que a USP fornecesse o medicamento “fosfoetanolamina sintética”, a “pílula do câncer”, foi impetrada uma suspensão de tutela antecipada, tombada sob o nº 828, perante o STF, distribuída para o Ministro Ricardo Lewandowski.

A suspensão foi deferida, em 04.04.2016, para interromper a execução de tutelas antecipadas deferidas em todas as ações da espécie, além de conceder salvo conduto às autoridades universitárias, com vistas a evitar a sua prisão por descumprimento de ordem judicial. Transcrevem-se os principais excertos da decisão mencionada de interesse para o presente trabalho:

Verifico que a controvérsia diz respeito tanto à garantia do direito à vida quanto ao direito social à saúde, previstos no art. 196 da Constituição Federal.

O direito à saúde, assegurado a todos por determinação constitucional no art. 196, impõe ao Estado o dever de sua prestação por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”. (...)

No caso de medicamento não registrado pela Anvisa, pontualmente, quando há comprovação de que é o único eficaz para debelar determinada enfermidade que coloca em risco a vida de paciente sem condições financeiras, entendo que o Estado tem a obrigação de custear o

tratamento, se o uso desse medicamento for aprovado por entidade congênere à agência reguladora nacional.

Aqui estamos diante de uma situação nova, a saber, de uma substância química que ainda não teve o seu ciclo de estudos concluído.

Não é um medicamento registrado em uma entidade congênere à Anvisa, já submetido a testes e a estudos antes de aprovar a sua distribuição e comercialização.

Para tanto, deve ser observado que entre as políticas sociais para promoção da saúde encontra-se o sistema único de saúde (SUS), competindo a ele, por atribuição constitucional (art. 200, II, da CF), “executar as ações de vigilância sanitária”.

Por sua vez, a Lei 8.080/1990 inclui no campo de atuação do SUS a execução de ações de vigilância sanitária que é definida no art. 6º, § 1º, do referido diploma legal: (...)

No presente caso, a decisão que determina o fornecimento de substância que sequer foi alvo de investigações técnico-científicas submetidas aos protocolos legalmente exigidos – e que tampouco foi objeto de fiscalização das normas de vigilância sanitária – coloca em risco à saúde do indivíduo que a utilize. (...)

Em tempo, menciono que as políticas do Sistema Único de saúde são elaboradas com fundamentação na Medicina Baseada em Evidências Científicas e, por isso, deveria o Poder Judiciário utilizar os seus critérios para decidir demandas relacionadas às prestações de assistência à saúde, em especial quando se tratar de substâncias químicas em fases iniciais de pesquisa e testes, não incorporadas em nosso sistema de saúde nem de nenhum outro país. (...)

Vislumbro o risco da ocorrência do efeito multiplicador da medida, de modo que sua manutenção permitiria o deferimento de outros pedidos de tutela de urgência em situações semelhantes, no âmbito do Estado de São Paulo e de outros Estados. (...).⁵⁴

É observável que há um trâmite a ser observado pelos órgãos sanitários e médicos para que um medicamento seja disponibilizado para a população. Depois que sua produção se inicia é que, dentro de um ciclo de políticas públicas, é possível verificar a possibilidade de sua utilização no sistema público de saúde, dentre as opções possíveis e dentro dos recursos disponíveis.

Ademais, em regra, o desenho de um novo programa, com a implementação de um novo medicamento no sistema público de saúde compete ao SUS, órgão do Poder Executivo, e não ao Judiciário ou Legislativo.

Posteriormente, diante da decisão judicial desfavorável para o fornecimento do medicamento sem estudos mais aprofundados, apressou-se a, no Poder

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 828*. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313641>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

Legislativo, aprovar o uso e a produção do medicamento, mesmo sem registro sanitário, através da Lei nº 13.269, de 13.04.2016.

A citada lei não obrigava o Estado a fornecer o medicamento da “pílula do câncer”, apenas autorizava a sua produção e distribuição sem registro sanitário, mas, caso mantida a sua vigência, daria um novo “fôlego” para novas demandas com o intuito de obrigar o estado a fornecer o medicamento.

Em razão da novel legislação, aprovada a toque de caixa, a Associação Médica Brasileira (AMB) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade, tombada sob nº 5.501, de relatoria do ministro Marco Aurélio.

Foi deferida liminar, pela maioria do plenário do STF, em 19.05.2016, para suspender a eficácia da mencionada lei até o julgamento definitivo da ação. Transcrevem-se os principais excertos da decisão mencionada de interesse para o presente trabalho:

Ao suspender a exigibilidade de registro sanitário da fosfoetanolamina sintética, o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos – artigo 196 da Constituição Federal. (...) O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano. (...) A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei nº 6.360/1976. O registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto. Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida. (...). No caso, a lei suprime, casuisticamente, a exigência do registro da fosfoetanolamina sintética como requisito para comercialização, evidenciando que o legislador deixou em segundo plano o dever constitucional de implementar políticas públicas voltadas à garantia da saúde da população. O fornecimento de medicamentos, embora essencial à concretização do Estado Social de Direito, não pode ser conduzido com o atropelo dos requisitos mínimos de segurança para o consumo da população, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde. Vislumbro, na publicação do diploma combatido, ofensa ao postulado da separação de Poderes. A Constituição incumbiu o Estado, aí incluídos todos os respectivos Poderes, do dever de zelar pela saúde da população. No entanto, considerada a descentralização técnica necessária para a fiscalização de atividades sensíveis, foi criada, nos termos do artigo 37, inciso XIX, do Diploma Maior, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, à qual compete, enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, autorizar a distribuição de substâncias químicas, segundo protocolos cientificamente validados. O controle dos medicamentos fornecidos à população é efetuado, tendo em conta

a imprescindibilidade de aparato técnico especializado, por agência reguladora supervisionada pelo Poder Executivo. A atividade fiscalizatória – artigo 174 da Constituição Federal – dá-se mediante atos administrativos concretos de liberação das substâncias, devidamente precedidos dos estudos técnicos – científicos e experimentais. Ao Congresso Nacional não cabe viabilizar, por ato abstrato e genérico, a distribuição de qualquer medicamento.⁵⁵

Depreende-se que a decisão acima se pautou na razoabilidade muito mais do que nas normas constitucionais propriamente ditas, pois os estudos, como estavam muito insipientes, não traziam risco comprovado, da mesma forma como não havia benefícios comprovados, para a saúde da população. Ademais, nada obstaría, pela CF, a alteração, por meio de uma norma infraconstitucional, das atribuições dos órgãos de fiscalização.

É observável também o “agigantamento” do Poder Judiciário nas matérias atinentes a políticas públicas, principalmente o seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal, que Oscar Vilhena Viera cunhou o presente fenômeno de “supremocracia”.⁵⁶

Corroborar-se, assim, que a atuação Poder Judiciário deve ser comedida, excepcional, de maneira “racional e controlável”, com vistas a evitar que o remédio se transforme em um veneno para as políticas públicas.

Não se olvida que o direito à saúde, formal e materialmente, encontra-se inserido como um direito fundamental constitucionalmente tutelado,⁵⁷ mas a atuação do Judiciário, ainda que possível, deve ser cautelosa e compatibilizada, em regra, com as políticas públicas já estabelecidas ordinariamente.

Por outro lado, é observável também que não se tratava de um caso de omissão ou demora injustificada do Poder competente, pois, como visto, há todo um trâmite que deve ser observado antes da aprovação de um medicamento para uso humano. Isso demonstra que a determinação de implementação de políticas públicas pelo Judiciário para o presente caso foi indevida.

Sobre isso, o STJ tem entendido que a demora do Poder competente pode dar azo a intervenção judicial para implementar uma determinada política pública, mas esta só deve ocorrer em caráter excepcional e desde que haja interesse social, principalmente se visa resguardar a dignidade da pessoa humana. A intervenção se legítima, na visão daquele Tribunal Superior, quando existe uma inescusável

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5501*. Rel. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2017.

⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. direito FGV* [online]. 2008, vol.4, n.2, p. 457.

⁵⁷ PULIDO, Carlos Bernal. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Estado*, Ano 05, n. 19-20, 2010, p. 33.

omissão estatal.⁵⁸ Contudo, no presente caso, não ocorreu demora ou omissão do Poder competente, pois era um medicamento novo que ainda estava no início da pesquisa e no ciclo ordinário de aprovação da substância supostamente eficaz contra determinados tipos de câncer.

É relevante destacar também que as pesquisas com a substância “fosfoetanolamina sintética” avançaram e, em verdade, os resultados foram pouco animadores, pois não foi comprovada a sua efetividade contra o câncer.⁵⁹ Ou seja, todo um aparato estatal foi movimentado, fora da sua ordem natural, para, ao final, os estudos posteriores verificarem que a efetividade propagada não era, de fato, verdadeira.

Ademais, não se olvida que o STF tem entendido que Estado deve fornecer medicamento, mesmo de alto custo, caso seja este o único para o tratamento eficaz para determinada doença.⁶⁰ No entanto, novamente, não é o caso em testilha, pois, além do medicamento pleiteado ser experimental e não ser aprovado pelos órgãos competentes para uso humano, existem outros tratamentos que podem ser utilizados para o tratamento do câncer.

Extrai-se do presente caso, portanto, em suma, que a) os estudos e as aprovações dos órgãos executivos competentes para a produção comercial e o uso do medicamento não estavam completos; b) o ciclo de políticas públicas não estava completo para o medicamento experimental em questão; c) não havia obrigação direta da USP fornecer o medicamento nem tampouco orçamento para tal volume de pílulas; d) multiplicidade de ações individuais espalhadas cuidando apenas de interesses particulares e não coletivos; e) Poder Legislativo também se imiscuindo nas políticas públicas, afastando, por meio de uma Lei, a atribuição da Anvisa.

Diante de tal cenário, apesar da situação delicada em que se encontravam os interessados nas tutelas requeridas, a intervenção do Poder Judiciário mostrou-se precipitada e distante das políticas públicas em curso. Igualmente a atuação do Poder Legislativo, ao editar lei para burlar os trâmites de aprovação do medicamento pelos órgãos do Poder Executivo.

Cláudio Pereira de Souza Neto pondera que não é possível extrair do texto constitucional a conclusão clara de que o Judiciário pode ou deve condenar a Administração a prover bens e serviços sociais. A Constituição comporta interpretações distintas, inclusive a que sustenta o dever de o Judiciário se ater a aplicar

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator Og Fernandes. *AgInt no Resp 1304269-MG*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1648232&num_registro=201200320156&data=20171020&formato=PDF>. Acesso em: 03 dez. 2017.

⁵⁹ A esse respeito: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/06/03/testes-feitos-ate-agora-com-fosfo-nao-justificam-remedio-para-cancer.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 860*. Decisão monocrática da Presidente do STF Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5234747>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

regras postas nos textos legais. O problema não é de interpretação do direito, mas sim de decisão política.⁶¹ E sobre isso, diante do sistema normativo e político vigente, parece que a interpretação mais plausível é a que sustenta que a atuação do Judiciário deve ocorrer de maneira subsidiária e contida.

Corroborar-se, portanto, que o melhor caminho, em sede de políticas públicas, é a intervenção excepcional de outros poderes no desenho e implementação de programas atinentes a serviços sociais, principalmente em questões novas como é o caso da “pílula do câncer”.

10 Conclusão

O presente artigo buscou mostrar um caminho possível para que as decisões judiciais possam se compatibilizar com as políticas públicas em andamento.

O controle judicial nas políticas públicas já ultrapassou a etapa do “se é possível”: Faz-se necessário definir, da melhor maneira, “como será feita” a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas e em que medida isso ocorrerá.

As políticas públicas são desenhadas e implementadas, ordinariamente, pelo Poder Executivo, com o aval, do ponto de vista orçamentário, do Poder Legislativo.

Apesar disso, não se pode falar apenas em separação dos poderes como argumento para tentar afastar a atuação do Poder Judiciário. Contudo, a intervenção judicial não pode ser a regra, mas uma exceção, pois, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, na área subjetiva da decisão pública, seja por conter conceitos fluídos e imprecisos ou no campo da conveniência e oportunidade de um ato, permanece exclusiva a decisão do administrador, pois, do contrário, ocorreria a substituição deste pelo juiz, descabendo, nestes casos, o Judiciário eliminar a discricionariedade do ato.⁶²

E como toda exceção deve ter limites: preferencialmente em ações coletivas de amplo espectro, com justificativas fáticas e jurídicas robustas, além da observância da reserva do possível. A atuação judicial, destarte, deve ser minimalista, evitando que os comandos judiciais suplantem a estratégia política anteriormente traçada.

O caso do julgamento da “pílula do câncer” demonstrou que a atuação do Poder Judiciário não pode ser açodada e de maneira desordenada, pois ao final o remédio pode ser um mero placebo ou, pior, um veneno para as políticas públicas.

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 518.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54-55.

Diogo Coutinho pondera que “não há como escapar da conclusão de que as políticas públicas são, efetivamente, um campo aberto para os juristas brasileiros, que para desbravá-lo terão de utilizar novos referenciais de análise, dando continuidade ao desafio de construir um referencial metodológico cuja lacuna se faz sentir”.⁶³

Nessa senda, a atuação do Poder Judiciário deve ser realista, olhando para as políticas públicas em curso e reajustando o caminho a ser percorrido da melhor forma, sem ideias utópicas nem tampouco tacanhas.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 19-64.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 137-206.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, n. 46, p. 31-61, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 143-161.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. RE 592581. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. RE 595129 AgR / SC. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=595129&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Resp 1304269-MG. Ministro Relator Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1648232&num_registro=201200320156&data=20171020&formato=PDF>. Acesso em: 03 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.367.549 – MG. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1299335&num_registro=201101325135&data=20140908&formato=PDF>. Acesso em: 03 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.612.931 – MS. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1592948&num_registro=201403218770&data=20170807&formato=PDF>. Acesso em: 03 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5501. Rel. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2017.

⁶³ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo e FARIA, Carlos Eduardo Pimenta de. *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp / Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 200.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 04.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 886.710. Rel. Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4768235>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 828. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313641>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 860. Decisão monocrática da Presidente do STF Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5234747>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

BRASIL. Voto do Ministro do STF Luís Roberto Barroso no RE 566471/RN. Disponível em: <<http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

CAPANO, Fernando. F. A leitura contemporânea da separação de poderes: desafio para a melhor efetivação das políticas públicas concretizadoras da Constituição. In: SMANIO e BERTOLIN (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63-82.

CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 87-122.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 21-57.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo e FARIA, Carlos Eduardo Pimenta de. *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp / Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 179-200.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (Org.). *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2012, p. 73-122.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. Introdução, p. 25-203.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. Notas sobre a metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 225-260.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em Direito. In: DALLARI, BUCCI, Maria Paula (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18-45.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A "reserva do possível": obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: WATANABE e GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237-284.

LINDBLOM, Charles E. Muddling through: a ciência da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2. ed. Brasília: UnB, 2009, p. 161-202.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34-55.

OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. In: *Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 269-300.

- PULIDO, Carlos Bernal. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Estado*, ano 05, n. 19-20, p. 17-35, 2010.
- RIPLEY, Randall. Stages of the policy process. In: McCOOL, Daniel. *Public Policy Theories, Models and Concepts: An anthology*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 157-162.
- SADEK, Maria T. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: WATANABE e GRINOVER (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1-32.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 1-134.
- SILVA, Mário Henrique Malaquias da. O princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n 1, p. 233-261.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 516-550.
- SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: Políticas Públicas no Brasil. in G. Hochman, M. Arretche e. Marques (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007. p.66-83.
- STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>. Acesso em: 01 dez. 2017.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*. New York: The Free Press, 1977.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. direito FGV* [online]. 2008, v. 4, n. 2, p. 441-463.
- WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada P. (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213-224.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada P. (Org.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 33-72.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins; SAMPAIO, Alexandre Santos. Parâmetros de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 217-245, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.912.
