

O Controle Judicial de Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal: comentário à decisão proferida na STA 175

Marina Corrêa Xavier¹

Políticas públicas: breve conceituação

O presente artigo tem por objetivo analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 e inseri-la no contexto do fenômeno denominado pela doutrina de judicialização de políticas públicas². Para tanto, serão inicialmente fornecidos os conceitos e premissas que delimitam o estudo. Em um segundo momento, será descrito o fenômeno da judicialização de políticas públicas para, em seguida, ser apresentada e analisada a decisão proferida na STA n.º 175.

A expressão *política pública*, em razão de sua indeterminação, é utilizada em vários sentidos pela doutrina, alguns demasiado abrangentes, outros nem tanto. Para os fins deste trabalho, a expressão será compreendida, nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, nos seguintes termos:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários

¹ Mestranda em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Conferir, nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101-132.

à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.³

Assim, incluem-se no conceito de políticas públicas aqueles conjuntos de ações do Poder Público voltados à realização de direitos fundamentais, mais especificamente dos direitos sociais, de maneira coletiva e geral. Entretanto, em razão de sua dimensão prestacional, a efetivação dos direitos sociais possui um custo elevado. Esse custo público dos direitos sociais, ao lado da escassez de recursos, implica a necessidade de o Poder Público, na realização das políticas públicas, fazer escolhas alocativas, as quais caracterizam verdadeiras opções políticas.

Entretanto, como será sustentado adiante, a efetivação dos direitos sociais por meio de políticas públicas de direitos sociais deve se dar dentro de um campo constitucionalmente delineado, e deve realizar os objetivos definidos como fundamentais pela própria Constituição.

O controle judicial de políticas públicas

A partir de uma concepção de imprescindibilidade de diálogo entre os Poderes e de complementaridade de suas capacidades institucionais, é indubitável que cabe também ao Poder Judiciário a concretização dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos. Entretanto, é necessário delinear como e quais os limites de sua atuação no que diz respeito às políticas públicas.

A concepção de política pública como *programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados* denota a existência de diversos atos ou fases na formulação de tais políticas ⁴. Segundo John

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política públicas em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

⁴ Segundo Maria Paula Dallari Bucci, “*as políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa (...)*” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política públicas em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31).

Kingdon, no processo complexo que constitui a política pública é possível identificar, pelo menos, quatro momentos distintos:

Though a drastic oversimplification, public policy making can be considered to set a process, including at least (1) the setting of the agenda, (2) the specification of alternatives from which a choice is to be made, (3) an authoritative choice among those specified alternatives, as in a legislative vote or a presidential decision, and (4) the implementation of the decision.⁵

Nesse sentido, para que seja possível analisar a possibilidade de controle judicial, é necessário destacar seus elementos principais.

A doutrina costuma dividir o objeto do controle judicial de políticas públicas em razão da fase da referida política de que se ocupa. Segundo Eduardo Appio, “o controle judicial das políticas públicas pode-se, portanto, dar em três momentos distintos, ou seja, na sua formulação, execução ou avaliação”⁶. De maneira mais detalhada, Ana Paula de Barcellos sustenta que o controle judicial de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais pode se ocupar de cinco objetos principais, nos seguintes termos:

É possível cogitar de 5 (cinco) objetos distintos (sem prejuízos de outros), ainda que interligados, que podem ser agrupados em dois grupos.

No primeiro bloco, será possível controlar, em abstrato, (i) *afixação de metas e prioridades* por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle (ii) *do resultado final esperado* das políticas públicas em determinado setor. No segundo grupo, é possível controlar ainda três outros objetos: (iii) *a quantidade de recursos a ser investida*, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (iv) *o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público*; e (v) *a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos* destinados a determinada finalidade. Como é fácil perceber, os dois primeiros objetos de controle se ocupam do conteúdo das políticas públicas em si, ao passo que os três últimos pretendem controlar aspectos do processo de decisão e execução das políticas públicas levado a cabo pelo Poder Público.⁷

⁵ KINGDON, John. *Agendas, alternatives and public policies*. USA: Harper Collins College Publishers, 1995, p. 2-3. *Apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política públicas em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

⁶ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 135.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 116.

Neste trabalho, será abordado o controle judicial da execução de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, mais precisamente no que diz respeito à possibilidade e aos limites de atuação do Poder Judiciário na conformação daquelas políticas desenhadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas que possuem seus contornos básicos traçados pela própria Constituição.

Esse estudo se limita, portanto, às políticas públicas cujo objetivo esteja previsto na Constituição. Dessa maneira, a Administração Pública, ao formular a política, estará vinculada aos ditames constitucionais e, caso se distancie deles, poderá o juiz interferir para que os dispositivos sejam respeitados. A vinculação à Constituição das escolhas da Administração Pública na formulação de políticas públicas, inclusive em razão da limitação de recursos para a concretização dos direitos fundamentais, é esquematizada por Ana Paula de Barcellos, nos seguintes termos:

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; *logo*, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos.⁸

Assim, se aceitarmos a premissa de que a Constituição vincula, ao menos um pouco, as escolhas de aplicação de recursos nas políticas públicas, é inevitável aceitar a possibilidade de que tais escolhas sejam submetidas a controle judicial. Assim, como demonstraremos na análise da decisão proferida na STA n.º 175, é plenamente legítima, e desejável, a intervenção do Poder Judiciário na execução de políticas públicas quando a Administração Pública deixa de conformar a realidade ao conjunto de normas e ações por ela desenhadas para concretizar os direitos sociais constitucionalmente estabelecidos.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 106.

Entretanto, mesmo a legitimidade do Poder Judiciário para o controle judicial de políticas públicas é questionada amplamente. Nesse sentido, serão apresentadas três das principais críticas ao controle judicial de políticas públicas, seguidas de breves argumentos que objetivam refutá-las.

Principais críticas ao controle judicial de políticas públicas

A primeira crítica frequentemente apresentada ao controle judicial de políticas públicas consiste na suposta reserva do tema aos agentes representantes da deliberação política majoritária. Nesse sentido, em razão de seus membros não serem escolhidos através de processo eleitoral direto, o Poder Judiciário não possuiria legitimidade para rever as escolhas tomadas pelos membros do Executivo e do Legislativo. Esse ponto é sustentado por Eduardo Appio, nos seguintes termos:

A substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas.

[...]

O conteúdo das decisões políticas não pode ser objeto de revisão judicial, pois sua legitimidade decorre do sistema representativo.

[...]

O controle judicial da formulação de políticas públicas pressupõe a substituição da vontade dos membros dos demais Poderes pela vontade dos juízes, ou seja, a substituição de um ato de vontade de agentes estatais eleitos pela vontade dos não-eleitos.⁹

Questiona-se, assim, a validade de a interpretação constitucional levada a cabo pelo Poder Judiciário invadir espaços próprios da política majoritária. A crítica insiste em que, mesmo que a formulação de políticas públicas possua objeto constitucionalmente estabelecido, os princípios constitucionais conferem um espaço discricionário para o estabelecimento de elementos das políticas públicas no qual não

⁹ APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 151 e 157/158.

caberia ao Judiciário se impor, sob pena de grave desequilíbrio democrático e violação à separação das funções do Poder.

De fato, decisões a respeito de quanto, como e em que se deve gastar em cada política pública, por exemplo, devem ser tomadas, a princípio, pelos representantes diretos do povo, titular de todo o poder. Entretanto, caso haja o desenho de uma política pública e a Administração não realize a sua correta conformação, caberá ao Poder Judiciário, quando provocado, adequar a realidade fática que lhe é apresentada aos contornos delineados pelo Poder Público. Exemplo de uma tal situação seria o caso em que, sem justificativa plausível, a Administração Pública exclua do âmbito de determinada política pública de vacinação pessoa que por ela deveria ter sido contemplada, por constar em grupo determinado como de risco, em ofensa ao princípio da isonomia.

Diante desse quadro, o argumento democrático-majoritário não consegue prosperar. Há, pelo contrário, necessidade premente de que, nos casos em que haja o desenho da política pelo Poder Público sem haver o seu cumprimento satisfatório, o Poder Judiciário intervenha e possibilite, na medida do possível, a sua realização para os cidadãos que deveriam ser por ela abrangidos.

Ainda que superadas essas ponderações, em adiantamento a possíveis críticas, acrescente-se que não há uma relação maniqueísta entre a política e o controle judicial. Nesse sentido, não há necessidade de uma escolha de Sofia entre os extremos da colonização total da política pelo direito e da inexistência total de controle judicial em relação às políticas públicas. Há, entre os pólos, diversas possibilidades de equilíbrio da relação entre política e direito que precisam ser testadas e exploradas.

A segunda crítica comumente direcionada ao controle judicial das políticas públicas reside na falta de legitimidade do juiz para sobrepor as suas escolhas àquelas feitas pelos representantes do povo, na medida em que apenas os últimos são democraticamente eleitos.

Trata-se de saber, em síntese, se o magistrado seria essencialmente e democraticamente mais legitimado do que aqueles que representam politicamente a maioria para fazer escolhas que impliquem na formulação de políticas públicas. A

resposta da crítica a essa afirmativa é negativa, em razão da falta de balizas disponíveis a atuação do Judiciário na matéria.

Entretanto, como as políticas públicas, em sua grande maioria, têm por objetivo a realização de prescrições constitucionais, de modo a constituir bens considerados essenciais para a dignidade humana e para o regular funcionamento do Estado Constitucional Democrático, essa crítica perde boa parte de seu fundamento. Isso porque a Administração Pública, ao formular as políticas públicas, age em cumprimento ao que foi legalmente determinado. E cabe ao Poder Judiciário, sempre que a referida formulação pautar-se em fundamentos jurídicos, morais ou técnico-científicos, averiguar a sua adequação aos preceitos legais e constitucionais. Somente nos raros casos em que isso não ocorrer, carecerá o juiz de legitimidade para controlar a política formulada.¹⁰ Cite-se, nesse ponto, o pensamento de Ana Paula de Barcellos:

Inexistente qualquer desses três fundamentos – jurídico, moral ou técnico-científico – incide perfeitamente a crítica examinada neste ponto. Não haverá fundamento algum, legítimo, com base no qual o juiz possa fazer a sua opinião prevalecer sobre a dos agentes públicos democraticamente eleitos. Se o juiz não pode recorrer a um fundamento normativo claro – que traz em si a legitimidade democrática própria associada a sua elaboração – e se sua decisão não se reconduz a um imperativo moral ou técnico, sua opinião, na realidade, é apenas isso: uma opinião, sem qualquer valor intrínseco especial. E entre opiniões equivalentes, terá maior valor aquela que conta com o apoio da maioria, ainda que indiretamente.¹¹

No mesmo sentido manifesta-se Eduardo Appio:

A formulação das políticas públicas não previstas expressamente na Constituição está ancorada num sistema de democracia procedimental, não sendo possível a formulação de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário (...).¹²

¹⁰ Conferir, nesse sentido: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 270.

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 115.

¹² APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 137.

Assim, parece adequado afirmar, na análise dos argumentos contrários a esta crítica e em consonância com o que sustentado neste estudo, que só não é legítimo o controle judicial quando a política pública formulada não for diretamente decorrente dos preceitos constitucionais e legais.

Outra crítica direcionada ao controle judicial de políticas públicas consiste na suposta incapacidade do Poder Judiciário em compreender e em lidar com o contexto global de tais políticas, o que acabaria gerando distorções na efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque o juiz, na grande maioria das vezes, está preocupado com a solução dos casos concretos que lhe são apresentados e não dispõe, nas demandas individuais, de elementos para avaliar a ação estatal como um todo¹³.

Essa é a crítica mais consistente a respeito da judicialização das políticas públicas. Ao Judiciário geralmente são apresentadas apenas as demandas individuais, vindas daquela pequena parcela da população que dispõe de informação e recursos para acionar o Estado judicialmente¹⁴. E os juízes, mesmo aqueles que tem consciência de que a implementação dos direitos sociais deve se dar de maneira geral e coletiva – *macrojustiça* – sob risco de violação do princípio da isonomia, na hora de decidir os casos que lhes são postos não negam aos autores aquilo que subjetivamente lhes garante a Constituição – *microjustiça*.

Ressalte-se que não é possível haver macrojustiça sem que haja microjustiça individual, vez que a primeira não constitui conceito desvinculado da realidade e dos indivíduos concretamente considerados. Assim, um dos requisitos para a realização da macrojustiça é que os bens considerados indispensáveis à dignidade humana sejam conferidos a todas as pessoas, seja por meio de políticas públicas efetivas ou, na sua ausência, por meio de “múltiplas microjustiças”.

¹³ Nesse ponto, Eduardo Appio afirma que “o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública” (APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005, p. 151).

¹⁴ Em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, Octavio Luiz Motta Ferraz, professor de direito da Universidade de Warwick (Reino Unido), afirma o seguinte sobre as conclusões a que chegou em estudo publicado em revista da "Harvard School of Public Health" (EUA): "A judicialização garante a poucos, aos que têm acesso mais fácil ao Judiciário, benefícios que o Estado não pode dar a toda a população, já que os recursos são necessariamente escassos" (Reportagem intitulada “*Ações por remédios caros favorecem ricos, diz estudo*”, publicada no Jornal Folha de São Paulo em 24.7.2010).

Entretanto, há que se pensar melhor o papel do Poder Judiciário no controle da execução das políticas públicas. Assim como o Legislativo e o Executivo, não estaria o Judiciário obrigado, em nome do princípio da eficiência e para obedecer o dever jurídico de realização dos direitos fundamentais, a pensar de maneira geral e coletiva seu papel no controle das políticas públicas? A resposta parece ser afirmativa. Todavia, o juiz é obrigado a respeitar os limites subjetivos da causa, e não pode agir senão quando provocado.¹⁵

Assim, o controle judicial das políticas públicas deveria recair sobre o contexto de seu planejamento, por meio do controle jurídico de suas metas e objetivos. Estando o Poder Público obrigado a fornecer os bens necessários à dignidade humana em caráter geral, é possível, por meio de ações coletivas¹⁶, levar ao Judiciário o descumprimento desse dever jurídico, e não apenas a negativa de fornecimento de determinado bem a um indivíduo isolado.¹⁷

As decisões proferidas nas ações coletivas produzem efeitos sobre a generalidade dos indivíduos do país ou de determinada região e, também por isso, o ajuizamento dessas ações favorece as discussões sobre os recursos disponíveis e o planejamento estatal, inclusive com a participação dos setores organizados da sociedade (associações, sindicatos etc), de modo a se buscar soluções em consonância com o princípio da isonomia. Ademais, evita-se o ajuizamento de grande quantidade de demandas individuais, contribuindo para a diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário e, conseqüentemente, para uma justiça mais célere e de maior qualidade.¹⁸

¹⁵ Nesse particular, conferir: LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. In: Brasília, ano 31, nº 122, maio/julho 1994, p. 259.

¹⁶ Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 177-192.

¹⁷ Pertinente, nesse sentido, a afirmativa de Eduardo Appio, segundo a qual “a execução das políticas públicas, por sua vez, demanda a adoção de mecanismos judiciais voltados à proteção de um conceito substancial de democracia, a partir da isonomia entre os cidadãos, prevista na Constituição Federal de 1988” (APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 137).

¹⁸ Segundo reportagem veiculada no Jornal Folha de São Paulo: “Entre 2003 e 2009, o Ministério da Saúde respondeu a 5.323 processos judiciais com solicitações de medicamentos, um gasto de R\$ 159,03 milhões. Só em 2009, foram R\$ 83,16 milhões - 78,4% deste valor foram para comprar 35 drogas

Nesse contexto, a decisão proferida na STA n.º 175 representa um marco na questão do controle judicial de políticas públicas, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento das balizas dentro das quais o Poder Judiciário pode, e deve, atuar.

A decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 175

Em 17 de março de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu, por unanimidade de votos, os argumentos desenvolvidos pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, e negou provimento ao agravo regimental interposto pela União contra a decisão monocrática que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada formulado na STA n.º 175. Ressalte-se que o voto do Relator fundamentou-se, em grande parte, em dados colhidos por ocasião da Audiência Pública – Saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27 a 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

A decisão que se pretendia suspender - proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região -, consistia na determinação do fornecimento de tratamento a portadora de doença rara, denominada Niemann-Pick Tipo C, cujo custo mensal é estimado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais). Segundo alegou a agravada, o medicamento cujo fornecimento fora determinado – miglustato (ZAVESCA) -, seria considerado pela clínica médica como o único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade (o que foi comprovado na origem por meio de relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação).

Com base na existência de prova pré-constituída das informações acima e na existência de registro do miglustato na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ¹⁹, a decisão agravada indeferiu o pedido de suspensão, por não estar configurada lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

importadas.

Não estão computadas neste montante as ações ingressadas diretamente nos Estados e municípios.” (Reportagem intitulada “Gasto é maior em 2009 que nos 6 anos anteriores”, publicada no Jornal Folha de São Paulo em 24.7.2010).

Nas razões do agravo, sustentou-se, em síntese, a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, bem como violação ao princípio da separação de poderes, às normas e regulamentos do Sistema Único de Saúde – SUS e à função exclusiva da Administração Pública em definir políticas públicas.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a questão dos custos públicos dos direitos sociais, da escassez de recursos, bem como da necessidade de se fazerem escolhas alocativas. Por essas razões, afirmou ser a dimensão prestacional dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

De fato, como afirmado pela União, a escolha sobre como alocar os recursos para a concretização dos direitos sociais é tarefa conferida precipuamente ao Poder Executivo, dentro das diretrizes fixadas pelo Poder Legislativo. Entretanto, conforme afirmado pelo Ministro, e sustentado também neste estudo, cabe ao Poder Judiciário, no contexto de diálogo institucional com os demais poderes, realizar, na medida do possível, os direitos sociais inseridos na Constituição e para os quais o administrador haja desenhado os contornos da política pública correspondente.

Após a ponderação destas questões comuns aos direitos sociais previstos na Constituição, o Ministro Gilmar Mendes passa a analisar especificamente o direito à saúde. Referido direito é enunciado pelo artigo 196 da Constituição nos seguintes termos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo o Relator, este dispositivo permite vislumbrar no direito à saúde seis elementos: “(1) ‘direito de todos’ e (2) ‘dever do Estado’, (3) garantido mediante ‘políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos’, (5) regido pelo princípio do ‘acesso universal e igualitário’ (6) ‘às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação’” (fl. 9 do voto do Relator).

¹⁹ Esclareça-se que o registro do miglustato na ANVISA foi anterior à decisão, mas posterior ao ajuizamento da ação na origem.

Ao afirmar ser a saúde um *direito de todos*, ressalva-se que, a par do reconhecimento de uma dimensão individual e outra coletiva, o direito subjetivo é assegurado mediante políticas públicas, não havendo direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, promoção e recuperação da saúde. Nesse sentido, “há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde” (fl. 10 do voto do Relator). Portanto, só é possível garantir judicialmente prestação individual de saúde se não houver comprometimento do funcionamento do SUS.

Ao direito à saúde corresponde o *dever do Estado* de prestar os serviços para a sua efetivação, o que, segundo o dispositivo constitucional, se realiza por meio do desenvolvimento de políticas públicas²⁰. De acordo com entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, os entes da federação são solidariamente responsáveis no cumprimento deste dever.

A dimensão preventiva das políticas públicas foi destacada pelo constituinte ao determinar como seu objetivo “a redução do risco de doença e de outros agravos”, tendo seu caráter prioritário sido reforçado pelo artigo 198, II, da Constituição²¹.

Ademais, o sistema de saúde brasileiro deve visar *o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*, o que, segundo ressalta o Ministro Gilmar Mendes, “refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo” (fl. 14 do voto do Relator). Para tanto, foi instituído, por meio das Leis n.º 8.080/1990 e 8.142/1990, o Sistema Único de Saúde – SUS.

²⁰ “A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas” (fl. 13 do voto do Relator).

²¹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Nesse contexto, como afirma o Ministro Gilmar Mendes, o maior problema não é de inexistência, mas de execução insatisfatória das políticas públicas:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução das políticas públicas pelos entes federados. (fl. 15 do voto do Relator)

E, conforme sustentado anteriormente, é legítimo e desejável o controle judicial das políticas públicas nos casos em que, desenhadas pelo Poder Público em conformidade com a prescrição constitucional, sua implementação é deficiente. A partir dos dados colhidos na Audiência Pública, o Relator chegou a uma conclusão semelhante, nos seguintes termos:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública – Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.²²

Portanto, o Ministro asseverou que, ao se deparar com um caso em que se pede o fornecimento de tratamento de saúde, o Juiz deve, em primeiro lugar, verificar se há, ou não, política estatal que abranja a prestação pleiteada pela parte. Isso porque, conforme se viu, havendo política pública que deveria abranger a prestação requerida, a decisão proferida pelo Judiciário não cria a política de saúde, mas tão somente determina o seu cumprimento. Em casos como esse há, de fato, *“a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública”* (fl. 17 do voto do Relator).

²² Fls. 16/17 do voto do Relator.

Para as hipóteses em que o tratamento de saúde requerido não conste entre as políticas do SUS, o Ministro Gilmar Mendes afirma a necessidade de se distinguir qual o motivo da não prestação: (i) omissão legislativa ou administrativa; (ii) decisão administrativa de não fornecê-la; ou (3) vedação legal a sua dispensação. Nesses casos, a intervenção do Poder Judiciário deve ser vista com maior cautela. Caso se trate de omissão legislativa ou administrativa e o direito de que se cuida seja constitucionalmente garantido, é plenamente cabível o controle judicial para assegurar ao cidadão o tratamento de saúde a que faz jus. Entretanto, caso se trate de decisão administrativa de não fornecer a prestação ou de vedação legal ao tratamento, em princípio, não se pode admitir a intervenção judicial, sob pena de invasão do espaço de discricionariedade conferido ao administrador.

Assim, pode ocorrer do SUS não fornecer determinado tratamento de saúde. Nesse caso, como afirma o Relator, é necessário verificar a existência de motivação para a negação do fornecimento. Se, por exemplo, o SUS decidir não custear determinada prestação de saúde por entender que não há evidências científicas suficientes para a sua inclusão, não há que se falar em intervenção do Poder Judiciário para determinar o tratamento. Isso porque *“a princípio, a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas (...)”* (fl. 20 do voto do Relator).

Por fim, ressalva-se a possibilidade de excetuar a este entendimento situações peculiares que devem ser verificadas caso a caso. Cite-se, por exemplo, os casos em que se pleiteia o fornecimento de medicamento cientificamente reconhecido como único capaz de tratar determinada doença, mas que, em razão da lentidão da ANVISA e do SUS em atualizar suas tabelas e protocolos, ainda não esteja registrado. Segundo sustenta o Relator, em uma situação semelhante, mesmo diante da vedação legal ao fornecimento, pela Administração, de medicamento sem registro²³, torna-se legítima a

²³ Cf. artigo 12 da Lei n.º 6.360/1976.

intervenção do Poder Judiciário para garantir o tratamento ao requerente ²⁴. Trata-se, entretanto, de situações excepcionais.

Assim, é possível concluir que a análise dos fundamentos da decisão proferida na STA n.º 175 reforça o argumento, anteriormente sustentado, de que é legítima a atuação do Poder Judiciário no controle da execução de políticas públicas nos casos em que haja a previsão constitucional do direito que se pretende realizar e que o Poder Público tenha formulado a política para a sua efetivação, mas sua execução é deficiente.

Conclusões

No decorrer deste artigo, pretendeu-se estudar a legitimidade do controle judicial da execução de políticas públicas, o que foi possibilitado a partir da análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175.

Inicialmente, apresentou-se o conceito de *política pública* adotado, bem como a concepção do fenômeno do seu controle judicial. Em um segundo momento, apontou-se as principais críticas formuladas ao referido fenômeno, bem como argumentos aptos a refutá-las. Nesse sentido, com base na doutrina moderna sobre o tema, foram identificadas três principais linhas argumentativas contrárias ao controle judicial de políticas públicas, a saber:

- i) a impossibilidade de a interpretação constitucional levada a cabo pelo Poder Judiciário invadir espaços próprios – e de discricionariedade – da política majoritária;

²⁴ “Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por atos individuais como coletivos. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar” (fl. 22 do voto do Relator).

- ii) a carência de legitimidade dos membros do Poder Judiciário – em razão da ausência de conhecimentos técnicos específicos em relação a cada uma das questões a serem desenvolvidas por meio de políticas públicas – para sobrepor suas decisões às escolhas feitas pelos representantes da deliberação política majoritária; e
- iii) a dificuldade dos juízes trabalhem globalmente as políticas públicas (*macrojustiça*), pois elas se lhes apresentam, na maioria das vezes, em demandas individuais (*microjustiça*).

Vislumbrou-se, na análise dos argumentos fundamentais de cada uma das teses, a plausibilidade apenas daquilo que propõe a terceira. O estudo dos argumentos permitiu atentar para a necessidade de mudança na maneira com que o Poder Judiciário insere-se no controle da formulação de políticas públicas, para que passe a atuar mais de maneira geral e coletiva, e menos na realização da microjustiça.

Entretanto, para que isso ocorra, conforme se salientou, é necessária melhor organização da sociedade para que, a partir dos seus setores representativos, leve ao Judiciário os problemas da formulação das políticas públicas em ações coletivas. Dessa maneira, além de ampliar o espaço para que o tema seja debatido, será possível ao Poder Judiciário proferir decisões de caráter geral, de modo a controlar as políticas públicas em seu todo, e não apenas realizar a justiça de cada caso concreto.

Nesse contexto, verificou-se que a decisão proferida na STA 175 é um marco na questão do controle judicial de políticas públicas. No caso, ao indeferir pedido de suspensão de decisão que determinava o fornecimento de medicamento à requerente, fixaram-se balizas dentro das quais é legítima a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

Assim, o Judiciário pode, e deve, intervir nos casos em que, havendo previsão constitucional de determinado direito social e formulação de política pública pelo administrador, a execução do programa é deficiente. Esses casos, segundo o Ministro Gilmar Mendes, representam a maioria das demandas relacionadas ao direito à saúde.

Não se trata de criação de políticas públicas pelo Judiciário, mas tão somente de conformação da realidade ao programa já existente.

Ressalvou-se, por fim, a necessidade de analisar cuidadosamente cada caso concreto pois, mesmo nos casos em que não haja a formulação de determinada política pública, pode ser possível ao Judiciário intervir para assegurar o direito à parte, sem com isso adentrar o âmbito de discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo.

Bibliografia

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

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs). 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 101-132.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas*. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, nº 138, abril/junho 1998, p. 39-48.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Método, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia, políticas públicas*. In: *Brasília*, ano 31, nº 122, maio/julho 1994, p. 255-265.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175*.